

2/09

ИЗВЕСТИЯ  
ВЫСШИХ  
УЧЕБНЫХ  
ЗАВЕДЕНИЙ

ISSN 0131-8039

# Право ведение

2

2009

ИЗВЕСТИЯ ВЫСШИХ УЧЕБНЫХ ЗАВЕДЕНИЙ

# ПРАВОВОЕДЕНИЕ

2009

НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ  
ОСНОВАН В ОКТЯБРЕ 1957 г.

2 (283)

ПЕЧАТНЫЙ ОРГАН УМО ПО ЮРИДИЧЕСКОМУ ОБРАЗОВАНИЮ ВУЗОВ РФ



УНИВЕРСИТЕТСКИЙ  
ИЗДАТЕЛЬСКИЙ КОНСОРЦИУМ  
ЮРИДИЧЕСКАЯ КНИГА

ХАРКІВСЬКИЙ НАЦІОНАЛЬНИЙ  
УНІВЕРСИТЕТ ВНУТРІШНІХ СПРАВ

БІБЛІОТЕКА

**СОДЕРЖАНИЕ**

## НОМЕРА

**МАТЕРИАЛ НОМЕРА**НАШ МАРТЕНС (К 100-ЛЕТИЮ СО ДНЯ КОНЧИНЫ  
И 165-ЛЕТИЮ СО ДНЯ РОЖДЕНИЯ)

6

**ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО**АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ  
МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВАКАМЕНОВА Т.  
СОФИЯ, БОЛГАРИЯ  
МЮЛЛЕРСОН Р. А.  
ЛОНДОН, ВЕЛИКОБРИТАНИЯ  
БАТЛЕР У. Э.  
КАРЛИСЛ, ПЕНСИЛЬВАНИЯ, СШАСОВРЕМЕННЫЙ ВЗГЛЯД НА УЧЕНИЕ  
ПРОФЕССОРА МАРТЕНСА

19

ИВАНЕНКО В. С.  
С.-ПЕТЕРБУРГФЕДОР ФЕДОРОВИЧ МАРТЕНС — ВО И ВНЕ СВОЕГО  
ВРЕМЕНИ И ПРОСТРАНСТВА:  
ВЗГЛЯД ЧЕРЕЗ СТОЛЕТИЕ

31

## ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЕ ПРАВО

ВЕРШИНИН А. П.  
С.-ПЕТЕРБУРГСИСТЕМА И СИСТЕМАТИЗАЦИЯ РОССИЙСКОГО  
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ЭНЕРГЕТИКЕ

37

УГОЛОВНОЕ ПРАВО  
И КРИМИНОЛОГИЯГОНЧАРОВ Д. Ю.  
ЕКАТЕРИНБУРГФУНКЦИОНАЛЬНЫЕ СВЯЗИ ОХРАНИТЕЛЬНЫХ НОРМ  
УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА  
И НОРМ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО  
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

53

АГАПОВ П. В.  
САМАРАОРГАНИЗОВАННАЯ ПРЕСТУПНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ  
И ЕЕ ХАРАКТЕРИСТИКА КАК СОЦИАЛЬНО-ПРАВОВОГО  
ЯВЛЕНИЯ

64

## ПРОЦЕССУАЛЬНОЕ ПРАВО

МАРЧЕНКО А. В.  
С.-ПЕТЕРБУРГПРАВОВАЯ ПРИРОДА ГРАЖДАНСКОГО ИСКА  
В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

72

**КОНСТИТУЦИОННОЕ ПРАВО  
И СУДОПРОИЗВОДСТВО**ОПЫТ ТОЛКОВАНИЯ  
И ПРИМЕНЕНИЯ НОРМ  
КОНСТИТУЦИИ РОССИИГАДЖИЕВ Г. А.  
С.-ПЕТЕРБУРГКОНСТИТУЦИЯ РОССИИ КАК ПРАВОВАЯ ОСНОВА ЭКО-  
НОМИКИ: ПРАВОВАЯ МОДЕЛЬ И СОВРЕМЕННОСТЬ

83

ЕВДОШЕНКО А. П.  
С.-ПЕТЕРБУРГСОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ПРАВОВОГО СТАТУСА  
УПОЛНОМОЧЕННОГО ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА  
В РОССИИ

91

## ЛЕКЦИИ

ЛУКОВСКАЯ Д. И.  
С.-ПЕТЕРБУРГКОНСТИТУЦИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И  
СОВРЕМЕННЫЕ КОНЦЕПЦИИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

97

ДИАСАМИДЗЕ Д. М.  
С.-ПЕТЕРБУРГСУЩНОСТЬ И ОСОБЕННОСТИ  
КОНСТИТУЦИИ США

101

**ЧАСТНОЕ ПРАВО**

## КОРПОРАТИВНОЕ ПРАВО

МАКАРОВА О. А.  
С.-ПЕТЕРБУРГО КОРПОРАТИВНОМ ПРАВЕ  
И КОРПОРАТИВНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

106

ГИНЬКО С. А.  
С.-ПЕТЕРБУРГПРАВОВАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ УПРАВЛЕНИЯ  
В ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ОБЩЕСТВАХ

114

**СРАВНИТЕЛЬНОЕ ПРАВОВЕДЕНИЕ**ПРОБЛЕМЫ ПРЕПОДАВАНИЯ  
И НАУЧНЫХ ИССЛЕДОВАНИЙМАЛЬКО А. В.  
САРАТОВ  
САЛОМАТИН А. Ю.  
ПЕНЗАО РОЛИ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ  
В СОВРЕМЕННОЙ ПРАВОВОЙ ЖИЗНИ

125

МАРКОВИЧЕВА Е. В. ОРЕЛ	ПРАВОВЫЕ МЕТОДЫ ВОЗДЕЙСТВИЯ НА НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ ПРАВОНАРУШИТЕЛЕЙ В СТРАНАХ ЗАПАДА: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ	134
СЕРЕБРЯКОВА Е. А. МОСКВА	IX ЕВРОПЕЙСКИЙ КОНГРЕСС ПО ТРУДОВОМУ ПРАВУ И ПРАВУ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ	146
<b>ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА</b>		
<b>СОВРЕМЕННАЯ ТЕОРИЯ ПРАВА</b>		
ЮРАШЕВИЧ Н. М. МИНСК, БЕЛОРУССИЯ	ЭВОЛЮЦИЯ НАУЧНОГО ЗНАНИЯ ПО ПРОБЛЕМЕ ПРАВА И ВРЕМЕНИ	154
<b>ИСТОРИЯ ПРАВОВЫХ УЧЕНИЙ</b>		
СУСЛОПАРОВА Ю. В. КИРОВ	АНГЛИЙСКИЕ ЮРИСТЫ XIII–XVIII ВВ. О ПРИРОДЕ АНГЛИЙСКОГО ПРАВА	173
<b>КЛАССИКИ ЮРИСПРУДЕНЦИИ</b>		
АДЫГЕЗАЛОВА Г. Э. КРАСНОДАР	КАРЛ НИКЕРСОН ЛЛЕВЕЛЛИН	182
ЛЛЕВЕЛЛИН К. Н.	ИЗВЛЕЧЕНИЯ ИЗ ТРУДОВ К. Н. ЛЛЕВЕЛЛИНА: НЕМНОГО РЕАЛИЗМА О РЕАЛИЗМЕ; МОЯ ФИЛОСОФИЯ ПРАВА; ТРАДИЦИЯ ОБЩЕГО ПРАВА — РЕШЕНИЕ ПО АПЕЛЛЯЦИЯМ	192
<b>ИСТОРИЯ ОТЕЧЕСТВЕННОЙ ЮСТИЦИИ</b>		
ЖАРОВ С. Н. ЧЕЛЯБИНСК	ПО СЛЕДАМ ПОЛИТИЧЕСКОГО РОЗЫСКА В КИЕВСКОЙ РУСИ	208
ЛОНСКАЯ С. В. КАЛИНИНГРАД	МИРОВЫЕ СУДЬБЫ ДОРЕВОЛЮЦИОННОЙ РОССИИ: ОПЫТ ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ПОРТРЕТА	216
НИКОЛАЕВ А. Б. С.-ПЕТЕРБУРГ	ИЗ ИСТОРИИ ВРЕМЕННЫХ СУДОВ (ПЕТРОГРАД, 1917 Г.)	223
БЕРЛЯВСКИЙ Л. Г. РОСТОВ-НА-ДОНУ	АДМИНИСТРАТИВНАЯ ВЫСЫЛКА ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ РОССИЙСКОЙ ИНТЕЛЛИГЕНЦИИ 1922 Г.: ДИСКУССИОННЫЕ ПРОБЛЕМЫ	236

## ACADEMIA

ЮРИДИЧЕСКОЕ ОБРАЗОВАНИЕ:  
ТРАДИЦИИ И МОДЕРНИЗАЦИЯТЛЕПИНА Ш. В.  
АКТЮБИНСК, КАЗАХСТАНПОМОЩЬ ЛЕНИНГРАДСКОГО УНИВЕРСИТЕТА  
В СТАНОВЛЕНИИ ВЫСШЕГО ЮРИДИЧЕСКОГО  
ОБРАЗОВАНИЯ В КАЗАХСТАНЕ
 247 |

## BIBLIORARNA

ЗИПУННИКОВА Н. Н.  
ЕКАТЕРИНБУРГЗАХАРОВ В. В. КАК ГОТОВИТЬ ЮРИСТА: ИЗУЧАЯ  
РУССКИЕ РЕЦЕПТЫ. ОЧЕРКИ ИСТОРИИ ЮРИДИЧЕ-  
СКОГО ОБРАЗОВАНИЯ В РОССИИ ВТОРОЙ  
ПОЛОВИНЫ XIX — НАЧАЛА XX ВЕКА
 254 |
КУДРАТОВ М. А.  
РЕГЕНСБУРГ, ФРГNATIONALES STRAFRECHT IN RECHTSVERGLEICHEN-  
DER DARSTELLUNG. ALLGEMEINER TEIL (НАЦИО-  
НАЛЬНОЕ УГОЛОВНОЕ ПРАВО)
 258 |

## PERSONALIA

ЮБИЛЕЙ ЛЕОНИДА СОЛОМОНОВИЧА МАМУТА
 260 |
ЮБИЛЕЙ МАРКА МОИСЕЕВИЧА БОГУСЛАВСКОГО
 261 |
ЮБИЛЕЙ  
ВЛАДИМИРА КОНСТАНТИНОВИЧА АНДРЕЕВА
 262 |

## IN MEMORIAM

БОРИС ИВАНОВИЧ КОЖОХИН (1922–2009)
 264 |

## Уважаемые читатели!

Этот номер открывает необычный комплекс материалов, посвященных Федору Федоровичу Мартенсу. Стараниями кафедры международного права СПбГУ — наследницы той кафедры международного права Императорского С.-Петербургского университета, которую на протяжении трети века занимал профессор Мартенс, — к проекту привлечены крупнейшие юристы-международники, как отечественные, так и иностранные. Подробную характеристику публикуемых материалов читатели найдут в предваряющих их предисловиях одного из главных вдохновителей данного проекта — Сергея Владимировича Бахина.

Другой крупный блок образуют две статьи и две лекции в рубрике «Конституционное право и судопроизводство». Публикации двух заслуженных ученых — судьи Конституционного Суда РФ Г. А. Гаджиева и авторитетнейшего члена редколлегии журнала «Правоведение» Д. И. Луковской соседствуют с работами начинающих петербургских авторов — ученика проф. А. В. Зиновьева А. П. Евдошенко и ученика проф. К. Е. Ливанцева Д. М. Диасамидзе.

Еще одна «изюминка» номера — новая рубрика «Сравнительное правоведение: проблемы преподавания и научных исследований». Как подчеркивают курирующие эту рубрику профессора А. В. Малько и А. Ю. Саломатин, она «посвящена дисциплине, которая на основе сравнительного изучения национальных правовых систем институтов и норм призвана объединить юристов всего мира в конструктивном творческом диалоге и в осуществлении адекватной правовой политики. Рубрика предполагает публикацию сравнительно-правовых статей по различным отраслям права, информационных отчетов о научных мероприятиях, материалов круглых столов о развитии дисциплины и методики ее преподавания». Данная программа, как видно из Содержания второго номера, уже реализуется в статьях Е. В. Марковичевой, Е. А. Серебряковой и самих ведущих рубрики.

Другой крупный проект номера связан с рубрикой «История отечественной юстиции». Четыре автора из четырех регионов России представляют разные аспекты одной глобальной темы. Челябинец С. Н. Жаров и ростовчанин Л. Г. Берлявский, по сути, освещают репрессивную юстицию, направленную на защиту государственной безопасности. Напротив, калининградка С. В. Лонская и петербуржец А. Б. Николаев исследуют опыт организации либерального и демократического правосудия, который, как представляется, не утратил свой позитивный потенциал до настоящего времени. Статьи рубрики разнообразны не только по тематике, но и по жанровой стилистике и окажутся интересны всем читателям, независимо от конкретной юридической специализации.

В теоретико-правовом разделе журнала выделяется фундаментальный обзор развития научного знания по проблеме права и времени, подготовленный белорусской исследовательницей Н. М. Юрашевич. Нельзя назвать эту статью легкой для чтения, но она убедительно свидетельствует, как злободневно изучение взаимодействия и взаимовлияния времени на функционирование и развитие явлений правовой сферы для современной правовой действительности.



Ильин  
Андрей Витальевич

Взгляд на право, свойственный англосаксонской правовой семье, представлен в материалах, которые подготовили две ученицы проф. И. Ю. Козлихина. Ю. В. Суслопарова посвятила статью характеристике воззрений ряда английских юристов периода Средних веков и Нового времени, тогда как Г. Э. Адыгезалова сосредоточила внимание на работах одного из классиков американской правовой мысли — Карла Ллевеллина. Причем обстоятельный обзор его творчества она, как обычно, сопроводила переводами фрагментов таких знаменитых работ К. Н. Ллевеллина, как «Немного реализма о реализме», «Моя философия права», «Традиция общего права — решение по апелляциям».

К теоретико-правовым работам в определенном отношении примыкает капитальная статья многолетнего руководителя межкафедральной магистерской программы юридического факультета СПбГУ «Энергетическое право» проф. А. П. Вершинина, в которой исчерпывающе исследуются вопросы, связанные с системой и систематизацией отечественного законодательства об энергетике. Пользуясь случаем, редакция уже публично поздравляет Александра Павловича с назначением на пост директора Президентской библиотеки им. Б. Н. Ельцина и надеется, что он продолжит и впредь более чем 20-летнее сотрудничество с журналом «Правоведение».

Уголовное и уголовно-процессуальное право представлены в данном номере статьями Д. Ю. Гончарова и А. В. Марченко, в которых затрагиваются актуальные проблемы межотраслевых связей. В свою очередь проблемам криминологии посвящена статья П. В. Агапова об организованной преступной деятельности как социально-правовом явлении.

Небольшая подборка статей о корпоративном праве и корпоративном законодательстве, подготовленных представителями петербургской школы коммерческого права О. А. Макаровой и С. А. Гинько, хотя бы в некоторой степени удовлетворит ожидания специалистов в области частного права. Гораздо более обширный комплекс материалов в этой сфере редакция планирует опубликовать в четвертом номере за 2009 г.

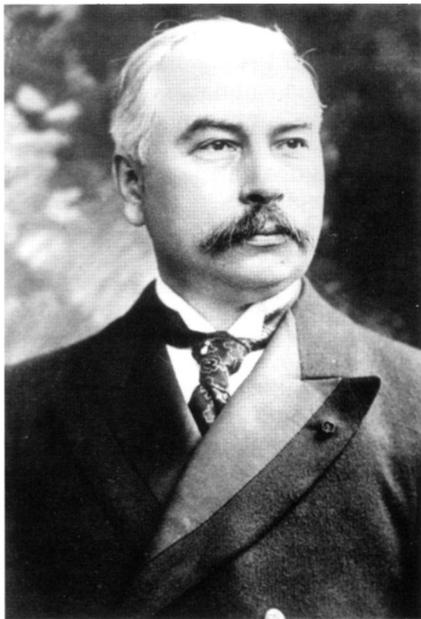
Украшением рубрики «Academia» стала статья актюбинской исследовательницы Ш. В. Тлепиной, посвященная важному аспекту становления высшей школы Казахстана — помощи Ленинградского университета юридическим вузам этой республики.

В разделе «Personalia» редакция публикует искренние поздравления нашим заслуженным юбилярам — Марку Моисеевичу Богуславскому, Леониду Соломоновичу Мамуту и Владимиру Константиновичу Андрееву, которым мы желаем долгих лет жизни и новых творческих успехов!

К сожалению, при подготовке номера пришла весть о кончине одного из наших многолетних авторов, видного ученого и преподавателя профессора юридического факультета ЛГУ–СПбГУ Бориса Ивановича Кожохина. Поэтому свое обращение к читателям завершу словами Юрия Кирилловича Толстого: «Горька и глубока тяжесть понесенной утраты. Но печаль наша светла, ибо Борис Иванович Кожохин, его дела и свершения с нами»...

## НАШ МАРТЕНС

(к 100-летию со дня кончины и 165-летию со дня рождения)\*



7 июня 2009 г. исполнилось 100 лет с того дня, когда перестало биться сердце замечательного юриста-международника, ученого, педагога, дипломата, политика, публициста, патриота — Федора Федоровича Мартенса. В 2010 г. мы будем отмечать 165 лет со дня его рождения.

Две эти памятные даты, не столь далеко отстоящие друг от друга, позволяют задуматься о том, что означает имя профессора Мартенса сегодня, как его дела и идеи воспринимаются в XXI в.

Думается, что Мартенс отнюдь не случайно стал и в России, и во всем мире символом подвижничества, служения делу мира и сотрудничества между народами, уважения к праву и служения праву. Его вклад в становление международного права как самостоятельной правовой системы и области научного знания едва ли может быть переоценен.

Между тем был период, когда имя этого замечательного ученого находилось в нашей стране в забвении. Ныне эта несправедливость преодолена — издаются и переиздаются его труды, выходят посвященные Мартенсу

монографии, в Санкт-Петербурге ежегодно проходят Мартенсовские чтения, ставшие уже традиционными, вручаются награды имени Мартенса...

Долгие годы Ф. Ф. Мартенс возглавлял кафедру международного права Санкт-Петербургского университета, поэтому для нас — сотрудников «кафедры Мартенса» — даты, связанные с его именем, наполнены особым смыслом: все ли мы сделали для того, чтобы сохранить живую память об этом ученом, достойны ли мы именоваться продолжателями дела Мартенса?

В канун предстоящих годовщин, связанных с именем Мартенса, мы попросили поделиться своими мыслями о нем наших коллег — российских и зарубежных специалистов по международному праву. На наше предложение откликнулись многие известные юристы-международники — из разных городов и стран, разного возраста, представители различных научных школ, научных и учебных центров. Ниже публикуются полученные отклики. По сути дела это прямая речь наших современников в память Федора Федоровича Мартенса.

По поручению кафедры  
международного права СПбГУ  
С. В. Бахин

\* В подготовке настоящего материала к опубликованию приняли участие: С. В. Бахин, В. С. Верещетин, Л. Н. Галенская, В. С. Иваненко, С. Ю. Марочкин.

© А. Х. Абашидзе, С. В. Бахин, Г. М. Вельяминов, В. С. Верещетин, Г. В. Игнатенко, А. Я. Капустин, В. С. Котляр, А. Г. Лисицын-Светланов, Ю. Н. Малеев, С. Ю. Марочкин, Т. Н. Нешатаева, 2009

**КАПУСТИН Анатолий Яковлевич, д. ю. н., профессор, заведующий кафедрой международного права Российского университета дружбы народов, президент Российской ассоциации международного права:** Мир вступил в XXI столетие, первое десятилетие которого истекает через год с небольшим. Будоражащие воображение футуристические прогнозы грядущего, которые восторженные прорицатели высказывали на рубеже веков, сегодня уже не вызывают былого прилива чувств и смотрятся как прошлогодние листья после только что растаявшего весеннего снега. Все суета сует, а прошлое вряд ли может чему-нибудь научить. Каждое новое поколение людей наступает на грабли, которые уже прошлись по головам их предшественников. Человеческая цивилизация, пройдя через серьезные испытания в веке двадцатом, вновь сталкивается с вызовами миру и прогрессу. Человечество охвачено предчувствием грядущих катаклизмов и войн.

В этих условиях как никогда прежде весьма актуален тезис о том, что цивилизация без стройной системы международного права, способной уберечь людей от свершения новых глупостей, просто обречена на прозябание и топтание на месте. Колоссальные успехи технического и научного прогресса, к большому сожалению, никак не сопровождаются нравственным прогрессом человечества. Он, как это бывало и раньше, запаздывает.

В этом году мы отдаем долг памяти одному из выдающихся российских юристов-международников, который стремился придать международному праву стройность и строгость системы, а человечеству привить сознание того, что мир безсправия — это мир без будущего. Имя этого человека — Федор Федорович Мартенс, профессор, действительный статский советник, дипломат, арбитр, публицист. Уже этого списка достаточно для того, чтобы составить представление о масштабе личности и букете дарований, отличавших этого ученого и международного деятеля. Но для нас — поборников образования и науки, он останется крупнейшим и авторитетнейшим преподавателем и ученым, которому суждено было не только выдвигать самые смелые научные идеи, но и своими же силами претворять их в практику международных отношений. О таких говорят, что судьба им не просто благоволила, она их носила на руках.

С Мартенсом мы знакомы заочно (если вообще так допустимо выражаться), хотя такое ощущение, что он где-то рядом и его взыскательный взгляд вот-вот остановится на нас и он спросит, а что лично мы сделали для успеха и процветания отечественной науки международного права? Сейчас уже трудно вспомнить, кто из преподавателей международного права первым назвал его имя, но то, что произнесено оно было таким образом, что мы, студенты, даже не прочитав ни строчки из его трудов, с достоинством ссылались на его авторитет при обсуждении спорных вопросов современности, говорит о многом. Пожалуй, Мартенс был одним из немногих учителей XIX — начала XX в., с которым считались советские профессора и о котором говорили с наименьшим уважением, чем о своих непосредственных университетских учителях — В. Э. Грабаре, В. Н. Дурденевском, Е. А. Коровине, С. Б. Крылове, А. М. Ладыженском, В. И. Покровском и многих других «ярких осколках» русской науки международного права, сохранившихся в советской высшей школе и внушивших трепетное отношение и любовь к этой науке.

Имя Мартенса, таким образом, несло такой колоссальный заряд всепроникающей энергии, что привлекательность международно-правовой науки и практики не меркла от воздействия самых невероятных

трудностей и препятствий, встречавшихся на жизненном пути. Пусть циники и лицемеры твердят, что сотворение кумира — бесполезное занятие. Не мы его придумали, он сам себя создал и сотворил, мы лишь его открыли и постоянно открываем для себя в нем что-то новое.

Конечно, сегодня жизнь и творчество этого поистине замечательного человека вышли из тени полузабвения, в которой они пребывали долгие десятилетия. Работа В. В. Пустогарова, переиздание трудов Мартенса, особенно бессмертного учебника «Современного международного права цивилизованных народов», повторно открыли нам сложный и противоречивый мир этой личности. А как же иначе: быть великим и одновременно простым, как инфузория, невозможно по определению. Но Ф. Ф. Мартенс не стал от этого приземленной или отдаленной. Он остался тем, кем и должен был быть, — страстным ученым, дипломатом, патриотом великой державы, человеком творческим и одаренным, который для настоящих юристов-международников по сей день остается самым ценнейшим источником международного права.

**ЛИСИЦЫН-СВЕТЛАНОВ Андрей Геннадьевич, д. ю. н., профессор, член-корреспондент РАН, директор Института государства и права РАН:** Выдающийся ученый Федор Федорович Мартенс известен как автор значительного числа трудов и государственный деятель. Его «Современное международное право цивилизованных народов» явилось общеизвестным курсом международного права. При жизни автора курс переиздавался пять раз и ныне представляет не только исторический, но и научный интерес. Об этом свидетельствует факт переиздания курса в 1996 г. и его перевод на многие языки. Ф. Ф. Мартенс как ученый получил мировое признание. Он состоял почетным доктором права Кембриджского, Эдинбургского, Йельского университетов, был членом Французской академии наук.

Ф. Ф. Мартенс успешно проявил себя при подготовке и проведении ряда международных конференций. Он был членом Совета Министерства иностранных дел. При участии Мартенса в 1899 г. была принята Конвенция о мирном решении международных столкновений и учреждена Постоянная палата международного третейского суда, которая действует и в наше время и членами которой являются также российские ученые-юристы.

Ф. Ф. Мартенс являлся последовательным сторонником запрещения войны как средства разрешения споров. Он призывал сосредоточиться на гуманизации военных действий, принял самое активное участие в кодификации законов и обычаев войны. Имя Мартенса закреплено в международном праве в так называемой «оговорке Мартенса». Ее цель состоит в том, чтобы ограничить произвол во время войны в тех случаях, которые не урегулированы нормами международного права.

Следует подчеркнуть, что в своем курсе Мартенс отвел место и международному частному праву. Основанием последнего автор считает необходимость общения между государствами. Все европейские государства сходно определяют основные гражданские права — личные, семейные, наследственные, право собственности, права, вытекающие из обязательств. Обеспечение защиты этих частноправовых отношений является, как считает автор, задачей международного управления в области правовых интересов «подданных и народов». Нормы, регулирующие эту деятельность, и составляют, как считал Мартенс, международное частное право. Он высоко оценивал заключительный Протокол Второй Гаагской конференции по кодификации начал международного частного права 1894 г.

Иными словами, Ф. Ф. Мартенс известен не только как выдающийся ученый в области международного публичного права, как известный во всем мире дипломат, но и как сторонник развития международного частного права.

Хотелось бы отметить, что наследие Ф. Ф. Мартенса постоянно изучается и используется научными сотрудниками Российской академии наук и всеми юристами-международниками.

**НЕШАТАЕВА Татьяна Николаевна, д. ю. н., профессор, судья Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации:** Федор Федорович Мартенс — говорящее имя для любого русского международного юриста. Он и первый, он и единственный.

Первый трижды, ибо создал первое собрание международных договоров, написал первый полный учебник по международному публичному и международному частному праву и первым «царствовал» на двух международных конференциях как идеолог и как руководитель (1899–1907).

Единственный, поскольку только его имя носит знаменитая международно-правовая норма — оговорка Мартенса о защите прав гражданских лиц во время военных конфликтов, впервые введенная в Конвенцию 1899 г., сохранившаяся в Конвенции 1907 г., а затем включенная в международные договоры в 1949, 1977, 1980 гг.

Пожалуй, нет больше юристов российского разлива, которые имели бы столь впечатляющие достижения.

Следует отметить, что успел он это сделать за довольно короткий срок — 64 года жизни, что, с одной стороны, не так и много, но с другой — если человек с 36 лет член Совета Министерства иностранных дел величайшей империи мира, — это целая эпоха.

За эту эпоху Федор Федорович смог всех убедить, что международное право столь же юридически обязательно, как внутригосударственное право. Надо сказать, ему не верили, ибо в его пору международный аппарат еще не обладал своими собственными судами и тюрьмами.

Сегодня горячность Мартенса по отстаиванию юридической обязательности международных норм выглядит даже странной. Однако он ведь так же горячо доказывал, что международное право состоит из публичного и частного, и включил в свой курс раздел «Международное частное право и право интеллектуальной собственности». Следует отметить, что в этом вопросе ему не верят до сих пор.

Федор Федорович весьма прозорливо заметил, что без взаимопомощи в судебных делах надежды на создание внутригосударственного правосудия становятся призрачными, и это опять была гениальная догадка, но, к сожалению, в этом вопросе он не успел довести дело до заключения конвенций. Может быть, по этой причине судебная взаимопомощь в России до сих пор не имеет развернутого конвенционного аппарата.

Но Федор Федорович был живой человек, поэтому и он увлекался. Мне кажется, например, что он переоценивал возможности государства и недооценивал механизмы международного управления и создания наднациональных структур. В этих вопросах прозорливее оказался Л. А. Камаровский.

Но при всем при том Мартенс — любимый Божий сын. Он смог воплотить христианские заветы в нормах права, помня о том, что последние нужны только для того, чтобы защищать человека. Очевидно, он ясно это понимал, ибо предисловие к первому изданию своего знаменитого курса подписал весьма символично: «Светлое Воскресение, 1882 год».

**ВЕРЕЩЕТИН Владлен Степанович, д. ю. н., профессор, судья Международного суда ООН в отставке:** Идеи, высказанные профессором Мартенсом более ста лет тому назад, его деятельность на Гаагских конференциях мира и в качестве международного арбитра продолжают и сегодня оказывать влияние на развитие международно-правовой мысли, а в ряде случаев и на решения международных судебных органов. Я неоднократно имел возможность убедиться в этом во время моей работы в Международном суде ООН в 1995–2006 гг.

Так, при вынесении консультативного заключения Суда по запросу Генеральной Ассамблеи ООН о законности угрозы или применения ядерного оружия (1996) Суд, в частности, сослался на широко известную оговорку Мартенса, принятую на первой Гаагской конференции мира по его предложению. В Заключении Суда сказано, что оговорка Мартенса «оказалась эффективным средством рассмотрения проблем, связанных с быстрой эволюцией военной техники».<sup>1</sup>

Не случайно президент Международного суда Р. Хиггинс, выступая с докладом в 2007 г. в связи со столетием Второй Гаагской конференции, особо отметила, что «Нюрнбергский трибунал опирался на оговорку Мартенса при выработке концепции преступлений против человечности, ее цитировали Международный суд и органы по защите прав человека, она неоднократно повторялась во многих международных договорах по гуманитарному праву, включая Женевские конвенции 1949 г. и Дополнительные протоколы к ним 1974 г.».<sup>2</sup> Известный американский юрист-международник, бывший президент Международного трибунала по Югославии Т. Мерон посвятил оговорке Мартенса специальную статью в Американском журнале международного права.<sup>3</sup>

По другому важному вопросу международного права — относительно основания иммунитета глав государств и дипломатических агентов от уголовной юрисдикции иностранного государства — нынешняя судебная практика также согласуется с прогрессивными теоретическими взглядами Мартенса. В известном курсе «Современное международное право цивилизованных народов» Мартенс писал, что основанием таких исключений является не «внесемельность», или экстерриториальность, монархов и дипломатических агентов, а необходимость сохранения «прочности мирных международных отношений и польза международного общения».<sup>4</sup> Дальнейшее развитие международного права иммунитета и, в частности, практика Международного суда ООН по этим вопросам подтвердили правоту воззрений о функциональной природе такого иммунитета. Это особенно убедительно вытекает из относительно недавнего решения

<sup>1</sup> *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Advisory Opinion // International Court of Justice Reports. 1996. P. 257.* — Текст оговорки в первоначальном виде был следующий: «В случаях, не предусмотренных принятыми ими [государствами — участниками конвенции] постановлениями, население и воюющие остаются под охраной и действием начал международного права, поскольку они вытекают из установившихся между образованными народами обычаев, из законов человечности и требований общественного сознания».

<sup>2</sup> *Higgins R. The 1907 Hague Peace Conference as a Milestone in the Development of International Law // Topicality of the 1907 Hague Conference, the Second Peace Conference. Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/London. 2008. P. 37.*

<sup>3</sup> *Meron T. The Martens Clause, Principles of Humanity and Dictates of Public Conscience // American Journal of International Law. 2000. V. 94. P. 78–89.*

<sup>4</sup> *Мартенс Ф. Современное международное право цивилизованных народов. 2-е изд. Т. 2. СПб., 1888. С. 377.*

Суда по спору между Демократической Республикой Конго и Бельгией по вопросу об иммунитете министра иностранных дел Конго. Суд, исходя из функциональной теории и современного состояния права, заявил, что «в международном обычном праве иммунитеты министрам иностранных дел предоставляются не ради их личных благ, а в целях эффективного осуществления ими своих функций от имени соответствующих государств».<sup>5</sup>

Разрабатывая вопросы международного уголовного права, которое в то время находилось в самом зачаточном состоянии, Мартенс не соглашался с теорией универсального действия уголовного права (*Universalprincíp*), справедливо полагая, что эта теория тогда не имела под собой «положительного основания». Вместе с тем Мартенс писал, что «с точки зрения международного общения определение подсудности преступления есть определение роли каждого государства относительно охранения интересов всех членов международного общения и юридического его порядка».<sup>6</sup>

В то время, когда идея постоянного международного арбитража или суда широко обсуждалась в мировых общественных кругах в качестве универсального средства решения всех международных споров, Мартенс, которого некоторые современники называли «главным судьей христианского мира», опираясь на свой огромный опыт международного арбитра, призывал реалистически относиться к возможностям международного правосудия и не возлагать на него необоснованных надежд на решение всех споров между государствами, особенно политического характера. Эти и многие другие пронизательные суждения Мартенса о месте и роли международного правосудия сохраняют свое значение и сегодня. Несмотря на бурный рост международных судов и трибуналов в наши дни, было бы наивно полагать, что при нынешнем состоянии международного права и международных отношений только с их помощью можно решить сложнейшие международные проблемы.

Обращаясь к вопросам отношения государства и государственных институтов к правам личности, Мартенс считал необходимым включить следующие слова в предисловие к своему курсу международного права: «Мы пришли к убеждению, что если в государстве человеческая личность как таковая признается источником гражданских и политических прав, то и международная жизнь представляет высокую степень развития порядка и права. Наоборот, с государством, в котором человеческая личность никакими правами не пользуется, где она бесправна и угнетается, международные отношения не могут ни развиваться, ни устанавливаться на прочных основаниях».<sup>7</sup>

Эти слова — свидетельство высокой гражданственности и личного мужества Мартенса, который не боялся открыто высказывать и отстаивать свое мнение по самым острым вопросам внутренней и международной жизни.

Заканчивая эти краткие заметки о связи между идеями и практической деятельностью Мартенса и современным международным правосудием, хотелось бы напомнить о том, что сооружение Дворца мира в Гааге, в котором в настоящее время размещаются Международный суд ООН

<sup>5</sup> *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 // International Court of Justice Reports. 2002. P. 22.*

<sup>6</sup> *Мартенс Ф.* Современное международное право цивилизованных народов. Т. 2. С. 376.

<sup>7</sup> Там же. Т. 1. СПб., 1887. С. V.

и Постоянная палата третейского суда, в значительной степени обязано инициативе и настойчивым усилиям Мартенса. Вызывает глубокое удивление, что в 1999 г. во время торжеств, связанных со столетием Первой Гаагской конференции мира, во Дворце мира был установлен бюст Мартенсу, занявший достойное место среди выдающихся деятелей других стран, которые внесли неоценимый вклад в развитие международного права и дружественных отношений между народами.

**АБАШИДЗЕ Аслан Хусейнович, д. ю. н., профессор Российского университета дружбы народов и МГИМО(У) МИД России, член рабочей группы по произвольным задержаниям Совета по правам человека ООН:** Написать о вкладе Ф. Ф. Мартенса в развитие международного права и легко, и трудно. Легко, потому что он оставил нам богатое научное наследие, о котором можно писать много и бесконечно. Трудно, потому что его научные труды многогранны, что тяжело поддается всесторонним исследованиям. В нашем очерке мы останавливаемся на некоторых аспектах его деятельности и научного вклада. За короткое для ученого время жизни (64 года) Ф. Ф. Мартенс успел много как публицист, юрист и дипломат. Хотя он вырос в сиротском доме, ему удалось закончить престижный юридический факультет Петербургского университета. Благодаря судьбе — по просьбе декана юридического факультета Ивановского, Ф. Ф. Мартенс избрал международно-правовую специализацию. Базируясь на знаниях истории дипломатии России, Федор Федорович углубил свой научный опыт в европейских университетах, что внушило ему неординарный, глубокий и стратегический подход к решениям научных проблем. Его работа «Собрание трактатов» в 15 томах — мечта предыдущих поколений и капитальный труд, востребованный и ныне. Его курс «Современное международное право цивилизованных народов» стал учебником всех престижных вузов мира. Его деятельность в Институте международного права сыграла большую роль в кодификации международного права в сфере судоходства по международным рекам, определении режима Суэцкого канала и в мирном разрешении международных споров.

Ф. Ф. Мартенс — пример того, как следует сочетать научную и практическую деятельность. В качестве сотрудника МИД России он блестяще выполнял поручения на Брюссельской конференции 1874 г. и на переговорах по окончанию русско-турецкой войны 1877–1878 гг. Он являлся постоянным представителем России на всех конференциях, проводимых под эгидой Красного Креста.

Деятельность Ф. Ф. Мартенса — лучший пример сочетания основ международного публичного и частного права. Он был выдающимся представителем международного публичного права и блестяще показал себя во время работы Конференции по международному частному праву в Гааге в 1893 и 1894 гг. Его талант ученого и дипломата помог спасти от провала Первую конференцию мира в Гааге в 1899 г. Благодаря его предложениям были заложены основы по кодификации мирных средств разрешения споров и международного гуманитарного права. Он — автор института международного права — международных следственных комиссий.

Ф. Ф. Мартенс был великим практиком: он выступал в качестве третейского судьи по международным спорам (спор между Англией и Францией о правах рыбной ловли в береговых водах Ньюфаундленда; спор между Голландией и Англией по поводу английского китобойного судна или же спор между Англией и Венесуэлой о территории в бассейне реки

Ориноко). Он активно работал членом Постоянной палаты третейского суда. Государства нередко обращались к нему за консультациями.

Его вклад в теорию и практику международного права был подтвержден присуждением ему почетных званий, включая доктора права, отечественными и зарубежными обществами и университетами.

Безусловно, Ф. Ф. Мартенс внес неоценимый вклад в становление и развитие международного гуманитарного права. Еще будучи магистром, он озаглавил свой научный труд «О праве частной собственности во время войны». Он при жизни воздвиг себе памятник, сформулировав оговорку, которая получила впоследствии название оговорки Мартенса. Она нашла отражение в п. 2 ст. 1 Дополнительного протокола к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающегося защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I) от 8 июня 1977 г., и гласит: «В случаях, не предусмотренных настоящим Протоколом или другими международными соглашениями, гражданские лица и комбатанты остаются под защитой и действием принципов международного права, проистекающих из установившихся обычаев, из принципов гуманности и из требований общественного сознания».

Данное положение служило и продолжает служить делу прогрессивного развития международного гуманитарного права. Так просто, так емко и так глубоко мог сформулировать только талант, одаренный Высшей силой. Самая лучшая память великому ученому и практику Ф. Ф. Мартенсу — чтобы нынешние и будущие поколения сохраняли и умножали его наследство.

**ВЕЛЬЯМИНОВ Георгий Михайлович, д. ю. н., профессор, главный научный сотрудник Института государства и права РАН:** Первое чувство, которое возникает в связи со 100-летней годовщиной смерти Федора Федоровича Мартенса, — это прямое сожаление, что, увы, в наше время нет, а пожалуй, и вообще не было после Мартенса в России юриста-международника с таким же, как у него международным, европейски признанным авторитетом. Авторитетом не просто кабинетного теоретика, но и дипломата, и профессора, воспитавшего плеяду юристов, и блестящего судьи-международника, члена Гаагского арбитражного суда, вице-президента Института международного права.

Особо прославлены были судьейские таланты Ф. Ф. Мартенса, выступавшего в личном качестве, например, единоличного третейского судьи *ad hoc* по спору между Англией и Нидерландами в самом конце XIX в. Можно ли вообще представить себе ныне, чтобы межгосударственные споры решались одним судьей, действующим в личном качестве?! Какой же для этого нужен был авторитет! Другим вошедшим в историю правосудия делом, вскоре с блеском проведенным Мартенсом в качестве суперарбитра третейского трибунала *ad hoc*, было дело по спору о границах между Британской (тогда) Гвианой и Венесуэлой.

Хорошо известна и постоянная юридически-дипломатическая работа Ф. Ф. Мартенса. Особенно Гаагская 1899 г. и Женевская 1906 г. мирные конференции, как и другие крупные международные конференции конца XIX — начала XX в. не обходились без деятельного участия в них Мартенса, в том числе в составе российских делегаций.

Совершенно закономерно, что 100-летняя годовщина смерти Мартенса отмечается, прежде всего, под небом Петербурга, города, университет которого он окончил и где он долгие годы возглавлял кафедру международного права, где прошла его жизнь, посвященная служению

науке, правосудию и защите интересов России на высшем международном уровне.

**КОТЛЯР Владимир Семенович, д. ю. н., советник Дипломатической академии МИД России, международный арбитр ООН по морскому праву, Заслуженный работник культуры РСФСР:** В начале 1993 г. в Нью-Йорке, где я в то время работал директором Отдела кодификации международного права в Юридическом управлении Секретариата ООН, ко мне пришел познакомиться только что приехавший новый советник по правовым вопросам Постоянного представительства Германии при ООН. Это был симпатичный мужчина средних лет, он протянул руку и назвал свою фамилию: «Мартенс». «О господи, — воскликнул я, — эта фамилия ведь очень хорошо известна юристам в России!». «Да, я знаю, — ответил он, — я его правнук». Так что семейная традиция работать в области международного права, заложенная Ф. Ф. Мартенсом, продолжается.

Ф. Ф. Мартенс принадлежит к славному племени пионеров, первопроходцев в развитии науки международного права в России. Круг его интересов был очень широк — от судопроизводства в консульских судах, судопроизводства по международным рекам или мер по борьбе с работорговлей на море до прав человека, гуманитарного и частного права. Ему принадлежит первый в России систематизированный учебник международного права — «Современное международное право цивилизованных народов», который выдержал несколько переизданий и был переведен на немецкий, французский и испанский языки. Пусть не со всеми положениями учебника сегодняшние выпускники юридического факультета Санкт-Петербургского университета могут согласиться (начиная, наверное, с названия), но это был *первый* серьезный учебник в России по международному праву. Его перу принадлежит масса статей по вопросам международных отношений, актуальных для того времени, он представлял Россию на десятках международных конференций. Высокие профессиональные качества Ф. Ф. Мартенса и его беспристрастность снискали ему большой авторитет не только в России, он часто выступал в роли судьи в международных третейских судах и был многолетним членом Постоянной палаты третейского суда в Гааге.

Но, пожалуй, наиболее известен его многолетний труд по созданию «Собрания трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами» (Санкт-Петербург, с 1874 г.) с интереснейшими комментариями.

Санкт-Петербург, где он много лет работал, и вся Россия могут только гордиться тем, что сделал Ф. Ф. Мартенс для развития науки международного права в России.

**МАРОЧКИН Сергей Юрьевич, д. ю. н., профессор, директор Института дополнительного профессионального образования Тюменского государственного университета, Заслуженный юрист РФ:** Роль Ф. Ф. Мартенса в подготовке и проведении конференций мира, становлении и развитии международного гуманитарного права, разработке проектов конвенций по достоинству отметят, полагаю, мои коллеги. Хотелось бы обратить внимание на два положения, которые выявляют его взгляд на международное право в целом. Более того, они как бы предвосхитили некоторые тенденции развития современного международного права на рубеже XX–XXI вв. и в начале нового тысячелетия и столетия.

Ф. Ф. Мартенс был привержен задаче обеспечения «доминирования права в отношениях между народами». Данная задача, впоследствии

неоднократно обоснованная в доктрине и получившая отражение в документах международных организаций и форумов, подвергается в то же время критике в зарубежной и отечественной литературе как идеалистическая и утопическая. Якобы международное право должно обеспечить «победу» над «хаосом» международных отношений, целенаправленное их подчинение международно-правовому регулированию. Представляется, что этот критический взгляд несколько односторонен.

Международные отношения регулируются в основном политическими либо правовыми средствами. Политическое регулирование является исходным, причем в отдельных сферах занимало и занимает даже ведущее место.

И задача должна заключаться не в подчинении международных отношений, тем более что далеко не все они могут быть урегулированы правом, а в сбалансированном соотношении различных средств регулирования — политических, моральных, правовых.

Право в значительной мере играет обслуживающую роль. Его задача — закрепление в юридической форме и поддержание определенной системы отношений. Какова степень совершенства самих отношений, таковы степень развитости правового регулирования и его действенность. Международное право, регулирующее весьма динамичные взаимоотношения государств и вместе с тем имеющее достаточно стабильный характер, может быть высоко- и малоэффективным в зависимости от их состояния. Общая тенденция к сдержанности, взаимопониманию и сотрудничеству создают предпосылки того, что роль права в жизни мирового сообщества будет усиливаться.

Международное сообщество недвусмысленно выражает свое стремление к этому. В Итоговом документе Всемирного саммита 2005 г. его участники вновь подтвердили убежденность в необходимости международного порядка, основанного на международном праве, признали, что права человека, верховенство права и демократия взаимосвязаны и относятся к универсальным и неделимым основным ценностям и принципам ООН. В резолюции 61-й сессии «Верховенство права на национальном и международном уровнях» Генеральная Ассамблея ООН постановила ежегодно включать данный вопрос в повестку для обсуждения.

Второе положение. Из знаменитой «оговорки Мартенса» вытекает, что международное право уже в то время было призвано действовать не только в отношении государств, но и непосредственно в отношении людей. Тем более сейчас. Традиционно оно развивалось как право государств, как регулятор межгосударственных отношений. Но в эпоху глобализации, взаимозависимости и прав человека оно не может оставаться прежним. В настоящее время участниками международного общения являются и оказывают на него все растущее влияние также неправительственные структуры. Международное право имеет все большее значение в регулировании прав и защите интересов физических и юридических лиц.

Отсюда потребность времени — дальнейшая гуманизация международного права. Речь идет не только о последующем развитии такой его отрасли, как права человека, а о том, что международное право становится менее «этактистским» (правом на уровне государств и межгосударственных структур и только для них). Стремление к строительству цивилизованного правового государства во многих странах предполагает наличие развитого гражданского общества и возможность его влияния на государство. Вполне обоснованно говорить о необходимости наличия и мирового гражданского общества и его воздействия на сообщество государств и межгосударственных организаций.

Международное право, очевидно, со временем будет правом международного сообщества в широком смысле. Оно все чаще будет включать в сферу своего регулирования негосударственные структуры и индивидов.

**ИГНАТЕНКО Геннадий Владимирович, д. ю. н., профессор, профессор кафедры иностранного государственного и международного права Уральской государственной юридической академии, Заслуженный деятель науки РСФСР, Почетный работник высшего профессионального образования:** В надежде, что мои суждения будут не начальными в рубрике, посвященной Федору Федоровичу Мартенсу, воздержусь от тех аспектов научных исследований, которые считаются наиболее значимыми в его творчестве. Имею в виду вопросы войны и мира, охватывающие, прежде всего, традиционное понимание международного гуманитарного права.

К числу менее заметных компонентов наследия Мартенса можно отнести характеристику международной правосубъектности, в том числе оценку основных прав государств, которые, по его словам, неразрывно связаны с их международными свойствами и с их положением «в качестве международных личностей». Без таких прав, утверждал Мартенс, государства не члены международного общения.<sup>8</sup>

В трактовке основных прав содержится не только констатация статуса субъектов на стыке XIX–XX вв., но и обозначено своего рода предопределение перспективы для потенциальных участников международных отношений, международных личностей, статус которых также должен быть обусловлен наличием основных прав, что нашло подтверждение в реальностях эволюции субъектов.

Постулаты того времени (государства — единственные субъекты международного права, такими субъектами «не должны быть считаемы частные лица») не помешали Мартенсу ощутить личностные критерии статуса применительно к межгосударственному общению. Вот его тезис: «Человек есть лицо, т. е. субъект известных неотъемлемых прав, которые должны быть уважаемы в области отношений между государствами».<sup>9</sup> Естественно, мы не можем модернизировать мысль ученого и приближать слова «субъект неотъемлемых прав» к современному концептуальному пониманию, однако несправедливым было бы и забвение уважительной трактовки этих прав в контексте их признания государствами.

Завершая лаконичные суждения, касающиеся наследия Мартенса, рискну предложить необычный комментарий к одной из самых знаменитых его формулировок, известной как «оговорка Мартенса». Уверен, что она уже прозвучала в ранее представленных текстах. Акцентирую внимание на словах о защите населения и воюющих в случаях, не предусмотренных нормами «права войны», со ссылкой на установившиеся принципы гуманности.

Но если широчайшее признание и последующее конвенционное закрепление получила мысль о значимости гуманистических принципов как фактора правовой оценки ситуации вооруженного конфликта, то почему не взглянуть через призму аналогичной концепции на нынешние явные пробелы, присущие мирному состоянию защиты прав и свобод человека, а на этой основе и универсальным суждениям.

<sup>8</sup> Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов. СПб., 1904. Т. I. С. 302.

<sup>9</sup> Там же. С. 177–178, 220–221.

Выношу на обсуждение рискованный аргумент в пользу принятого в отдельных публикациях толкования международного гуманитарного права как целостной отрасли международного права и выделения в составе этой отрасли гуманитарного права вооруженных конфликтов.

Я ни в коей мере не ставлю под сомнение убежденность сторонников традиционного подхода, но с такой же страстью отстаиваю иное решение относительно современной концепции международного гуманитарного права. Вот как далеко меня завела оговорка Мартенса.

**МАЛЕЕВ Юрий Николаевич, д. ю. н., профессор, профессор кафедры международного права МГИМО(У) МИД России:** Большинство юристов связывают это имя с известной «оговоркой Мартенса», положением, которое было внесено в преамбулу Конвенции о законах и обычаях сухопутной войны 1899 г. и в ряд других международных конвенций.

Практически это «оговорка Иисуса Христа». И действительно, надо было быть таким же совершенно оторванным от жизни идеалистом, чтобы в обстановке всеобщей кровавой вакханалии, оправдания практически без правил непрерывно введущихся войн проповедовать такую идею: «Впредь до того времени, когда представится возможность издать более полный свод законов войны, Высокие договаривающиеся стороны считают уместным засвидетельствовать, что в случаях, не предусмотренных принятыми ими постановлениями, население и воюющие стороны остаются под охраной и действием начал международного права, поскольку они вытекают из установившихся между образованными народами обычаев, из законов человечности и требований общественного сознания».

Заметьте, о запрете войны здесь не идет речь. До такого «Христова идеализма» («не убий») Ф. Мартенс не дошел, понимая, что представляет собой человеческое общество. Именно общество в целом, а не отдельные личности со сдвинутой психикой. Иными словами, речь шла о том, «по каким правилам следует убивать». В свое время именно так я осознанно назвал свою рецензию на монографию Эрика Давида «Принципы права вооруженных конфликтов». И не следует упрекать Ф. Мартенса в том, что он как бы остановился на полдороге, не пытаясь средствами права добиться прекращения войн. Это невозможно. Они и сегодня все активнее идут.

Человеческий подвиг Ф. Мартенса состоит в другом: в обстановке, когда фактически ни одно государство не готово было пойти на установление некоторых обязательных правил ведения войны, он нашел для этого адекватную формулу. Самое главное в этой формуле — опора на установившиеся между образованными народами обычаи, законы человечности и требования общественного сознания при отсутствии конкретных норм. Когда она была предложена впервые — на Брюссельской конференции 1874 г., осторожность по отношению к ней все-таки сохранялась. В результате участники конференции 1874 г. согласились принять лишь декларацию рекомендательного характера (Брюссельская декларация).

И только через 25 лет, когда Ф. Мартенс, будучи уже всемирно известным юристом, на Первой конференции мира в Гааге предложил (в качестве председателя Комиссии по подготовке соотвествующей конвенции) обсуждать Брюссельскую декларацию уже в качестве проекта Конвенции, ситуация изменилась. Несколько изменился и сам текст «оговорки», включенной в Преамбулу: «Впредь до того времени, когда представится возможность издать более полный свод законов войны, Высокие договаривающиеся стороны считают уместным засвидетельствовать, что в случаях, не предусмотренных принятыми ими постановлениями, население

и воюющие стороны остаются под охраной и действием начал международного права, поскольку они вытекают из установившихся между образованными народами обычаев, из законов человечности и требований общественного сознания».

Не стоит удивляться, что, несмотря на острые, чуть ли не враждебные дебаты, происходившие на Гаагской конференции, предложение Ф. Мартенса было воспринято аплодисментами делегатов и позволило принять единогласно всю Конвенцию без изменения первоначальных статей ее проекта. Как представляется, это было связано с тем, что даже категорические противники ограничения правил ведения войны не видели в ней ничего нормативного, лишь моральные призывы, обращенные к законам человечности и требованиям общественного сознания.

Они не могли и предположить, какую важную, именно нормативную, роль сыграет в международном гуманитарном праве подобное «морализаторство». Это стало очевидным, когда оговорка Мартенса вошла (почти дословно) в п. 2 ст. 1 Дополнительного протокола I 1977 г. к Женевским конвенциям 1949 г., в преамбулу Протокола II, в преамбулу Женевской конвенции о запрещении определенных видов обычного вооружения 1980 г. (с незначительными изменениями) и в другие международные документы. Чисто условно, из уважения к великому юристу, ее продолжали именовать оговоркой Мартенса, а на самом деле она стала самостоятельной нормой международного права, претерпевая некоторые изменения в зависимости от принимаемого документа (изменения в абсолютном большинстве сводились к вариации терминов).

В этом контексте мы и воспринимаем ведущиеся дискуссии о том, носит ли оговорка Мартенса нормативный или нравственный характер. Не вдаваясь в детали этой дискуссии, выскажем следующую мысль: то, что первоначально означало позицию отдельного лица, в последующем было использовано для формулирования и принятия правовой нормы, наименование которой «оговорка Мартенса» — чисто условно. В этом же плане следует воспринимать и предложение не ограничивать действие «оговорки» правом вооруженных конфликтов, а считать ее (соответствующую норму) частью международного гуманитарного права, превращения ее в норму общего международного права *jus cogens*.

Известно, что интерес Ф. Мартенса не ограничивался гуманитарным правом. Его докторская диссертация называется «О консулах и консульской юрисдикции на Востоке», всемирно известен его курс «Современное международное право цивилизованных народов», большой популярностью пользовались «Собрание трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами», и многочисленные статьи, напечатанные в ведущих правовых изданиях того времени.

Словом, завидная судьба выпала на долю этого неутомимого труженика.

И страшная трагедия: наблюдая за тем, как его попытки изменить хищническую сущность руководителей человеческих коллективов (называемых государствами) и физических лиц остаются бесполезными, — продолжать свою великую гуманистическую проповедь. Даже без очевидной надежды на успех.

Это именно Христово подвижничество.

Поклонимся же этому мессии в международном праве.

## СОВРЕМЕННЫЙ ВЗГЛЯД НА УЧЕНИЕ ПРОФЕССОРА МАРТЕНСА

Памятные даты, связанные с именем Федора Федоровича Мартенса, определили содержание не только рубрики «Материал номера», но и рубрики «Актуальные проблемы международного права», помещаемой в журнале «Правоведение» № 2 за 2009 г. Правда, ее формат не совсем обычен. Редакция решила обратиться к нашим зарубежным коллегам, чтобы выяснить, как сегодня труды и личность Ф. Ф. Мартенса воспринимаются за пределами России.

В рубрике представлены краткие заметки, полученные от судьи Международного суда ООН, профессора Т. Каменовой (Болгария), профессора Р. А. Мюллерсона (Великобритания) и профессора У. Э. Батлера (США).

Профессор Т. Каменова анализирует, каким образом идеи, заложенные в оговорке Мартенса, впоследствии были воплощены в международных соглашениях в области гуманитарного права — Женевских конвенциях о защите жертв войны 1949 г. и Дополнительных протоколах к ним 1977 г., а также отразились на уставных документах и деятельности международных судебных учреждений — Международного суда ООН, Международного военного трибунала для суда над главными нацистскими военными преступниками (Нюрнбергский трибунал) и Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии (МТБЮ).

С точки зрения профессора Р. А. Мюллерсона, Мартенс был провидцем, когда указывал, что роль государства на международной арене и его влияние на международное право предопределены тем, как это государство заботится о соблюдении прав собственных подданных. Пренебрежение к правам своих граждан, как правило, приводит к тому, что государство начинает игнорировать и нормы международного права.

Для профессора У. Э. Батлера ключевым является вопрос о том, как Мартенс завоевал всемирную известность, стал юристом-международником номер один во всем мире. По мнению У. Э. Батлера, завоевав известность как ученый и публицист, Мартенс получил возможность оказывать влияние на политику как в Европе, так и за ее пределами. Иными словами, сама личность Мартенса стала фактором, оказывавшим значительное воздействие на формирование международного права, его применение и изучение.

Выражая признательность нашим зарубежным коллегам за присланные ими материалы, в то же время отметим, что мы едва ли можем беспрекословно согласиться со всем, о чем они пишут. К примеру, вызывает сомнения оценка профессором Т. Каменовой деятельности Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии. Она оценивает его в превосходной степени. Между тем и в России, и за ее пределами неоднократно высказывались серьезные претензии в адрес этого судебного учреждения, прежде всего с точки зрения практики двойных стандартов, с очевидностью проявившейся в деятельности Суда.

Спорными следует признать и некоторые утверждения Р. А. Мюллерсона. Так, он ссылается на то, что не все современники Мартенса

разделяли его концепцию, согласно которой международное право распространяет свое действие лишь на цивилизованные народы и не затрагивает нецивилизованные или полуварварские, которые «ведут кочевой, полудикарский образ жизни, промышляя грабежами и разбоем». Однако нельзя не признать, что Мартенс был более последователен, чем его критики. Он полагал, что право не может быть привнесено извне, навязано народам, находящимся на более низкой ступени развития, в тот момент, когда они не готовы освоить его ни по уровню своего мировосприятия, ни по уровню правосознания. Право должно естественно вытекать из условий жизни и степеней самосознания народа, иначе оно останется не более чем пустой декларацией. Эта мысль Мартенса актуальна и в наши дни, когда, скажем, евроцентристская модель обеспечения прав и свобод человека провозглашается в качестве всеобщей и единственно возможной.

Однако, оставляя заметки наших зарубежных коллег без каких-либо дальнейших комментариев и пояснений, мы предоставляем читателям возможность самим оценить то, насколько совпадают или различаются наши подходы и оценки.

Вместе с тем позволим себе обратить внимание читателей на некоторые интересные суждения наших иностранных корреспондентов. К примеру, Т. Каменова и У. Э. Батлер сходятся во мнении, что авторитет и влияние Ф. Ф. Мартенса возрастают по мере того, как становится очевидным, насколько велик его вклад в становление и развитие международного права. У. Э. Батлер полагает, что в XXI в. могут оказаться реализованными многие оригинальные идеи Мартенса, представлявшие слишком радикальными в то время, когда они были высказаны.

Р. А. Мюллерсон отмечает, что Мартенс остается одним из величайших юристов-международников всех времен. Об этом же пишет У. Э. Батлер и, развивая эту мысль, добавляет, что Ф. Ф. Мартенс может служить символом российского вклада в развитие международного права.

Думается, что высказанные нашими зарубежными коллегами суждения позволят и нам в чем-то по-новому взглянуть на нашего замечательного предшественника, великого русского ученого Федора Федоровича Мартенса.

С уважением,  
*С. В. Бахин*

**КАМЕНОВА Тсветана (Tsvetana KAMENOVA), доктор права, профессор (Болгария); судья Международного суда ООН\***

1. В наши дни невозможно найти монографию или учебник по международному гуманитарному праву, в которых не было бы главы, посвященной знаменитой оговорке Мартенса.

Я полагаю, что творческий дух великого русского ученого и дипломата Ф. Ф. Мартенса стал очевиден лишь спустя годы после того, как закончился процесс переговоров на Гаагской конференции 1899 г. Влияние конференции 1899 г. на применение и дальнейшее развитие права вооруженных конфликтов связано с оговоркой Мартенса.

Какие удивительно точные слова нашел Мартенс, написав: «Высокие договаривающиеся стороны считают уместным засвидетельствовать,

---

\* © Т. Каменова, 2009

© А. А. Иванов (перевод), 2009

что в случаях, не предусмотренных принятыми ими постановлениями, население и воюющие стороны остаются под охраной и действием начал международного права, поскольку они вытекают из установившихся между образованными народами обычаев, из законов человечности и требований общественного сознания».

Спустя столетие после провозглашения этой оговорки имя и идеи Ф. Ф. Мартенса продолжают находиться в центре внимания во многих научных работах и судебных решениях. Влияние его идей можно обнаружить в новом исследовании Международного комитета Красного Креста по вопросам обычного международного гуманитарного права.<sup>1</sup> Подобное влияние несет на себе и ряд решений, вынесенных международными юрисдикционными органами.

Как подчеркивает президент Международного уголовного трибунала по бывшей Югославии в отставке профессор Теодор Мерон, оговорка Мартенса лежит в основе практики Нюрнбергского трибунала, затрагивается Международным судом ООН и судебными институтами по правам человека, воспроизводится во многих международных договорах, касающихся гуманитарного права и регулирующих вопросы методов и средств ведения войны.

В Нюрнберге оговорка Мартенса была использована в подтверждение того, что Устав Нюрнбергского трибунала представляет собой документ, действующий ретроактивно, а также что депортация жителей оккупированных территорий запрещена обычным международным правом. В 1948 г. в знаменитом деле Круппа Уголовный трибунал, созданный в США, указал что «оговорка Мартенса представляет собой не просто “благое пожелание”, но правовое положение, применяемое в случае, когда специальные положения Гаагских конвенций и правил, служащих им дополнением, не покрывают специфические случаи военных действий или сопутствующих военным действиям».

В несколько измененном виде оговорка была включена в Женевские конвенции о защите жертв войны 1949 г. (соответственно ст. 62, 63, 142, 158 четырех Женевских конвенций 1949 г.), в Дополнительные протоколы к этим Конвенциям 1977 г., в преамбулу к Конвенции о запрещении или ограничении применения конкретных видов обычного оружия от 10 октября 1980 г. и в другие конвенции.

Правила Женевских конвенций 1949 г. гласят, что «Денонсация будет иметь силу лишь в отношении Денонсирующей стороны. Она никак не будет влиять на обязательства, которые стороны, находящиеся в конфликте, будут обязаны продолжать выполнять в силу принципов международного права, поскольку они вытекают из обычаев, установившихся среди цивилизованных народов, из законов человечности и велений общественной совести» (ч. 4 ст. 158 Конвенции о защите гражданского населения во время войны от 12 августа 1949 г.).<sup>2</sup>

Оговорка Мартенса служит важным напоминанием, что в любом вооруженном конфликте никогда не бывает полного отсутствия права и никогда не бывает ситуаций, в которых невозможна правовая регламентация с целью избавить людей от страданий и страха. Профессор Мартенс правильно предвидел в 1899 и 1907 гг., что нечистоплотные командиры и их

<sup>1</sup> Хенкертс Ж. -М., Досвальд-Бек Л. при участии Аверман К., Дёрмана К., Ролла Б. Обычное международное гуманитарное право. Т. 1. Нормы / пер. с англ. МККК, 2006.

<sup>2</sup> Международные акты о правах человека. Сб. документов / сост. В. А. Карташкин, Е. А. Лукашева. 2-е изд. М., 2002. С. 489.

юридические советники будут пытаться использовать лакуны и двусмысленные положения писаного права.

Наглядным примером этого может служить оговорка о всеобщем участии в Гаагской конвенции 1907 г., согласно которой ее положения не применяются ко всем воюющим государствам, если хотя бы одно из них не участвует в Конвенции. Таким образом, даже когда детализированные положения права Гааги не нашли бы применения в конкретной ситуации, оговорка Мартенса дает возможность применить стандарты цивилизованного поведения, гуманности и общественного сознания.

Какими бы ни были неточности в толковании и применении этого права применительно к новым формам вооруженных конфликтов, мы, по крайней мере, можем уверенно начать хотя и с общего, но неколебимого базиса гуманитарного права. Этот базис становится более детализированным в своем содержании, когда возникает согласие относительно того, что определенные принципы и нормы достигли уровня общепризнанных элементов обычного права. Необходимо в связи с этим отметить, что до сего времени в Женеве продолжают дискуссии относительно того, какие именно положения Первого дополнительного протокола 1977 г. могут считаться обычными, несмотря на то что он не ратифицирован некоторыми государствами.

Сегодня отдельные авторы склонны рассматривать право вооруженных конфликтов в узком смысле — как «право Гааги», поскольку оно получило свое основополагающее воплощение в Гаагских конвенциях 1907 г. С нашей точки зрения, международное гуманитарное право следует рассматривать как «право Женевы», ибо в своей основе оно проистекает из Женевских конвенций о защите жертв войны 1949 г. Эти два правовых комплекса, базирующихся на разных источниках, уходящих в XIX в. и развивавшихся раздельно на протяжении практически всего XX в., были объединены в один поток и дополнены в принятых в 1977 г. Дополнительных протоколах к Женевским конвенциям. Эти Протоколы были ратифицированы едва ли не всеми государствами мира. Именно с этих пор стало обычным говорить «право вооруженных конфликтов» и «международное гуманитарное право», вкладывая в данные термины единый смысл. Одна формулировка включает в себя другую.

Каков порог применения этих установлений? Гаагские конвенции молчат, ибо предполагается, что их применение к «войне» есть объективно оцениваемый вопрос, поскольку война начинается с соответствующей декларации одной или более ее сторон. Устав ООН не предусматривает такого права государств, как объявление войны, и ограничивает применение силы ситуациями самообороны и действиями, санкционированными Советом Безопасности ООН согласно Разделу VII Устава (некоторые, однако, полагают, что существует ограниченный круг случаев применения вооруженной силы, которые не запрещены п. 4 ст. 2 Устава ООН, как например «гуманитарная интервенция»). Следовательно, в Уставе ООН не содержится определения состояния войны или вооруженного конфликта. Женевские же конвенции 1949 г. в общих терминах устанавливают некий порог вооруженного конфликта, порог, указание на который также содержится в Дополнительном протоколе I 1977 г.

Общая для Женевских конвенций 1949 г. ст. 2 указывает следующее: «Помимо постановлений, которые должны вступить в силу еще в мирное время, настоящая Конвенция будет применяться в случае объявленной войны или всякого другого вооруженного конфликта, возникающего между двумя или несколькими Высокими Договаривающимися Сторонами, даже в том случае, если одна из них не признает состояния войны.

Конвенция будет применяться также во всех случаях оккупации всей или части территории Высокой Договаривающейся Стороны, даже если эта оккупация не встречает вооруженного сопротивления».<sup>3</sup>

Порог применения Женевских конвенций 1949 г. и Первого дополнительного протокола, таким образом, установлен невысоко — он требует лишь фактического существования вооруженного конфликта, каковое презюмируется с момента первого обмена выстрелами.

Конвенции 1949 г. и Первый дополнительный протокол применяются в отношениях между договаривающимися государствами.

II. Международный уголовный трибунал по бывшей Югославии представляет собой юрисдикционный орган ООН, имеющий дело с военными преступлениями, совершенными во время конфликта на Балканах в 1990-е годы. С момента его основания в 1993 г. Трибунал необратимо изменил лицо международного гуманитарного права и дал возможность жертвам преступлений заявить во весь голос об ужасах, которые им довелось увидеть и пережить.

Деятельность Трибунала демонстрирует, что те, кто предположительно несут наибольшую ответственность за совершенные в указанном регионе злодеяния, могут быть призваны к ответу, что позволяет индивидуализировать вину и защитить целые сообщества от ярлыков «коллективной ответственности». Трибунал заложил основы того, что сейчас является общепризнанными принципами разрешения конфликтов и постконфликтного развития, один из которых требует привлечения к ответственности лидеров, подозреваемых в массовых преступлениях. Трибунал служит доказательством того, что эффективное и прозрачное международное правосудие возможно.

В некоторых из решений Трибунала мы можем встретить прямое цитирование оговорки Мартенса. Практика Трибунала в целом представляет собой иллюстрацию одного важного аспекта оговорки Мартенса — она служит напоминанием, что международное обычное право продолжает применяться даже после принятия соответствующей договорной нормы. В более широком смысле оговорка указывает: что не запрещено международным договором, не является *ipso facto* разрешенным. Кроме того, она служит подтверждением позиции, согласно которой действия во время вооруженных конфликтов оцениваются не только в соответствии с положениями международных договоров, но и согласно принципам «естественного права», выраженным в международном праве, происходящем из установленных обычаев, принципов гуманности и требований общественного сознания.

Согласно Статуту Трибунала указанный орган уполномочен судить лиц:

- a) нарушивших или отдавших приказ о действиях, нарушающих Женевские конвенции 1949 г., — ст. 2;
- b) нарушивших законы и обычаи войны — ст. 3;
- c) совершивших геноцид — ст. 4;
- d) совершивших преступления против человечности — ст. 5.

Статья 5 гласит: «Международный Трибунал вправе судить лиц, ответственных за следующие преступления, совершенные во время вооруженного конфликта, международного или внутреннего по своему характеру, и направленных против каких-либо лиц гражданского населения:

<sup>3</sup> Там же. С. 475.

(а) убийство, (b) истребление, (c) захват в рабство, (d) депортация, (e) лишение свободы, (f) пытка, (g) изнасилование, (h) преследования по политическим, расовым или религиозным основаниям, (i) иные бесчеловечные деяния».

III. Одним из главных примеров преступления против человечности является преследование.

Известно, что во время Второй мировой войны союзные державы решили, что германские высокопоставленные должностные лица должны будут предстать перед судом не только за преступления в отношении комбатантов и гражданского населения противника, но и за насилие в отношении определенных групп внутри населения самой Германии. Указанные деяния не могли быть признаны уголовно наказуемыми в соответствии с правилами ведения войны, действовавшими во время их совершения, которые, в сущности, защищали лишь население территории противника.

Устав Нюрнбергского трибунала включал положения, касавшиеся преступлений против человечности. Устав Нюрнбергского трибунала создал новое основание для ответственности, указав преследование в качестве одного из преступлений против человечности. Он, однако, содержал положение, согласно которому для подведомственности Трибуналу преследование должно быть сопряжено с иным преступлением, входящим в компетенцию Трибунала. Поскольку преступления против человечности включали преступления, совершенные немцами в отношении других немцев на территории Германии, Устав Нюрнбергского трибунала оказался поворотным моментом в международных отношениях.

Сущность данного преступления была, без сомнения, далее развита в практике МТБЮ. В своем первом деле — деле Тадича, судебная палата Международного трибунала по бывшей Югославии признала, что преследование как уголовное преступление никогда не было четко определено в международном уголовном праве, как не было оно известно в основных системах национального уголовного права.

Объективную сторону данного состава представляют собой действия, содержащие фактическую дискриминацию и нарушающие фундаментальное право человека, закрепленное в международном праве. Субъективную сторону образует дискриминация по одному из перечисленных оснований (политические, расовые или религиозные основания). С каждым новым решением МТБЮ абрис данного преступления дополнялся иными субстантивными параметрами, делая его определение более четким, что стало серьезным вкладом в развитие института преступлений против человечности.

Наиболее сложным вопросом в отношении преследования является ныне вопрос о квалификации реальных действий в соответствии с этим составом. Хотя Статут МТБЮ был основан на Уставе Нюрнбергского трибунала, ограничение по сопряженности с другими преступлениями по Статуту, существовавшее в Уставе Нюрнбергского трибунала, было прямо отвергнуто МТБЮ. Трибунал, благодаря пятидесяти годам поступательного развития, разделившим Нюрнберг и первые дела по Югославии, определил преследование как намеренное, грубое и массовое нарушение на дискриминационных основаниях фундаментального права, закрепленного в международном обычном или договорном праве.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> See *Prosecutor v. Kupreskic*, Judgment, § 621; *Prosecutor v. Krnojelac*, Judgment, § 434; *Prosecutor v. Kvočka*, Judgment, § 323. — All judgments are available at [www.icty.org/cases](http://www.icty.org/cases).

Преследование не ограничивается преступлениями, перечисленными в Статуте МТБЮ, но включает также и иные действия, нарушающие фундаментальное право, поскольку акты преследования достигают того же уровня тяжести, что и иные преступления против человечности, например, убийства, истребление, захват в рабство, депортация, лишение свободы и пытка.<sup>5</sup> Таким образом, Трибунал признал, что преследование может представлять собой лишение или нарушение широкого круга прав, включая политические, экономические и социальные, а также домогательства, унижения и психологическое насилие.

Современное понятие преступлений против человечности представляет собой, по сути дела, продукт деятельности трибуналов *ad hoc*, созданных ООН в последние 16 лет. Практика указанных трибуналов прояснила многие спорные вопросы отдельных уголовных преступлений. Понятие «преступление против человечности» к настоящему моменту уже закрепилось в международном обычном праве и будет впредь применяться международными и национальными юрисдикционными органами.

**МЮЛЛЕРСОН Рейн Аввович (Rein MULLERSON), доктор права, профессор международного права, Кингс Колледж (King's College), Лондон (Великобритания), член Института международного права\*\***

В течение многих лет я имел свою собственную весьма предвзятую точку зрения на Федора Федоровича Мартенса. С разницей в одно столетие мы оба покинули эстонскую деревню ради имперских столиц. Будучи сиротой, Мартенс был послан в школу в Санкт-Петербург; я же, после множества злоключений, оказался в Московском университете.

Мартенс стал профессором международного права в Санкт-Петербургском университете и пошел на государственную службу, консультируя последнего русского императора Николая II и целую вереницу министров иностранных дел, в числе которых был и величайший из тех, кем Россия когда-либо располагала, — князь Александр Горчаков.

Я же очутился среди профессоров международного права в столице СССР, где во времена перестройки и гласности консультировал советское руководство, включая первого и последнего Президента СССР Михаила Горбачева, по вопросам международного права, т. е. был на службе у правопреемницы той страны, которой служил Мартенс.

Профессор Мартенс проявлял живейший интерес к большой игре между Англией и Россией в Средней Азии, и его книга «Россия и Англия в Средней Азии»<sup>6</sup> стала для меня стимулом согласиться на должность регионального наблюдателя ООН по Центральной Азии — миссии, которая завершилась написанием книги, озаглавленной «Центральная Азия: шахматная доска и шахматист в новой Большой Игре».<sup>7</sup>

Однако, служа Империи, Мартенс служил также и международному праву. Если это и кажется парадоксальным, то только до той степени, с которой сама эта реальность, которую международное право призвано регулировать, перестает быть противоречивой и парадоксальной. Так происходит со всеми, кто отваживается изучать этот многогранный феномен.

<sup>5</sup> See Prosecutor v. Blaskic, Judgment, para 135.

\*\* © Р. А. Мюллерсон, 2009

© А. А. Иванов (перевод), 2009

<sup>6</sup> Мартенс Ф. Ф. Россия и Англия в Средней Азии. СПб., 1880.

<sup>7</sup> Mullerson R. Central Asia: A Chessboard and Player in the New Great Game. London, Kegan Paul and Columbia University Press, 2007.

Книга Мартенса «Россия и Англия в Средней Азии» наполнена гуманитарными призывами и обоснованиями необходимости как русского, так и, что удивительно, британского присутствия в горах, долинах и пустынях этого восхитительного края. Он полагал, как и большинство в то время, что международное право, которое часто именовалось (в числе многих других и Мартенсом) «международным правом цивилизованных наций», не регулирует и не может регулировать отношения между всеми народами (нациями) мира; оно регулирует лишь отношения между так называемыми «цивилизованными нациями».

Однако и в то время существовали авторы, придерживавшиеся иной точки зрения, т. е. имевшие более прогрессивные взгляды по этому вопросу. Мартенс, к примеру, критиковал позицию Блюнчли, согласно которой международное право есть право всего человечества, характеризуюя ее как «благородный и возвышенный космополитизм, который лишает международное право его практического значения».<sup>8</sup>

Мартенс подразделял нации на цивилизованные, каковыми были европейцы и народы, происходящие из Европы, организованные, такие как Персия, Китай и Япония,<sup>9</sup> и нецивилизованные или полуварварские, которые, как племена Хивы, Бухары, Восточного Туркестана и Афганистана, «ведут кочевой, полудикарский образ жизни, промышляя грабежами и разбоем».<sup>10</sup>

В его понимании международное право цивилизованных народов — оно же единственно возможное позитивное международное право (как он считал, отношения между цивилизованными и нецивилизованными народами регулируются естественным правом) — не может распространяться на нецивилизованные и полуварварские народы, поскольку последние, как он полагал, «не могут нести ответственность за свое поведение, противоречащее международному праву; они не способны понять элементарные юридические и моральные идеи, лежащие в основе отношений европейских и образованных народов. В отсутствие этого важного и необходимого условия для обязательности норм международного права совершенно невозможно, по нашему мнению, рассматривать международное право как всеобщее право, одинаковое для всего человечества».<sup>11</sup>

Впрочем, уже тогда другой российский юрист-международник, В. П. Даневский, посмеивался над мартенсовской концепцией применимости к народам Азии лишь естественного права. Он писал: «Естественное право представляет, по нашему мнению, бездонную бочку, откуда носители европейской цивилизации, с купцами во главе, черпают правила, которыми они руководствуются в своих взаимоотношениях с глупыми азиатами, еще недостаточно зрелыми для христианской цивилизации и международного права».<sup>12</sup> Разве это не интересное и тонкое замечание?

Может показаться, что, ограничивая действие международного права только цивилизованными нациями, рассматривая других как полуварваров, находящихся за пределами границ международного права и неспособных понять его нормы, Мартенс тем самым поставил себя в политически

<sup>8</sup> Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов / под ред. Л. Н. Шестакова. Т. 1. М., 1996. С. 145.

<sup>9</sup> Мартенс Ф. Ф. Россия и Англия в Средней Азии. С. 19.

<sup>10</sup> Там же. С. 20.

<sup>11</sup> Там же. С. 13.

<sup>12</sup> Цит. по: Грабарь В. Э. Материалы к истории литературы международного права в России (1647–1917). М., 1958. С. 386–387.

некорректное положение, причем не только с современной нам «просвещенной» точки зрения, но и в сравнении с современниками.

Я бы, однако, не советовал делать столь поспешный вывод. Здесь, как представляется, необходимо отметить непосредственную связь сказанного с утверждением Мартенса (весьма необычным для его времени) о корреляции между уважением государством прав человека на своей территории и его возможностью быть субъектом международного права как цивилизованной нации.<sup>13</sup> Мартенс был неправ в том отношении, что большинство из тех наций, которые он считал цивилизованными, не испытывали большого уважения к правам человека в своих внутренних отношениях, а некоторые из них (например, Бельгия, Испания и Португалия) вели себя как варвары или дикари в отношениях с так называемыми «нецивилизованными» народами.<sup>14</sup>

Тем не менее он оказался провидцем в отношении того, что государства, поддерживающие идею верховенства права и уважающие права человека, также обыкновенно оказываются наилучшими субъектами международного права, особенно если это право пытается делать больше, чем просто разграничивать юрисдикции государств (то, что часто называется «право координации» в противовес «праву кооперации», «праву интеграции»), таким образом помогая им не стоять, постоянно держа друг друга за горло.

Само по себе возникновение и развитие современного международного права прав человека было в большой степени следствием презюмируемой связи между уважением (или, наоборот, неуважением) государством основных прав человека на своей территории и их внешним поведением. Кровавые бесчинства Гитлера внутри своей страны (холокост начался внутри Германии) были неразрывно связаны с его агрессивной внешней политикой.

Отношение Мартенса к колониализму имело ряд неясных моментов,<sup>15</sup> однако само разграничение им народов на цивилизованные и нецивилизованные,

<sup>13</sup> Что вызывает интерес в контексте формирования международного права и его эффективности, так это связь, которую отмечает Мартенс, между внутренней жизнью государства и его международными отношениями. Он писал, что, «[н]е признавая за человеком известные неотъемлемые его права, независимо от национального его происхождения и принадлежности к тому или другому государству, Греки не могли и иметь сознания, что в сфере взаимных отношений народов должно господствовать полное равенство» (*Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов. С. 38*). В связи с этим он заключал: «Этот взгляд на иностранцев, господствовавший в древности, делал немислимым для Греции обеспечение мира и какого-либо порядка в области внешних сношений» (Там же). Поэтому Мартенс и считал, что международное право может существовать только лишь между «цивилизованными» нациями, т. е. нациями, поддерживающими верховенство права и основные права человека, что международное право возможно только как право «цивилизованных» наций. В контексте эпохи, когда Мартенс писал свои труды, идея о том, что без верховенства права внутри государств и без уважения основных прав человека не может быть международного права, выглядит достаточно удивительно и ново.

<sup>14</sup> Мартенс критиковал колониальную деятельность всех стран, кроме России. В своей обширной статье «La conférence du Congo a Berlin et la politique colonial des états modernes» (*Revue General de Droit International et Législation Comparée. 1886. Т. XVII*) Мартенс направил основной удар критики на деятельность Испании и Португалии, хотя он сделал несколько хороших замечаний и в отношении английского опыта.

<sup>15</sup> Две работы Мартенса по проблемам колониализма — «Россия и Англия в Средней Азии» и «La conférence du Congo a Berlin et la politique colonial des états modernes», настолько разнятся в оценке роли колониализма и цивилизаторской миссии, что кажутся написанными двумя разными людьми. Однако, приняв во внимание то, что первая была

как и его уверенность в незаменимой и позитивной роли Российской Империи на Кавказе и в Средней Азии, не оставляет сомнений в том, что он всем сердцем поддерживал цивилизаторскую миссию так называемых цивилизованных наций, особенно такую Российской Империи.

В отношении столкновения двух цивилизованных европейских держав — Англии и России — в Средней Азии Мартенс вдохновенно писал: «В отношении Средней Азии общие интересы цивилизации полностью совпадают с частными и национальными интересами России и Англии... Их миссия в Азии налагает на них безоговорочное обязательство действовать в Азии совместно; их настоящие и реальные интересы призывают их достичь друг друга в высотах Индийского Куша и храбро защищать свои завоевания, произведенные во имя цивилизации и человечности; будущее Азии и судьба территорий, принадлежащих России и Англии, заставляют их никогда не отводить взора от высокой миссии, которую им вручило Провидение на благо полудикарских и варварских народов этой части мира».<sup>16</sup>

В отношении профессора Мартенса к колониальным проблемам (или к «Восточной проблеме», как она называется в Британии) мы видим, что не всегда оказывается возможным служить империи (или национальному государству, в данном случае) и поддерживать международное право. Оно также демонстрирует, как наши попытки объективного анализа международного права окрашиваются нашими субъективными предпочтениями и привязанностями. Кто где стоит часто зависит от того, кто где сидит. Это также напоминает нам о том, что все правовые доктрины и подходы в значительной степени политизированы и субъективны, но ни одна не становится от этого хуже остальных, и они имеют значение за пределами узкого круга специалистов только в соответствии со своим качеством.

Тем не менее, как слуга международного права, профессор Мартенс остается одним из величайших юристов-международников всех времен, и свидетельством бессмертия его вклада в развитие международного права служат его бюст на первом этаже здания Международного суда ООН в Гааге, как и цитирование неувядающей оговорки Мартенса Международным судом ООН и многими другими международными органами.

**БАТЛЕР Уильям Эллиотт (William Elliott BUTLER), заслуженный профессор сравнительного правоведения Лондонского университета (Professor Emeritus of Comparative Law in the University of London), Великобритания; профессор права им. Джона Эдварда Фоулера школы права Дикинсон Университета штата Пенсильвания (John**

посвящена роли России в Средней Азии, а вторая — деятельности Испании, Португалии и Англии в Африке и Латинской Америке, мы начинаем понимать природу противоречия в отношении к данному вопросу, а также кое-что в природе самого этого человека и господствовавшей в России ситуации.

<sup>16</sup> *Мартенс Ф. Ф.* Россия и Англия в Средней Азии. С. 9. — Этот пассаж схож с официальной позицией государства. Князь Александр Горчаков, канцлер Российской Империи, в своем отчете за 1864 г. по внешней политике России в Средней Азии писал: «Позиция России в Средней Азии идентична таковой всех цивилизованных государств, которым выпадает контактировать с полудикими кочевыми племенами, не имеющими никакой четкой организации. Интересы защиты границ и торговых отношений заставляют цивилизованное государство применять принуждение в отношении своих соседей, чья дикарская безудержная природа делает соседство с ними довольно некомфортным» и которые «преимущественно уважают только явственную и осязаемую силу» (Цит. по: Там же. С. 22).

**Edward Fowler Distinguished Professor of Law, Dickinson School of Law, Pennsylvania State University), США\*\*\***

Образ Федора Федоровича Мартенса за пределами России является одновременно и удивительным, и значимым. Это имя наиболее известно в международно-правовом сообществе из числа российских юристов-международников, как его, так и наших современников. Точнее сказать, он известен не просто как выдающийся российский юрист-международник, а как один из подлинно величайших юристов-международников. Причин тому, по моему мнению, несколько, и все они в совокупности выводят Мартенса на особое место в ряду его коллег.

Как отмечал в своем романе «Уход профессора Мартенса» классик эстонской литературы Яан Кросс (роман был переведен на английский язык и стал широко известен в конце 90-х годов XX в.), истории известны три выдающихся ученых-международника по фамилии Мартенс: Георг Фридрих Мартенс (1756–1821), его племянник, барон Карл фон Мартенс (1781–1862), а также Федор Федорович (1845–1909), не имевший с предшественниками родственных связей. Каждый из них внес существенный вклад в международное право, однако с позиций сегодняшнего дня именно вклад Федора Федоровича оказался наиболее значимым.

Из западных литературных произведений и мемуаров известно, что Мартенс поражал современников своей открытостью: он прекрасно владел, по крайней мере, английским, французским и немецким языками и достаточно часто бывал в Европе с различными миссиями и по иным поводам, включая участие в работе Института международного права, а также в Соединенных Штатах (мирные переговоры между Россией и Японией).

Он активно публиковал статьи в европейских юридических изданиях, и, что не менее важно, пользовался репутацией публициста, который часто пишет статьи и направляет послания в ведущие газеты России, Англии и других стран. Его основные труды были переведены на главные европейские языки (кроме английского), однако масштабы этих переводов не соответствуют уровню его славы и популярности.

В качестве его основного труда большинству зарубежных юристов-международников и дипломатов было известно его «Собрание трактатов и конвенций...» (1874–1909) в пятнадцати томах, которое так никогда и не было завершено. Представляется, можно выделить три причины значения данного труда за рубежом: он содержал параллельные русский и французский тексты, что делало его доступным для иностранных читателей; тексты конвенций сопровождалась обширными вступительными материалами и аннотациями, которые и на сегодняшний день придают особую ценность этой оригинальной, основанной на архивных изысканиях научной работе.

Российское Министерство иностранных дел безвозмездно передало экземпляры этого труда основным иностранным библиотекам и правительствам, что предопределило расширение круга читателей по сравнению с традиционным розничным распространением. В России Мартенс известен преимущественно (и заслуженно) благодаря двухтомнику «Современное международное право цивилизованных народов», выдержавшему пять изданий, но так и не переведенному на английский язык, несмотря на ряд изданий на других иностранных языках.

Известность Мартенса увеличивается по мере осознания его огромной роли и воздействия на формирование и развитие международного

\*\*\* © У. Э. Батлер, 2009

© К. Д. Шестакова (перевод), 2009

гуманитарного права, как посредством его трудов, так и благодаря авторитетному влиянию и внесенным им предложениям в ходе двух Гаагских мирных конференций 1899 и 1907 гг. Отдельные аспекты его участия были очевидны уже в то время, другие же выявились относительно недавно в результате открытия архивных материалов того времени и переоценки международным юридическим сообществом истоков данной отрасли международного права. Включение известной оговорки Мартенса в Гаагские конвенции стало одним из показателей признания его деятельности современниками; она была включена и в Конвенции 1949 г. о праве войны. Как ни странно, ни российские, ни западные источники не указывают на то, что он был — и заслуженно — одним из первых лауреатов Нобелевской премии мира.<sup>17</sup> Сегодня достоверно известно, что само существование Дворца мира в Гааге в значительной мере обязано вдохновению Мартенса и весомости его суждений для американского мецената Эндрю Карнеги.

Мартенс обладал исключительным — личным и прямым — правом доступа к главам европейских государств, что само по себе является подтверждением уважения к его персоне в то время и уровня его консультаций. Более того, предстоящие исследования могут показать тесноту связи между публицистическими трудами (полная библиография которых еще не составлена) и его визитами в министерства иностранных дел европейских государств.

Он был широко востребован как арбитр и посредник; и даже если он не был выбран сторонами, его имя всегда значилось в списке рассматриваемых к назначению кандидатур. Несколько раз он был признан «Главным судьей западного мира», что также стало оценкой его усилий Постоянной палатой международного правосудия и другими институтами мирного разрешения споров.

Немаловажно и то (само по себе являясь признанием его заслуг), что спустя несколько десятилетий после его смерти, во время холодной войны, между 1947 и 1952 гг., на страницах Американского и Северного журналов международного права роль Мартенса как арбитра и его фигура как символ российского вклада в развитие права народов стали предметом оживленной дискуссии.

Масштаб его личности сохраняется по сей день, и, по мере продвижения исследования, его вклад в международное право будет только возрастать. Множество оригинальных идей, представлявшихся чрезмерно радикальными в его время, могут в XXI в. оказаться реализованными.

---

<sup>17</sup> Следует уточнить, что Ф. Ф. Мартенс номинировался на Нобелевскую премию мира, но по причинам скорее политического свойства лауреатом премии так и не стал. — *Прим. ред.*

ФЕДОР ФЕДОРОВИЧ МАРТЕНС —  
ВО И ВНЕ СВОЕГО ВРЕМЕНИ И ПРОСТРАНСТВА:  
ВЗГЛЯД ЧЕРЕЗ СТОЛЕТИЕ

В. С. ИВАНЕНКО\*

7 июня 2009 г. исполнилось сто лет со дня, когда перестало биться сердце Федора Федоровича Мартенса — профессора Санкт-Петербургского университета, выдающегося юриста и дипломата, ученого и публициста, педагога и международного арбитра, который имел мировую известность и пользовался непререкаемым авторитетом в самых различных областях: юридической и исторической науки, педагогической практики, дипломатического искусства, практического международного права.

Федор Федорович Мартенс, как его знали и звали в России, или Фридрих Фромгольд Мартенс, как его нарекли при рождении и как его знали и звали в зарубежном мире, неожиданно скончался 7 июня 1909 г. на 64-м году жизни от разрыва сердца на небольшой эстонской железнодорожной станции Валга по дороге из города Пернов Лифляндской губернии (ныне — Пярну, Эстония), где он родился, в Санкт-Петербург — город, где он стал ученым, где он жил и где приобрел известность.

Его судьба — яркий и весьма поучительный пример того, как природная любознательность и постоянное стремление к знаниям, помноженные на многолетний и беззаветный труд, огромную работоспособность, невероятное усердие, упорство в достижении цели, увлеченность и преданность делу, превратили мальчика-сироту во всемирно известного ученого, дипломата и судью, занявшего столь высокое положение в мировой науке и практике международного права, которого никто из отечественных юристов-международников не добивался ни до, ни после него.

Жизнь и деяния Мартенса настолько многогранны, что заслуживают того, чтобы сегодня вспомнить отдельные их вехи и еще раз воздать должное этому великому человеку.

**Мартенс — ученик.** В 1854 г., когда ему исполнилось девять лет, Мартенс остался без родителей и был отправлен из Пернова в Санкт-Петербург в школу Сиротского приюта при Евангелическо-лютеранской церкви Св. Петра. Вскоре за отличные успехи он был переведен в немецкую гимназию Св. Петра, которую и окончил успешно в 1863 г.

Одаренный юноша, увлекающийся поэзией и историей, для дальнейшего обучения выбирает в октябре 1863 г. юридический факультет Петербургского университета. Когда после окончания факультета юноша обратился к декану с просьбой оставить его в университете на кафедре

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

© В. С. Иваненко, 2009

Название статьи сохранено в авторской редакции. — Прим. ред.

уголовного права, декан решительно возразил, заявив: «Нет, оставайтесь по кафедре международного права. Тогда у нас будет наш собственный Мартенс», намекая на широко известных тогда в Европе немецких юристов-международников Г. Мартенса и К. Мартенса. И, как покажет время, почтенный и мудрый декан не ошибся!

**Мартенс — молодой ученый.** С сентября 1867 г. молодой ученый, оставленный на кафедре международного права «для приготовления к магистерскому званию», стал усердно заниматься наукой. Он выбрал почти неисследованную тему — защиту частной собственности во время войны. За несколько месяцев он собрал и обобщил из немецких, английских, итальянских, французских и средневековых латинских источников огромный материал и уже через год представил факультету магистерскую диссертацию «О праве частной собственности во время войны».

Эта диссертация как по своей актуальности и научной глубине, так и по стилю изложения стала столь серьезным и талантливым исследованием, что по решению Ученого совета она была опубликована в 1869 г. отдельной книгой. Удивительно, но несмотря на то что она подготовлена и издана на основе магистерской диссертации 23-летнего студента, на нее на протяжении уже почти полутора веков делали и делают ссылки ученые мира (в том числе и самые маститые) как на книгу «профессора Мартенса». В книге автор вышел за рамки заявленной темы и впервые в отечественной международно-правовой литературе рассмотрел всю совокупность проблем, связанных с поведением воюющих сторон. И потому он — основоположник отечественной науки международного гуманитарного права, применяемого во время войны.

Первый научный задел был весьма многообещающим. И жизнь это подтвердила.

В октябре 1869 г. Мартенс направляется за границу в научную командировку. Он слушает лекции и работает в библиотеках в Вене, Гейдельберге, Лейпциге, изучает достижения доктрины и практики международного права Европы. Командировка оказала большое влияние на научные взгляды Мартенса, положив начало его общению с зарубежными коллегами, заложив в нем главнейшую черту как ученого — тесную связь с мировой наукой и практикой.

**Мартенс — преподаватель.** В 1870 г. университет пригласил молодого ученого занять кафедру международного права, и Мартенс досрочно возвращается из Германии в Санкт-Петербург. В январе 1871 г. Мартенс утвержден в звании штатного доцента и уже 28 января прочитал свою первую лекцию перед студентами факультета. Это была лекция молодого 25-летнего преподавателя, во многом ставшая программной и определившая на будущее его позиции не только как преподавателя, но и как ученого, дипломата, международного арбитра. Все содержание и весь пафос лекции выдержаны в оптимистическом духе, с верой в разум человечества, в большие потенциальные возможности науки и практики международного права.

Через 10 лет преподавательской деятельности Мартенс подготовил и издал первый в России фундаментальный двухтомный академический труд «Современное международное право цивилизованных народов» (Санкт-Петербург, 1882–83 гг.), построенный на совершенно новых методологических, концептуальных и структурных принципах. Эта книга вплоть до революционных бурь 1917 г. была основным учебником для вузов Петербурга и одним из основных учебников для других вузов России. Этот курс еще при жизни автора выдержал в России четыре переиздания,

переведен и издан за границей на немецком, французском, испанском, сербском, персидском, китайском, японском языках, став одним из самых востребованных в мире, чего не удостаивался никто из отечественных юристов ни до, ни после Мартенса.

В 1873 г. Мартенс после получения степени доктора международного права назначен экстраординарным профессором, а уже в 1876 г. в возрасте 31 года — ординарным профессором.

Мартенс любил преподавание, которое вместе с наукой стало его призванием. Он находил в них творческое вдохновение, моральное удовлетворение и душевную радость. Уже являясь видным сановником, послом России по особым поручениям, он не оставлял преподавание до конца жизни. В течение 34 лет Мартенс преподавал и заведовал кафедрой международного права в Санкт-Петербургском университете, одновременно осуществляя образовательную деятельность в таких привилегированных и авторитетных в России учебных заведениях, как Александровский (бывший Царскосельский) лицей и Училище правоведения.

Мартенс не был кумиром студентов. Он был слишком погружен в свою профессиональную деятельность — юриста, дипломата, арбитра. Не способствовала этому и его манера поведения — сдержанность, деловитость, некоторая педантичность. Вместе с тем Мартенс неизменно пользовался уважением коллег и студентов, о чем свидетельствует и такой факт: на торжествах в честь 25-летия преподавательской работы Мартенса восторженные студенты несли его на руках.

**Мартенс — ученый-юрист.** Научная деятельность Мартенса насыщена и плодотворна: это и капитальные труды, прославившие имя талантливого юриста и дипломата во всем мире, многочисленные сочинения, посвященные отдельным международным политическим и правовым проблемам, бесчисленные научные и публицистические статьи в периодических изданиях.

Ученую степень доктора международного права Мартенс получил за сочинение «О консулах и консульской юрисдикции на Востоке», переведенное на немецкий язык, сделавшее его имя известным и за рубежом, поднявшее авторитет российской школы международного права в Европе.

Но всемирную научную славу Мартенсу принесли две его работы. С 1874 г. Мартенс по личному поручению императора Александра II начал выпускать многотомное и весьма объемное «Собрание трактатов и конвенций, заключенных Россией с иностранными державами» (Т. 1–15. СПб., 1874–1909) на русском языке и языке оригинала (в основном на французском); по указанию императора для Мартенса были открыты все архивы МИД России. Эта работа и его комментарии к каждому трактату — исключительно глубокий и непревзойденный пока научно-исследовательский труд исторического и правового характера, получивший всемирное признание.

Апофеозом же его доктринальных достижений стал упомянутый труд — «Современное международное право цивилизованных народов». В предисловии к его первому изданию Мартенс писал, что «наука международного права туго пускает корни в русскую почву», и пока в российской литературе «нет ни одного систематического руководства по этой науке, составленного русским ученым». Курс Мартенса с лихвой восполнил этот пробел.

Научные заслуги Ф. Ф. Мартенса получили широкое признание. Он был членом-корреспондентом РАН, одним из основателей и ученым секретарем общероссийского Общества международного права (Санкт-Петербург). Заслуги Мартенса были высоко оценены и за рубежом. Он стал членом и вице-президентом всемирного Института международного права

в Генте (Бельгия), членом Бельгийской королевской академии в Брюсселе, почетным членом Берлинского и Дублинского юридических обществ, почетным доктором права Йельского, Кембриджского, Оксфордского и Эдинбургского университетов.

В 1884 г. Венский университет пригласил Мартенса занять престижную тогда кафедру международного права. Но Мартенс не принял этого лестного предложения и остался в России.

Труды Мартенса и сейчас входят в фундамент современной науки международного права, а многие выдвинутые им правовые концепции до сих пор не утратили своей актуальности.

**Мартенс — ученый-историк.** Велики заслуги Мартенса и как историка — исследователя и публициста. Его научное историческое наследие огромно и еще слабо изучено. Несомненное достоинство этих работ состоит в обилии использованных архивных материалов, в том числе впервые введенных в научный оборот. Заслуги Мартенса в области истории подтверждает и то, что он был избран действительным членом Русского императорского исторического общества, состоял членом его Совета, проводившего ежегодные собрания с участием императора; доклады Мартенса на заседании общества вызывали всегда большой интерес, в том числе и у императора. Мартенс был избран также членом весьма авторитетного в мире французского Общества истории дипломатии в Париже, членом-учредителем созданного в 1894 г. Международного колониального института (Брюссель), Нью-Йоркского антропологического общества и др.

**Мартенс — чиновник.** В январе 1869 г. 23-летний Мартенс был приглашен на работу в Министерство иностранных дел, в котором прошел путь от рядового секретаря до посла России по особым поручениям; в 1891 г. возведен в чин тайного советника. С 1881 г. до конца жизни — непременный член Совета МИД — высшего руководящего органа Министерства, состоявшего из шести руководителей этого ведомства.

Высокое служебное положение и авторитет позволяли Мартенсу выполнять ответственные (часто весьма деликатные) дипломатические поручения императора и правительства за рубежом, встречаясь с императорами, королями, президентами, премьер-министрами, министрами иностранных дел и другими политическими деятелями многих государств мира.

**Мартенс — дипломат.** Уже через три года после начала работы в МИД, в 1872 г., Мартенс представил свое первое (и очень удачное!) предложение — о проведении международной конференции для принятия конвенции о законах и обычаях войны, и предложил проект конвенции. Данный проект по указанию Александра II был разослан нотой МИД государствам мира, а затем представлен на созванной по инициативе России 15 июля 1874 г. Брюссельской международной конференции. Проект Конвенции из-за разногласий участников не был принят, однако позже почти все его положения были воспроизведены и в поныне действующих нормах конвенций, принятых на Гаагской конференции 1899 г. при самом деятельном участии Мартенса.

За 40 лет работы в МИД Мартенс представлял Россию почти на всех международных конференциях с ее участием: Берлинской конференции по Африке (ноябрь 1884 — февраль 1885 г.), Международном конгрессе морского и торгового права в Брюсселе (1888 г.), Брюссельской конференции по делам Африки (1889–1890 гг.), на которой он сыграл ведущую роль в работе над Генеральным актом о международной борьбе с торговлей неграми. Король Бельгии предложил ему стать пожизненным членом руководимого королем Государственного совета Независимого государства

Конго; свое согласие Мартенс дал лишь после «Высочайшего разрешения» императора Александра III. В 1893, 1894 и 1906 гг. Мартенс представляет Россию на Гаагских международных конференциях по вопросам международного частного права. Мартенс участвовал в переговорах о заключении мирного договора между Россией и Японией в Портсмуте (США).

Но «звездным часом» Мартенса стали, безусловно, Первая и Вторая конференции мира в Гааге в 1899 и 1907 гг., созданные по инициативе России и принявшие конвенции и декларации, положившие начало установлению правовых норм войны, разоружения и мирного разрешения споров. На Первой конференции и была принята знаменитая «оговорка Мартенса», сыгравшая выдающуюся роль в гуманизации правил войны. В несколько обновленном виде «оговорка Мартенса» включена и в современные международные договоры по военно-гуманитарному праву.

Мартенс тесно сотрудничал и с Международным комитетом Красного Креста (МККК). С 1884 г. он — постоянный представитель России на всех конференциях, проводимых МККК.

Ф. Ф. Мартенс вошел в историю и как дипломат, использовавший теоретические знания для научного обоснования и конвенционного закрепления принципов и норм международного права.

Активная дипломатическая и миротворческая деятельность Мартенса побудила мировую общественность заговорить о нем как о кандидате на Нобелевскую премию мира в 1902 г. Но экспертная комиссия Нобелевского комитета забаллотировала его кандидатуру. Оппоненты Мартенса посчитали, что, борясь за «цивилизованное» ведение войн, он не выступает против войны как таковой. Вмешалась в дело и политика. За границей побоялись, что Россия, опираясь на мнения авторитетного профессора, может активизировать борьбу за влияние в мире.

**Мартенс — международный арбитр.** Мартенс приобрел широкую мировую известность и как международный третейский судья. В 1891 г. Англия и Франция передали на его рассмотрение спор о рыболовстве в водах Северной Америки (у Ньюфаундленда). В 1895 г. Нидерланды и Англия избирают его арбитром в их споре об аресте голландскими властями шкипера английского китобойного судна «Costa Rica Packet», который он в 1897 г. решает в пользу Англии. В 1897 г. третейский суд, созданный Англией и Венесуэлой по спорной территории в бассейне реки Ориноко (Южная Америка), избирает суперарбитром Мартенса, благодаря дипломатической гибкости которого многолетний территориальный спор завершился согласованием линии границы между Венесуэлой и английской Гвианой, существующей до настоящего времени. Назначенный русским Правительством членом созданной в 1899 г. Постоянной палаты третейского суда в Гааге, Мартенс выступает арбитром в 1902 г. по разрешению спора между США и Мексикой об калифорнийских духовных фондах, и в 1903 г. по спору между Венесуэлой, с одной стороны, и Англией, Германией и Италией — с другой, о нарушениях прав граждан этих государств.

**Мартенс — международный консультант.** К Мартенсу часто обращались правительства за консультацией по сложным правовым вопросам. В 1882 г. он высказался по вопросу о датском телеграфе в Китае; в 1893 г. по просьбе греческого правительства он дал консультацию по известному спору между Грецией и Румынией относительно наследования в недвижимом имуществе в Румынии (дело *Zappa*) и др.

Авторитет его был непреерекаем. Именно к Мартенсу обратился известный американский магнат Эндрю Карнеги с просьбой подсказать, во что ему вложить крупную сумму денег, чтобы они послужили идее и делу

мира. Мартенс посоветовал вложить капитал в строительство в Гааге Дворца мира. Здание Дворца было построено и открыто в 1913 г., уже после смерти Ф. Ф. Мартенса, и до сегодняшнего дня продолжает служить делу мира — там работают Международный суд ООН, Международный уголовный суд, Международный трибунал по югославским делам.

**Мартенс — Учитель.** Мартенс воспитал целую плеяду своих учеников и последователей, многие из них оставили заметный след в науке и практике международного права. Его знаменитым учеником и преемником по кафедре был М. А. Таубе, ставший не только известным историком и теоретиком международного права, но и практиком-международником, участвуя в качестве в работе многих международных конференций. Сменил Таубе на кафедре другой ученик Мартенса — А. А. Пиленко, всемирно известный специалист в области международного частного права, особенно авторского и изобретательского права. Талантливым и разносторонним учеником был и В. Э. Нольде, ставший известным специалистом в области международного, государственного, финансового права, дипломатом, историком, много лет занимавший кафедру международного права Петербургского политехнического института и только в 1917 г. вернувшийся на «кафедру Мартенса». Одаренным учеником Мартенса был и А. Н. Манделштам — крупный теоретик и практик международного, особенно частного, права.

\* \* \*

Необычайным трудолюбием и благородством Мартенс добился великих успехов и достиг высоких вершин. Он мог гордиться и гордился достигнутым. Подводя в конце жизни итог своей творческой и созидательной деятельности, он по праву мог оценить свершенное им: «Горжусь, что помогал создавать по мере сил основы для общей жизни народов. Я спокойно могу закрыть свои глаза. Ни в России, ни во всем остальном мире меня не забудут после моей смерти, и моя деятельность на пользу развития международного права не будет забыта».

Сегодня интерес к Ф. Ф. Мартенсу, к его творческому наследию постоянно растет, актуальность его гуманистических идей получила новый стимул и в России, и за рубежом. Переиздаются его книги. Творчество его исследуется и студентами, и маститыми учеными. Российская академия наук учредила научную премию имени Ф. Ф. Мартенса.

С 1997 г. Международный комитет Красного Креста (МККК) совместно с университетами России и других стран СНГ ежегодно проводит студенческие конкурсы имени Ф. Ф. Мартенса по международному гуманитарному праву, применяемому в период вооруженных конфликтов.

На юридическом факультете СПбГУ кафедра международного права и МККК с 2000 г. проводят ежегодные международные научно-практические конференции «Мартенсовские чтения», посвященные современным проблемам защиты прав человека во время войны, в которых принимают участие ученые разных континентов. Научные доклады участников конференции издаются в специальных выпусках-приложениях к Российскому ежегоднику международного права.

Общая тенденция мирового развития и развитие международного права в XX — начале XXI вв. убедительно свидетельствуют о правильности идей и действий выдающегося ученого и дипломата Федора Федоровича Мартенса, твердо верившего, что человечество через противоречия, конфликты и войны будет настойчиво прокладывать путь к международному общению, единению и интеграции, к торжеству права и уважения человеческой личности.

## СИСТЕМА И СИСТЕМАТИЗАЦИЯ РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ОБ ЭНЕРГЕТИКЕ

А. П. ВЕРШИНИН

В последнее время все большее внимание привлекает энергетическое право. В отечественной юридической науке исследования правовых отношений в энергетике первоначально проводились в связи с договором энергоснабжения.<sup>1</sup> Дополнительный импульс они получили в 1990-е годы в результате стратегических изменений в экономике.<sup>2</sup> Широкое изучение правового регулирования энергетики началось сравнительно недавно.<sup>3</sup> За рубежом уже



Вершинин Александр Павлович,  
д. ю. н., профессор, директор  
Президентской библиотеки  
им. Б. Н. Ельцина

© А. П. Вершинин, 2009

<sup>1</sup> Корнеев С. М. Договор о снабжении электроэнергией между социалистическими организациями. Дис. ... к. ю. н. М., 1953; Сейнаров Б. М. Правовое регулирование снабжения электроэнергией социалистических предприятий и организаций. Дис. ... к. ю. н. М., 1971.

<sup>2</sup> См., напр.: Быков А. Г., Шалманов Г. Г., Толченко Н. И. Нормативно-правовое обеспечение энергетической стратегии России // Энергетическая политика. 1995. Вып. 1. С. 5–12.

<sup>3</sup> См., напр.: Клеандров М. И. Нефтегазовое законодательство в системе российского права / под ред. В. В. Лаптева и В. Ф. Яковлева. Новосибирск, 1999; Жизнин С. З. Энергетическая дипломатия. М., 1999; Салиева Р. Н. Правовое обеспечение развития предпринимательства в нефтегазовом секторе экономики. Новосибирск, 2001; Захаров Ю. Ю. Правовые аспекты реформирования электроэнергетики. М., 2001; Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об электроэнергетике» / под общ. ред. В. Ю. Синюгина. М., 2003; Казиахмедов Г. М., Алексеенков С. О., Татаринцов А. В. Демонполизация рынка топливно-энергетического комплекса России. М., 2004; Кудряшов Е. В. Административно-правовое регулирование в сфере электроэнергетики Российской Федерации. Дис. ... к. ю. н. М., 2004; Осипчук Е. Л. Договор энергоснабжения в системе договорных отношений на рынке электрической энергии России. Дис. ... к. ю. н. М., 2004; Жанэ А. Д. Постатейный комментарий к Федеральному закону «Об электроэнергетике». М., 2005; Курбанов Р. А. Правовое регулирование иностранных инвестиций нефтяной и газовой промышленности. М., 2005; Матияшук С. В. Особенности правового регулирования отношений, связанных с функционированием оптового рынка электрической энергии. Иркутск, 2005; Лахно П. Г. Энергия, энергетика и право // Энергетическое право. 2006. № 1. С. 2–16; Свишков С. А. Структура договорных связей по снабжению электрической энергией. Дис. ... к. ю. н. М., 2006; Вершинин А. П. Энергетическое право. СПб., 2007; Городов О. А. Договоры в электроэнергетике. М., 2007; Зайченко Н. М. Предмет договора энергоснабжения. Дис. ... к. ю. н. М., 2007; Попондопуло В. Ф. Энергетическое право и энергетическое законодательство: общая характеристика, тенденции развития // Правоведение. 2007. № 3. С. 3–12; и др.

несколько десятков лет действуют известные научные и образовательные центры в сфере энергетического права.<sup>4</sup> Сегодня российское законодательство об энергетике складывается из большого количества разнообразных нормативных актов. Однако специальные законы и ведомственные административные акты не выдерживают критики: отсутствуют единый системный подход, унификация правил и терминологии. Согласно Энергетической стратегии России<sup>5</sup> основой реализации энергетической политики государства должна быть постоянно развивающаяся нормативно-правовая база. Поэтому системный анализ и систематизация энергетического законодательства являются предпосылкой его изучения и совершенствования. Систематизация законодательства об энергетике считается одним из важнейших условий институциональных и структурных преобразований энергетики, и в частности, эффективным способом устранения несоответствий и противоречий действующего законодательства.<sup>6</sup>

Систему законодательства об энергетике образует совокупность нормативных текстов, которые связаны между собой, прежде всего, сферой действия (применения). Кроме того, эти нормативные акты находятся в соподчинении (субординации) в соответствии с уровнем и компетенцией нормотворческих органов. Наконец, с внешней стороны их объединяют графические и языковые, а с внутренней — формально-логические и нормативно-логические правовые связи.

Ввиду отсутствия единого нормативного акта об энергетике самое первое и более-менее полное представление о сфере применения соответствующего законодательства и основе его системы можно получить на основе анализа компетенции Министерства энергетики РФ.<sup>7</sup>

Минэнерго России является федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке и реализации государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере топливно-энергетического комплекса, в том числе по вопросам электроэнергетики, нефтедобывающей, нефтеперерабатывающей, газовой, угольной, сланцевой и торфяной промышленности, магистральных трубопроводов нефти, газа и продуктов их переработки, возобновляемых источников энергии, освоения месторождений углеводородов на основе соглашений о разделе продукции. Таким образом, понятие энергетической сферы раскрывается через компетенцию Министерства энергетики, а нормативные акты Министерства образуют часть системы законодательства об энергетике.

---

<sup>4</sup> Так, еще в 1956 г. в Бонне (ФРГ) был создан первый Институт энергетического права (позднее вошел состав в Кельнского университета). В 1970-е годы на базе университета Данди (Шотландия) был учрежден Центр политики и права в области энергетики, нефти и минеральных ресурсов. В конце 1980-х годов образован еще один из известных центров энергетического права — Институт энергетического права в Берлине. В 2006 г. в учебный план юридического факультета СПбГУ была включена межфакультетская магистерская программа «Правовое регулирование отношений в сфере электроэнергетики», а с 2009–2010 уч. года ее тематика расширена до «Энергетического права» в целом. — Об организации преподавания и изучения энергетического права в России см.: *Энергетика и право* / под ред. П. Г. Лахно. М., 2008. С. 549–597, 615–639.

<sup>5</sup> *Энергетическая стратегия России на период до 2020 г.*, утв. Распоряжением Правительства РФ от 28 августа 2003 г. № 1234-р // СЗ РФ. 2003. № 36. Ст. 3531.

<sup>6</sup> См., напр.: *Михайлов О. В.* Совершенствование нормативных правовых актов в процессе их систематизации: Проблемы методологии. Дис. ... к. ю. н. М., 2003.

<sup>7</sup> См.: *Положение о Министерстве энергетики Российской Федерации*, утв. Постановлением Правительства РФ от 28 мая 2008 г. № 400 «О Министерстве энергетики Российской Федерации» // СЗ РФ. 2008. № 22. Ст. 2577.

К ведению указанного министерства не отнесены вопросы нормативно-правового регулирования в области использования атомной энергии, функционирования организаций атомного энергопромышленного комплекса. Они традиционно (очевидно, в связи с особым характером этой сферы) относятся к компетенции другого ведомства: ранее министерства, затем агентства, а теперь — государственной корпорации «Росатом».<sup>8</sup> Кроме того, в перечне вопросов, находящихся в ведении Минэнерго, прямо не фигурирует «тепловая энергетика», возможно, с учетом местной специфики этого ресурса.<sup>9</sup> Впрочем, атомная и тепловая энергетика отнесены к ТЭК в соответствии с Энергетической стратегией России.<sup>10</sup>

Можно сделать вывод, что понятие энергетики охватывает сферу деятельности (добычу, производство, транспортировку, распределение), относящейся к различным видам энергоресурсов. Указание в законодательстве на «топливно-энергетический комплекс» подчеркивает системообразность этой экономической и технологической деятельности. В различных нормативных актах (прежде всего, в Конституции) указывается на наличие «энергетических систем». На наш взгляд, энергоносители в силу естественного закона превращения энергии могут рассматриваться в качестве системообразующих элементов. Наряду с ними объединяющим фактором являются инфраструктурные технологические объекты. Один из основных элементов технологических систем — сети, т. е. трубопроводы и линии электропередач.<sup>11</sup> Не случайно в ГК РФ особенности договора энергоснабжения и применение его положений к отношениям, связанным со снабжением сетей газом, нефтью и нефтепродуктами, водой и другими товарами, обусловлены осуществлением этой деятельности через присоединенную сеть (ст. 539–547). Кроме того, в ст. 309–317 Таможенного кодекса специально регламентируются особенности перемещения товаров трубопроводным транспортом и по линиям электропередачи. Сферами деятельности субъектов естественных монополий в области энергетики являются: транспортировка нефти и нефтепродуктов по магистральным трубопроводам; транспортировка газа по трубопроводам; услуги по передаче электрической энергии; услуги по оперативно-диспетчерскому управлению в электроэнергетике; услуги по передаче тепловой энергии (п. 1 ст. 4 Федерального закона от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях»)<sup>12</sup>. Естественно-монополярная деятельность сама по себе имеет системный характер, позволяющий систематизировать соответствующие нормативные тексты.

В соответствии с указанными системообразующими факторами, которые будут также критериями для выделения и дифференциации

<sup>8</sup> Федеральный закон от 1 декабря 2007 г. № 317-ФЗ «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом» // СЗ РФ. 2007. № 49. Ст. 6078.

<sup>9</sup> В тексте Положения тепловая энергия неоднократно упоминается (п. 4.2.4; 4.4.2; 4.4.8).

<sup>10</sup> Следует учитывать, что Энергетическая стратегия России утверждена распоряжением правительства, которое, как известно, не относится к категории нормативных актов.

<sup>11</sup> В Энергетической стратегии России упомянуты «системообразующие сектора» ТЭК: «транспортная инфраструктура». На значение для систематизации законодательства энергетических сетей и систем указывалось в иностранной и российской литературе (Зэккер Ф. Ю. Реформа немецкого энергетического права в свете опыта энергетического права США / пер. с нем. Х. Шамсиева // Энергетическое право. 2006. № 1. С. 21; Попондопуло В. Ф. Энергетическое право и энергетическое законодательство. С. 4).

<sup>12</sup> СЗ РФ. 1995. № 34. Ст. 3426.

энергетической сферы, можно рассматривать энергетическое право в качестве подотрасли экономического (хозяйственного) законодательства и разграничивать его части (по энергоресурсам, наличию сетей, естественных монополий и т. д.). В настоящее время законодатель идет по пути принятия специальных законов для отдельных областей энергетики.<sup>13</sup> На различных стадиях законотворческой деятельности находятся проекты федеральных законов в сфере энергетики: о федеральной энергетической политике, о федеральных энергетических системах, об основах государственного регулирования балансов топлива и энергетики, о теплоснабжении, о магистральном трубопроводном транспорте, о поддержке использования возобновляемых источников энергии. В качестве единого закона об энергетике предлагается закон о федеральных энергетических системах.<sup>14</sup> Однако нормативный акт о федеральных энергетических системах не может претендовать на роль общего и единого энергетического акта, ибо сферой его применения будет только часть законодательства об энергетике. В соответствии с законопроектом предполагалось определить энергетические системы, находящиеся в соответствии с Конституцией РФ в ведении Российской Федерации, как «федеральные», к каковым отнесли «федеральную электроэнергетическую систему, федеральную систему газоснабжения, федеральную систему нефтеобеспечения и нефтепродуктообеспечения, федеральную систему углеснабжения». В Государственной Думе обсуждается вопрос о необходимости Энергетического кодекса РФ,<sup>15</sup> идея о создании которого возникла в начале 1990-х годов<sup>16</sup> (об этом см. ниже).

Нормативные акты об энергетике, как и другие акты, содержащие правовые нормы, связаны между собой прежде всего субординационно, т. е. в зависимости от уровня и компетенции принявших их нормотворческих органов.

Законодательные акты — важнейший источник правового регулирования экономических отношений в сфере энергетики. Правовые нормы, регламентирующие экономическую деятельность, содержатся в Основном законе — Конституции РФ, КоАП, Гражданском, Налоговом, Таможенном, АПК и других кодексах РФ, а также общих и специальных законах.

---

<sup>13</sup> См., напр.: *Федеральный закон* от 21 ноября 1995 г. № 170-ФЗ «Об использовании атомной энергии» // СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4552; *Федеральный закон* от 3 апреля 1996 г. № 28-ФЗ «Об энергосбережении» // СЗ РФ. 1996. № 15. Ст. 1551; *Федеральный закон* от 20 июня 1996 г. № 81-ФЗ «О государственном регулировании в области добычи и использования угля, об особенностях социальной защиты работников организации угольной промышленности» // СЗ РФ. 1996. № 26. Ст. 3033 (в ред. от 30 декабря 2008 г.); *Федеральный закон* от 31 марта 1999 г. № 69-ФЗ «О газоснабжении в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 14. Ст. 1672; *Федеральный закон* от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике» // СЗ РФ. 2003. № 13. Ст. 1177.

<sup>14</sup> *Попондопуло В. Ф.* Энергетическое право и энергетическое законодательство. С. 10–12.

<sup>15</sup> См., напр.: *Постановление* Государственной Думы ФС РФ от 7 июля 2000 г. № 565-III ГД «Об обращении Государственной Думы Федерального Собрания РФ «К Президенту РФ В. В. Путину о недопустимости реформирования Российского акционерного общества энергетики и электрификации «Единая энергетическая система России» по плану, предложенному председателем его правления А. Б. Чубайсом» // СЗ РФ. 2000. № 29. Ст. 3047.

<sup>16</sup> *К 70-летию со дня рождения А. Г. Быкова. Ответы на вопросы* // Энергетическое право. 2008. № 1. С. 6; *Ляхно П. Г.* Энергетический кодекс Российской Федерации — основополагающий юридический документ, регулирующий отношения в ТЭК // Энергетика и право. С. 178–182.

В Конституции сформулированы нормы о гарантировании единства экономического пространства, свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств, поддержки конкуренции, свободы экономической деятельности (ст. 8), о приоритете международных договоров (ст. 15), праве на занятие любой «не запрещенной законом экономической деятельностью» (ст. 34), о свободном осуществлении владения, пользования и распоряжения землей и другими природными ресурсами, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов иных лиц (ст. 36), о федеральных энергетических системах, ядерной энергетике, федеральном транспорте, о компетенции субъектов РФ (ст. 71–72) и др.

Правовые нормы, регулирующие отношения в сфере энергетики, содержатся не только в законах, принимаемых законодательными органами (на уровне Федерации и ее субъектов), но и в подзаконных актах, принимаемых другими государственными и негосударственными органами. Значительный массив энергетического законодательства составляют указы Президента РФ, постановления Правительства РФ, акты федеральных органов исполнительной власти и органов власти субъектов Федерации. Регулирующий характер могут иметь также акты негосударственных органов и организаций (саморегулируемых и других некоммерческих организаций). Например, функционирование коммерческой инфраструктуры оптового рынка в электроэнергетике призван обеспечить, в частности, Совет рынка, который является саморегулируемой некоммерческой организацией, образован в форме некоммерческого партнерства и объединяет на основе членства субъектов электроэнергетики и крупных потребителей электрической и тепловой энергии (п. 1 ст. 33 Закона об электроэнергетике).

Конституции должны соответствовать законы, законам — подзаконные акты, федеральным актам — нормативные акты субъектов Федерации. Например, в законодательстве прямо указано, что нормативные правовые акты в области государственного регулирования отношений в сфере электроэнергетики принимаются в соответствии с федеральными законами Правительством РФ и уполномоченными им федеральными органами исполнительной власти (п. 1 ст. 4 Закона об электроэнергетике). Федеральные органы исполнительной власти вправе издавать нормативные правовые акты по вопросам государственного регулирования и контроля в электроэнергетике только в случаях, предусмотренных федеральными законами и нормативными правовыми актами Правительства РФ (п. 2 ст. 21 Закона об электроэнергетике). Органы исполнительной власти субъектов Российской Федерации наделяются полномочиями по государственному регулированию и контролю в электроэнергетике в соответствии с настоящим Федеральным законом и иными федеральными законами, а также указами Президента РФ и постановлениями Правительства РФ (п. 4 ст. 21 Закона об электроэнергетике). Нормативная база субъектов РФ в сфере энергетики ограничена в связи с существованием федеральных энергетических систем, которые находятся в ведении РФ (п. «и» ст. 71 Конституции). Согласно Закону о газоснабжении полномочия по регулированию цены на газ и тарифов на услуги по транспортировке, хранению и поставке газа предоставлены исключительно федеральным органам государственной власти (ст. 5–8 Закона о газоснабжении). В соответствии с Законом об электроэнергетике органы государственной власти субъектов РФ и органы местного самоуправления не вправе принимать нормативные правовые акты, направленные на регулирование отношений

в сфере электроэнергетики, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами (п. 2 ст. 4 Закона об электроэнергетике).

Иерархическая система законодательства об энергетике имеет свои особенности в различных сферах энергетике (например, по соотношению федерального с региональным законодательством, актов госрегулирования и саморегулирования и т. д.). Совершенствование нормативно-правовой базы, согласно Энергетической стратегии России, требует урегулирования законами прямого действия разных сторон деятельности энергетического сектора, дальнейшего формирования законодательства, обеспечивающего стабильность, полноту и непротиворечивость нормативно-правового поля этой важнейшей сферы жизнедеятельности общества. В целях нормативного обеспечения реформирования электроэнергетики предусмотрено также, что при разработке нормативной правовой базы приоритетными являются проекты федеральных законов (об электроэнергетике, о внесении изменений и дополнений в ГК, в законы о государственном регулировании тарифов на электрическую и тепловую энергию и о естественных монополиях и др.).<sup>17</sup>

С внешней стороны графические и языковые элементы нормативных текстов подчиняются особым правилам нормотворческой деятельности (по написанию графических символов, расположению и разграничению текста, лексике и грамматике).<sup>18</sup> Прежде всего, наименования нормативных актов указывают, что они связаны с энергетикой. К энергетическому законодательству по этому признаку, так же как и по сфере действия, легко отнести специальные нормативные акты об энергосбережении, об электроэнергетике, о газоснабжении, об использовании атомной энергии, о государственном регулировании в области добычи и использовании угля и др. С учетом технологических особенностей энергетике «бросается в глаза» специальная лексика нормативных актов. В литературе указывается, что «профессионализмы» несомненно могут употребляться в специальных законах, рассчитанных на соответствующего адресата.<sup>19</sup> Для нормативных актов в сфере энергетике — если не законов, то подзаконных актов — характерным также является использование цифр, формул, сокращений, схем и таблиц (цифры и формулы необходимы, например, для обозначения энергетических единиц измерения, показателей энергетической мощности, расчета тарифов, а сокращения — для объектов энергетике). Даже субъекты экономической деятельности получают весьма сложные наименования, требующие на практике для краткости сокращенных обозначений: АО-энерго, РГК, ТГК, ОГК, МСК, ММСК, МРСК, ФСК, РДУ, ОДУ, ЦДУ, СО, АТС, НП «Совет рынка» и т. д. Тем не менее большинство нормативных актов об энергетике страдают от многословности и громоздкости отдельных статей.

С языковыми средствами тесно связаны формально-логические и нормативно-логические элементы и связи изложения нормативных

<sup>17</sup> Раздел III «Основных направлений реформирования электроэнергетики Российской Федерации», утв. Постановлением Правительства РФ от 11 июля 2001 г. № 526 (СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 3032).

<sup>18</sup> О языковом, графическом оформлении и логике нормативных актов см.: *Власенко Н. А.* Законодательная технология. Теория. Опыт. Правила. Иркутск, 2001. С. 35–45, 47–67.

<sup>19</sup> При этом в качестве примера используется лексика регионального законодательства об электроэнергетике: «гидроэнергетический рентный эффект», «замыкающие затраты» и т. д. (Там же. С. 59).

текстов. Единство нормативных актов в энергетической сфере могло бы быть predetermined общим понятийным аппаратом. Поскольку законодательство об энергетике не систематизировано в едином законодательном акте, следует принять во внимание нормативные акты общего характера, регламентирующие экономические отношения (ГК РФ, Налоговый кодекс, КоАП и АПК РФ и др.). Кроме того, следует иметь в виду специальные смежные законы — о недрах, о естественных монополиях, о защите конкуренции, об инвестиционной деятельности в форме капитальных вложений, о концессионных соглашениях, о банкротстве, об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности, Земельный и Таможенный кодексы и др.<sup>20</sup>

Нормативные акты об энергетике учитывают положения общих и смежных актов посредством самых общих логических ссылок или отсылочных норм. Так, например, в одном из законов закреплено, что «законодательное и нормативно-правовое регулирование газоснабжения в Российской Федерации *основывается* на Конституции Российской Федерации, Гражданском кодексе Российской Федерации, Федеральном законе “О недрах”, Федеральном законе “О естественных монополиях”, Федеральном законе “О континентальном шельфе РФ”<sup>21</sup> и состоит из Закона о газоснабжении, принимаемых в соответствии с ним федеральных законов, нормативных правовых актов РФ и нормативных правовых актов муниципальных образований» (ст. 3 Закона о газоснабжении). Соответственно, «отнесение месторождений газа к объектам федерального значения осуществляется в соответствии с Законом Российской Федерации “О недрах”» (ст. 10 Закона о газоснабжении). В другом законе указано, что «законодательство Российской Федерации об электроэнергетике *основывается* на Конституции Российской Федерации и *состоит* из Гражданского кодекса Российской Федерации, Закона об электроэнергетике и иных регулирующих отношения в сфере электроэнергетики федеральных законов, а также указов Президента Российской Федерации и постановлений Правительства Российской Федерации, принимаемых в соответствии с указанными федеральными законами» (ст. 2 Закона об электроэнергетике). Режим экспорта и импорта электрической энергии устанавливается в соответствии с законодательством о государственном регулировании внешнеторговой деятельности (п. 1 ст. 30 Закона об электроэнергетике).

Распространенной формой систематизации понятийного материала в нормативных актах являются каталоги основных понятий и их определений.<sup>22</sup> В литературе подчеркивается особая значимость такой языковой

<sup>20</sup> Федеральные законы: от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах» (Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. № 16. Ст. 834); от 17 августа 1995 г. № 147-ФЗ «О естественных монополиях» (СЗ РФ. 1995. № 34. Ст. 3426); от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений» (СЗ РФ. 1999. № 9. Ст. 1096; в ред. от 24 июля 2007 г.); от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190; в ред. от 28 апреля 2009 г.); от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» (СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4850; в ред. от 2 февраля 2006 г.); от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях» (СЗ РФ. 2005. № 30 (ч. II). Ст. 3126; в ред. от 30 июня 2008 г.); от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» (СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. I). Ст. 3434); и т. д.

<sup>21</sup> *Федеральный закон от 30 ноября 1995 г. № 187-ФЗ «О континентальном шельфе Российской Федерации» // СЗ РФ. 1995. № 49. Ст. 4694.*

<sup>22</sup> Полагают, что включение в законы и подзаконные акты перечней является «перспективным направлением систематизации законодательства» (Кудешкина О. Б.

техники для законодательства об энергетике в связи с используемой профессиональной терминологией.<sup>23</sup> Перечни (каталоги) понятий не только призваны систематизировать словоупотребление, но и образуют основу для единого толкования нормативных текстов. Вместе с тем следует обратить внимание на положение, согласно которому эти перечни понятий, устанавливаемые, например, законами об энергетике, используются исключительно для целей этих же законов (ст. 1 Закона об энергосбережении; ст. 3 Закона об электроэнергетике; ст. 2 Закона о газоснабжении; ст. 1 Закона о госрегулировании добычи и использования угля и т. д.).

Практическое значение для систематизации законодательства имеют также другие формы систематизации понятийного материала (в частности, классификаторы видов, объектов и субъектов деятельности). Например, Общероссийский классификатор видов экономической деятельности (ОКВЭД) используется для классификации и кодирования видов экономической деятельности, заявляемых хозяйствующими субъектами при регистрации; определения основного и других фактически осуществляемых видов экономической деятельности хозяйствующих субъектов; разработки нормативных правовых актов, касающихся государственного регулирования отдельных видов экономической деятельности.<sup>24</sup>

Логические связи нормативных актов об энергетике (в том числе с положениями других общих и смежных актов) имеют свои субъективные и объективные, технические и юридические границы. Например, в тексте Закона об электроэнергетике усматривают «очевидное стремление законодателя уйти от использования привычной терминологии, употребляемой нормами ГК», что приводит к «неоправданному терминологическому нагромождению» и «смысловой путанице».<sup>25</sup> Иногда специальная терминология вообще не учитывает общепринятую юридическую лексику. Это происходит в тех случаях, когда без достаточной юридической переработки в нормативные акты включаются тексты технических инструкций или переводов с иностранного языка.

Еще более сложным является вопрос о соотношении отраслевых норм, которые закрепляют нормативные акты. Место правовых норм в системе права является важнейшим системообразующим фактором законодательства. Правовые нормы, регулирующие отношения в сфере энергетики, принадлежат к разным отраслям права: публичному и частному праву.<sup>26</sup> Гражданское и административное законодательство различается с учетом субординационных признаков нормативных актов. Гражданское законодательство состоит, согласно «букве» ГК РФ, из ГК «и принятых в соответствии с ним иных федеральных законов», регулирующих частноправовые отношения (п. 2 ст. 3 и п. 1.2 ст. 2 ГК). Поэтому законодательство об энергетике формально выходит за рамки гражданского, так как в отличие

---

Систематизация отечественного законодательства. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2002. С. 11–12).

<sup>23</sup> *Постатейный* научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об электроэнергетике». С. 18–19.

<sup>24</sup> Однако следует учитывать, что ОКВЭД и другие подобные классификаторы утверждены подзаконными актами, к тому же им свойственны недостатки любой попытки логической классификации.

<sup>25</sup> *Жанэ А. Д.* Постатейный комментарий к Федеральному закону «Об электроэнергетике». С. 16–17.

<sup>26</sup> О месте энергетического права в системе права см.: *Селиверстов С. С.* К вопросу о понятии энергетического права // Энергетическое право. 2008. С. 56–57.

от него включает также подзаконные акты уровня указов Президента РФ и постановлений Правительства РФ.<sup>27</sup> Согласно п. «к» ч. 1 ст. 72 Конституции административное и административно-процессуальное законодательство находится в совместном ведении РФ и ее субъектов. Гражданское законодательство, как известно, находится в ведении Российской Федерации (п. «о» ст. 71 Конституции РФ). Таким образом, полномочия законодательных органов власти субъектов РФ в сфере энергетики ограничены рамками административного законодательства.

Комплексное изучение общих проблем регулирования экономической деятельности в сфере энергетики позволяет объединить публично-правовые и частноправовые нормы и их источники, образующие энергетическое право в широком смысле слова. Однако такой «широкий подход» и такого рода «комплексность» создают риск искусственного объединения законодательства с противоположными основами, разрозненности и фрагментарности при объяснении правового регулирования. Одновременный анализ гражданско-правовых и публично-правовых средств правовой регуляции оправдан лишь на начальной стадии изучения правовой материи, а также в тех случаях, когда частноправовые нормы имеют непосредственное значение для публично-правового регулирования экономической деятельности, или публично-правовые — для частноправового регулирования. Принципиальное теоретическое разделение правовых институтов на публично-правовые и частноправовые показывает, что правовые проблемы регулирования экономики наиболее компактно, последовательно и системно могут быть решены в рамках одной из двух основных отраслей — публичного или частного права.

В узком, специальном смысле энергетическое право следует рассматривать в качестве института публичного либо частного права. В частности, энергетическое право — институт особенной части экономического публичного права, а основное его содержание — административно-правовые нормы. Поэтому энергетическое право находится в пределах системы норм государственного и административного права. Частноправовые нормы, регулирующие экономическую деятельность в сфере энергетики, являются вспомогательными для понимания ее структуры и учитываются в публично-правовом регулировании. Наряду с публично-правовым возможен и иной подход, когда экономические отношения в сфере энергетики рассматриваются через призму частного права. В этом случае публично-правовые нормы не составляют содержания коммерческого права, однако учитываются представителями частного права.<sup>28</sup>

Публично-правовой подход к изучению энергетического права предопределен тем, что экономическая деятельность в сфере энергетики давно представляет собой предмет государственного регулирования. К сожалению, само понятие «государственное регулирование» в законодательстве и науке не отличается достаточной определенностью. В законодательстве вместо понятия государственного регулирования часто используются другие схожие понятия (организация, руководство, управление и т. д.), отсутствует единое определение понятия «государственное регулирование»;

<sup>27</sup> В отношении законодательства об электроэнергетике на это было указано в связи с анализом ст. 2 Закона об электроэнергетике и п. 2 ст. 3 ГК (*Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об электроэнергетике»*, С. 12).

<sup>28</sup> См., напр.: *Попондопуло В. Ф.* 1) Коммерческое (предпринимательское) право. М., 2006. С. 26–29; 2) Энергетическое право и энергетическое законодательство. С. 4.

научные взгляды по данному вопросу также разнятся. Экономисты используют понятие государственного регулирования наиболее широко, связывая самые разные регулирующие средства государства: от непосредственного участия в хозяйственной деятельности до контроля за деятельностью хозяйствующих субъектов со стороны государственных органов (законодательных, исполнительных, судебных и других правоприменительных и т. д.). Такой широкий подход находит отражение в отдельных законодательных актах, которые определяют государственное регулирование через систему экономических и правовых мер.<sup>29</sup> Соответственно, на практике правовое регулирование рассматривают иногда в качестве «составной части государственного регулирования».<sup>30</sup> В науке административного права государственное регулирование иногда разграничивают с государственным управлением в зависимости от объекта, на который оказывается административное воздействие.<sup>31</sup> В науке гражданского и предпринимательского права разработана концепция государственного регулирования экономики на основе сочетания публично-правовых и частноправовых средств и отношений регулирования.<sup>32</sup>

Однако сочетание публично- и частноправовых методов правового регулирования не должно приводить к «размыванию» основных отраслевых отличий. Правовое положение и правовые отношения субъектов, меры защиты и ответственности существенно различаются в частном и публичном праве. Как известно, в Налоговом кодексе и Законе о валютном регулировании и контроле<sup>33</sup> специально указывается на применение институтов, понятий и терминов гражданского и других отраслей законодательства РФ в том значении, в каком они используются в этих отраслях законодательства, если иное не предусмотрено Налоговым кодексом и Законом о валютном регулировании и контроле. Однако установление такого рода логических связей публично-правовых и частноправовых актов на практике вызывает значительные сложности. Поэтому в законодательстве следует выделять особенности и различия отраслевых правил (в том числе посредством систематизации, кодификации законодательства). В противном случае законодательство лишается основных ориентиров в правоприменительной и правотворческой практике. В результате отсутствия строгого подхода к разграничению публично-правовых и частноправовых норм в теории, законодательстве и на практике к гражданским правовым отношениям ошибочно пытаются применить административное законодательство, а к административным правовым отношениям — гражданское.

Согласно прямому указанию ГК, «к имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым и другим финансовым и административным отношениям, гражданское законодательство не применяется, если иное не предусмотрено законодательством» (п. 3 ст. 2 ГК). В публично-правовых отношениях по поводу ответственности неприменима

<sup>29</sup> См., напр., ст. 1 Федерального закона от 8 января 1998 г. № 10-ФЗ «О государственном регулировании развития авиации» (СЗ РФ. 1998. № 2. Ст. 226).

<sup>30</sup> *Решение* ВАС РФ от 26 февраля 2006 г. № 16609/05 (Вестник ВАС РФ. 2006. № 5).

<sup>31</sup> *Административное право* / под ред. Л. Л. Попова. М., 2006. С. 34.

<sup>32</sup> *Губин Е. П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства. Автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2005. С. 5, 12.

<sup>33</sup> *Федеральный закон* от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле» // СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4859.

аналогия гражданского права (понятия вины, ответственности без вины, непреодолимой силы и т. д.). Так, по одному из дел истец (организация, осуществляющая морские перевозки угля), оспаривая постановление таможенного органа о привлечении к ответственности за перемещение через таможенную границу товара с использованием поддельных документов, ссылаясь на действие непреодолимой силы, связанной с представлением поддельных документов третьими лицами, в отношении которых уже рассматривалось уголовное дело. При этом была сделана ссылка на ч. 1 ст. 79 Венской конвенции 1980 г. Арбитражный суд отказал в удовлетворении иска, так как привлечение к уголовной ответственности работников организации не освобождает ее от ответственности, а «гражданско-правовое определение непреодолимой силы не может быть применено по аналогии к административным отношениям». Статья 395 ГК предусматривает ответственность за невыполнение денежного гражданско-правового обязательства и на основании п. 3 ст. 2 ГК не может применяться при несвоевременном исполнении обязанности по перечислению сумм, составляющих налоги.<sup>34</sup> Правила возврата излишне уплаченных сумм по социальному страхованию являются публично-правовыми и не предполагают применения гражданско-правовых норм, связанных с неосновательным обогащением.<sup>35</sup> Законодательством не предусмотрена возможность применения правил цессии к публично-правовым отношениям. Договор об уступке требования не может порождать правовые последствия, вытекающие из публичных отношений.<sup>36</sup>

В некоторых случаях на практике к гражданским отношениям с участием государственных образований и публичных органов ошибочно пытаются применить публично-правовое законодательство. Необходимость квалификации публично-правового статуса государственного органа и определения его компетенции для участия в гражданско-правовом споре не меняет частноправовой характер гражданского дела на публично-правовой.<sup>37</sup> Договорные отношения сторон учитывают публично-правовые нормы (например, при определении цены договора с учетом необходимости уплаты НДС, пошлин, таможенного оформления, получения разрешений и т. д.), однако такие отношения не следует смешивать с публично-правовыми. Так, ОАО «Моснефтепродукт» обратилось в Арбитражный суд Москвы с заявлением об отмене решения Третьей инстанции в пользу ООО «Лукойл-Центрнефтепродукт» неустойки, начисленной в связи с нарушением обязательств, вытекающих из договора купли-продажи нефтепродуктов. Заявитель полагал, что предметом третейского разбирательства в данном случае явился спор, вытекающий из публичных правоотношений, поскольку разногласия сторон третейского разбирательства касались не гражданско-правовых обязательств, а порядка составления реестра счетов-фактур. В качестве доказательств, подтверждающих основания

<sup>34</sup> *Постановление* ФАС Поволжского округа от 3 мая 2001 г. Дело № А65-10428/2000-СГ1-13.

<sup>35</sup> *Постановление* ФАС Восточно-Сибирского округа от 27 августа 2001 г. Дело № А33-662/01-С1-Ф02-1951/01-С2.

<sup>36</sup> *Постановление* ФАС Северо-Кавказского округа от 13 января 2000 г. № Ф08-3037/99.

<sup>37</sup> *Постановление* ФАС Волго-Вятского округа от 28 ноября 2006 г. Дело № А31-5892/2005-4; *Постановление* ФАС Западно-Сибирского округа от 27 апреля 2006 г. Дело № Ф04-1643/2006 (21748-А46-12).

исковых требований, ООО «Лукойл-Центрнефтепродукт» представило в третейский суд реестр счетов-фактур с отметкой налогового органа, на учете в котором состоит ОАО «Моснефтепродукт». Оценивая представленное доказательство, третейский суд правомерно проверил его на соответствие установленному нормами налогового законодательства порядку заполнения реестров счетов-фактур, обоснованно применив указанные нормы права. Вместе с тем оценка представленных сторонами третейского разбирательства доказательств на соответствие нормам налогового законодательства не свидетельствовала о том, что третейским судом рассмотрен спор, возникший из публичных правоотношений.<sup>38</sup>

Публично-правовые требования в области применения регистрационного, антимонопольного, налогового, таможенного, валютного законодательства исключают полную автономию воли участников экономической деятельности. Так, согласно п. 2 ст. 546 ГК РФ перерыв в подаче, прекращение или ограничение подачи энергии допускаются по соглашению сторон, за исключением случаев, когда удостоверенное органом государственного энергетического надзора неудовлетворительное состояние энергетических установок абонента угрожает аварией или создает угрозу жизни и безопасности граждан. Кроме того, о перерыве в подаче, прекращении или ограничении подачи энергии энергоснабжающая организация должна предупредить абонента. В противном случае при включении в договор условия о праве прекратить подачу электроэнергии потребителю без предупреждения при неоплате счета в установленный срок нарушается ст. 14.8 КоАП и, соответственно, ущемляются права потребителя, гарантированные не только гражданским, но и административным законодательством.<sup>39</sup>

Сложным вопросом является определение правового положения субъектов экономической деятельности в случаях представительства и посреднической деятельности. Так, ч. 2 ст. 14.1 КоАП предусмотрена ответственность за осуществление предпринимательской деятельности без специального разрешения (лицензии), если наличие таких является обязательным; согласно же ст. 17 Закона о лицензировании отдельных видов деятельности<sup>40</sup> реализация газа, нефти и продуктов их переработки подлежит лицензированию. По одному из дел в сфере предпринимательской деятельности, вытекающей из агентского договора, арбитражный суд признал, что агент, оказывавший услуги по эксплуатации автозаправочной станции, осуществлял реализацию нефтепродуктов от имени и за счет нефтетрейдера,<sup>41</sup> и отказал в привлечении его к административной ответственности за деятельность без лицензии.<sup>42</sup>

<sup>38</sup> Постановление ФАС Московского округа от 20 марта 2006 г. Дело № КГ-А40/498-06.

<sup>39</sup> Постановление ФАС Северо-Западного округа от 17 января 2003 г. Дело № А26-6027/02-21 (истец при включении в договор условия о праве прекратить подачу электроэнергии потребителю без предупреждения при неоплате счета в установленный срок нарушил ст. 14.8 КоАП, поэтому в удовлетворении заявленных требований отказано).

<sup>40</sup> Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» // Российская газета. 2001. 10 авг. (в ред. от 30 декабря 2008 г.).

<sup>41</sup> По агентскому договору одна сторона (агент) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала либо от имени и за счет принципала (абз. 1 п. 1 ст. 1005 ГК).

<sup>42</sup> Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 20 февраля 2003 г. Дело № А19-17736/02-42-Ф02-273/03-С1.

Возможна ли в этих условиях кодификация законодательства об энергетике? Кодификация законодательства признана основной формой его систематизации, в результате которой создается новый, сводный акт, заменяющий прежнее регулирование и приводящий его в единую систему.<sup>43</sup> Идея создания Энергетического кодекса одновременно «привлекает» и «настораживает» некоторых ученых.<sup>44</sup> Они полагают, что кодекс должен содержать «по преимуществу нормы одной отраслевой принадлежности», а правила разных отраслей невозможно систематизировать в общей и особенной частях, свойственных кодификационному акту. Однако уже давно сложилась практика различных видов и способов кодификации.<sup>45</sup> Так, например, различают всеобщую, отраслевую и специальную кодификации.<sup>46</sup> Кроме того, законодательные акты об энергетике на основе государственного регулирования включают много общих положений. В частности, все законодательные акты об энергетике включают в качестве «общих положений», или «основ», принципы «государственной политики» и «государственного регулирования» в соответствующей сфере (ст. 4, 8 Закона об энергосбережении; ст. 6, 13, 20 Закона об электроэнергетике; ст. 4, 20 Закона о газоснабжении; ст. 2, 63 Закона об атомной энергии; ст. 5, 13 Закона о госрегулировании добычи и использования угля и др.). Наконец, гражданские и административные правовые нормы, регулирующие отношения в энергетике, уже частично кодифицированы, т. е. систематизированы в отраслевых кодексах.

В гражданском законодательстве кодифицированы положения о договоре энергоснабжения: о заключении и продлении, изменении и расторжении договора, о количестве и качестве энергии, об обязанности покупателя по содержанию и эксплуатации сетей, об условиях оплаты энергии, об ответственности, об условиях применения правил к отношениям, связанным со снабжением тепловой энергией, газом, нефтью и нефтепродуктами через присоединенную сеть, и др. (§ 6 гл. 30 (ст. 539–548) ГК). К отношениям по договору энергоснабжения, не урегулированным ГК, применяются законы и иные правовые акты об энергоснабжении, а также обязательные правила, принятые в соответствии с ними (п. 3 ст. 539 ГК). Правила, предусмотренные ст. 539–547 ГК, применяются к отношениям, связанным со снабжением тепловой энергией через присоединенную сеть, если иное не установлено законом или иными правовыми актами (п. 1 ст. 548 ГК). К отношениям, связанным со снабжением через присоединенную сеть газом, нефтью и нефтепродуктами, водой и другими товарами, правила о договоре энергоснабжения (ст. 539–547 ГК) применяются, если иное не установлено законом, иными правовыми актами или не вытекает из существа обязательства (п. 2 ст. 548 ГК).

Как уже было указано выше, в «энергетических» законах закреплено, что законодательное и нормативно-правовое регулирование «основывается» на ГК РФ либо соответствующее законодательство «состоит», в частности, из ГК РФ. Однако прямое действие ГК РФ необоснованно

<sup>43</sup> *Систематизация законодательства в Российской Федерации* // под ред. А. С. Пиголкина. М., 2003. С. 45, 144.

<sup>44</sup> *Попондопуло В. Ф.* Энергетическое право и энергетическое законодательство. С. 10.

<sup>45</sup> *Систематизация законодательства в Российской Федерации.* С. 146–153.

<sup>46</sup> *Орешкина И. Б.* Систематизация нормативно-правовых актов Российской Федерации. Автореф. дис. ... к. ю. н. Саратов, 2000. С. 19.

сужается<sup>47</sup> указанием в самом ГК на то, что «правила соответствующего параграфа Гражданского кодекса применяются, если законом или иными правовыми актами не установлено иное» (п. 4 ст. 539, п. 2 ст. 548 ГК).<sup>48</sup> С учетом основополагающего значения ГК РФ возникает необходимость в проверке «иных правовых актов» на предмет отраслевого соответствия, в совершенствовании кодификации гражданского законодательства, а также систематизации правил государственного регулирования энергетики в других актах (например, в Энергетическом кодексе).

В КоАП РФ закреплены материально- и процессуально-правовые нормы об административных правонарушениях. КоАП, а также принимаемые в соответствии с ним законы субъектов РФ устанавливают, например, общие положения об административной ответственности, перечень административных правонарушений и порядок применения мер административной ответственности в сфере государственного регулирования тарифов (ст. 1.3, 14.6, ч. 5 ст. 19.5, ст. 19.7<sup>1</sup>, ст. 23.51 и др. КоАП). В соответствии с законодательством государственное регулирование действует в сфере энергетики, в частности, в отношении цен в оплату деятельности субъектов естественных монополий (ст. 4, 6 Закона о естественных монополиях), тарифов на газ и услуги по транспортировке газа (ст. 20–21 Закона о газоснабжении), тарифов в электроэнергетике (ст. 23–24 Закона об электроэнергетике), тарифов на услуги организаций коммунального комплекса, обеспечивающих электро- и теплоснабжение (ст. 1–18 Закона об основах регулирования тарифов организаций коммунального комплекса).<sup>49</sup>

К административным правонарушениям в области охраны собственности относится самовольное подключение к энергетическим сетям, нефтепроводам, нефтепродуктопроводам и газопроводам; самовольное (безучетное) использование электрической, тепловой энергии, нефти, газа или нефтепродуктов влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 15 до 20 МРОТ, на должностных лиц — от 30 до 40 МРОТ, на юридических лиц — от 300 до 400 МРОТ (ст. 7.19 КоАП). К административным правонарушениям на транспорте отнесено нарушение правил безопасности при строительстве, эксплуатации или ремонте магистральных трубопроводов, а равно пуск их в эксплуатацию с техническими неисправностями (ст. 11.20 КоАП). Специально закреплены составы административных правонарушений в области энергетики, наряду с промышленностью и строительством. В некоторых случаях они имеют общий характер. Так, общий характер имеют правила, закрепленные в ст. 9.1 («Нарушение требований промышленной безопасности или условий лицензий на осуществление видов деятельности в области промышленной безопасности опасных производственных объектов») или в ст. 9.2 («Нарушение норм и правил безопасности гидротехнических сооружений») КоАП.

Непосредственное значение для энергетики имеют специальные нормы об административной ответственности за нарушение правил

<sup>47</sup> О том, что такое положение «вряд ли соответствует значению ГК как фундаментального акта гражданского законодательства», см.: *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации*, Ч. 2 // под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. СПб., 2006. С. 130, 144.

<sup>48</sup> Согласно п. 3–7 ст. 3 ГК нормы гражданского права могут быть закреплены наряду с законами также другими нормативными актами в порядке, установленном Кодексом.

<sup>49</sup> *Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. № 210-ФЗ «Об основах регулирования тарифов организаций коммунального комплекса»* // *Российская газета*. 2004. 31 дек. (в ред. от 25 декабря 2008 г.).

использования атомной энергии и учета ядерных материалов и радиоактивных веществ (ст. 9.6 КоАП); повреждение электрических сетей (ст. 9.7); нарушение правил охраны электрических сетей напряжением свыше 1000 вольт (ст. 9.8); ввод в эксплуатацию топливо- и энергопотребляющих объектов без разрешения соответствующих органов (ст. 9.9); повреждение тепловых сетей, топливопроводов, совершенное по неосторожности (ст. 9.10); нарушение правил пользования топливом и энергией, правил устройства, эксплуатации топливо- и энергопотребляющих установок, тепловых сетей, объектов хранения, содержания, реализации и транспортировки энергоносителей, топлива и продуктов его переработки (ст. 9.11); непроизводительное расходование энергетических ресурсов (ст. 9.12 КоАП).

Например, повреждение электрических сетей напряжением до 1000 вольт (воздушных, подземных и подводных кабельных линий электропередачи, вводных и распределительных устройств) влечет наложение административного штрафа на граждан в размере от 10 до 15 МРОТ, на должностных лиц — от 20 до 30 МРОТ, на юридических лиц — от 200 до 300 МРОТ (ч. 1 ст. 9.7 КоАП), а повреждение электрических сетей напряжением свыше 1000 вольт — наложение административного штрафа на граждан в размере от 10 до 20 МРОТ, на должностных лиц — от 30 до 40 МРОТ, на юридических лиц — от 300 до 400 МРОТ (ч. 2 ст. 9.7 КоАП). Непроизводительное расходование энергетических ресурсов вследствие несоблюдения требований, установленных государственными стандартами или иными правовыми или нормативно-техническими документами, влечет наложение административного штрафа на должностных лиц в размере от 10 до 20 МРОТ, на юридических лиц — от 100 до 200 МРОТ (ст. 9.12 КоАП).

КоАП РФ к органам, уполномоченным рассматривать дела об административных правонарушениях, отнес, в частности, органы государственного энергетического надзора (ст. 23.30). Последние рассматривают дела об административных правонарушениях, предусмотренных ст. 7.19, 9.7–9.12, 11.20 КоАП (ч. 1 ст. 23.30 КоАП). Рассматривать дела об административных правонарушениях от имени органов, указанных в ч. 1 ст. 23.30 КоАП, вправе: 1) главный государственный инспектор РФ по энергетическому надзору, его заместители; 2) старшие государственные инспектора по энергетическому надзору; 3) государственные инспектора по энергетическому надзору (ч. 2 ст. 23.30 КоАП).

Размер административного штрафа, налагаемого государственными инспекторами по энергетическому надзору на граждан, не может превышать 5 МРОТ, на должностных лиц — 10 МРОТ, на юридических лиц — 100 МРОТ (ч. 3 ст. 23.30 КоАП).

На первый план в сфере административного законодательства выдвинуты задачи детальной регламентации, упрощения и ускорения управленческой деятельности, унификации и систематизации административно-правовых норм в соответствии с направлением реформ и конституционными институтами.<sup>50</sup> Одной из проблем остается соответствие КоАП федеральных законов, в которых регулируются отношения, касающиеся применения норм административной ответственности (в том числе в сфере энергетики). В ч. 1 ст. 1.1 КоАП определено, что законодательство об административных правонарушениях на федеральном уровне состоит из «настоящего Кодекса». Ряд норм, регулирующих административную

<sup>50</sup> См., напр.: *Административное право* / под ред. Л. Л. Попова. М., 2006. С. 79.

ответственность, остаются в Налоговом, Бюджетном кодексах и других законах, что подвергается критике в литературе.<sup>51</sup> В КоАП РФ должны быть кодифицированы все правила об административной ответственности, что позволит не включать их в будущий единый законодательный акт об энергетике.<sup>52</sup>

Таким образом, в случае кодификации законодательства об энергетике не требуется в одном акте объединять большое количество по сути противоположных правовых норм. «Риски» искусственного объединения разноотраслевых правовых норм в данном случае могут быть минимизированы. Систематизация законодательства об энергетике может быть построена на общих понятиях, принципах, методах и полномочиях органов государственного регулирования энергетике, которые образуют основу общих положений акта («Общую часть»)<sup>53</sup>. В Особенной части можно было бы определить особенности правового регулирования отдельных сфер энергетике. В ряду известных примеров кодификации «комплексного законодательства» (Водного, Земельного, Жилищного, Лесного и других кодексов) свое место уже в обозримом будущем вполне мог бы занять Энергетический кодекс.

---

<sup>51</sup> *Комментарий к Кодексу Российской Федерации об административных правонарушениях* / под ред. Ю. М. Козлова. М., 2002; *Комментарий к Кодексу Российской Федерации об административных правонарушениях* / под общ. ред. Е. Н. Сидоренко. М., 2006.

<sup>52</sup> В литературе указывается, что статьи КоАП «не входят непосредственно в состав законодательства РФ об электроэнергетике» (*Постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об электроэнергетике»*. С. 16).

<sup>53</sup> *Лакно П. Г.* 1) Энергетический кодекс Российской Федерации — основополагающий юридический документ, регулирующий отношения в ТЭК // *Энергетика и право*. С. 178–182; 2) Энергетическому бизнесу — надежную правовую основу // Там же. Вып. 2. М., 2009. С. 385–392.

## ФУНКЦИОНАЛЬНЫЕ СВЯЗИ ОХРАНИТЕЛЬНЫХ НОРМ УГОЛОВНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И НОРМ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА

Д. Ю. ГОНЧАРОВ

Одна из теоретических моделей межотраслевого взаимоотношения исходит из наличия *функциональных связей* между уголовным правом и другими отраслями права. Согласно такому воззрению, каждая отрасль имеет собственные функции,<sup>1</sup> которые она выполняет в рамках правовой общности. Очевидно, что в этом случае отношения между отраслями складываются в сложные многофункциональные связи, а изменение в одной отрасли законодательства может вызвать вполне определенное изменение в другой.<sup>2</sup>

Простейшим подтверждением наличия функциональных связей между нормами уголовного и уголовно-процессуального законодательства является одновременная коррекция уголовного и уголовно-процессуального законов при внесении одним федеральным законом изменений и дополнений сразу в УК и в УПК.

Вопросам функциональных связей, на наш взгляд, уделялось и уделяется недостаточное внимание как в общей теории права, так и в отраслевых юридических науках.<sup>3</sup> Результатом этого



Гончаров Денис Юрьевич,  
к. ю. н., доцент,  
начальник адъюнктуры  
Уральского юридического  
института МВД России

© Д. Ю. Гончаров, 2009

<sup>1</sup> Функция (от лат. *functio* — совершение, исполнение) — это: 1) деятельность, роль объекта в рамках некоторой системы, которой он принадлежит; 2) вид связи между объектами, при которой изменение одного из них влечет изменение другого, при этом второй объект также называется функцией первого (*Новейший философский словарь* / сост. А. А. Грищанов. Минск, 1999. С. 783.).

<sup>2</sup> *Безверхов А. Г.* Уголовная противоправность в условиях межотраслевого взаимодействия // Дифференциация ответственности и вопросы юридической техники в уголовном праве и процессе. Ярославль, 2001. С. 39.

<sup>3</sup> Отдельные авторы в своих работах (см., напр.: *Чирков А. П.* Функциональные связи уголовно-правовых норм и квалификация преступлений // Актуальные вопросы уголовного права, процесса и криминалистики. Калининград, 1998. С. 3–7) вообще обходят стороной вопрос о понятии, признаках функциональных связей в праве, что, на наш взгляд, вызвано слабой разработкой последних в общей теории права и, несомненно, умаляет значимость конкретных отраслевых исследований.

является отсутствие единства в понимании их природы и места в ряду других существующих в праве связей.

Так, например, А. Ф. Черданцев, указывая на существование *системообразующих* связей в праве, включает в них генетические, структурные (связи строения), связи субординации, координации (взаимодействия) и управления, объединяя последние три вида связей названием «функциональные».<sup>4</sup> С. С. Алексеев, напротив, не включает функциональные и другие виды связей в какую-либо группу, а придает им самостоятельное значение, выделяя наряду с ними генетические,<sup>5</sup> а в более поздних работах еще и структурные<sup>6</sup> связи. Вместе с тем С. С. Алексеев «главное и определяющее в функциональных связях между материальными и процессуальными отраслями» видит в отношениях координации, включающих «некоторые субординационные моменты».<sup>7</sup> Из этого следует, что функциональные связи и А. Ф. Черданцевым, и С. С. Алексеевым рассматриваются в одной плоскости со связями координации и субординации, а отличие точки зрения последнего заключается, главным образом, в отсутствии над функциональными связями более высокого классификационного ряда. И хотя в работах С. С. Алексеева не встречается прямого отрицания включения функциональных связей в другую группу связей, а А. Ф. Черданцев не утверждает наличия у системообразующих связей каких-либо общих признаков, по которым они объединены, полагаем, что вопрос о полной самостоятельности функциональных связей и необходимости их отдельного рассмотрения следует решать положительно.

Признавая наличие самостоятельных видов связей в законодательстве, мы стоим на позиции существования предметно-системных (а не системообразующих) связей. При этом последние ни в коем случае не включают в себя другие виды связей, в том числе функциональные.

Итак, выделение функциональных связей в законодательстве в качестве самостоятельных требует, во-первых, решения вопроса о том, являются ли такие связи координационными или субординационными, и, во-вторых, вызывает необходимость сформулировать их определение.

В праве выделяют субординационные и координационные межотраслевые связи. Нормы уголовного и уголовно-процессуального законодательства не должны находиться в противоречии с Конституцией Российской Федерации, т. е. исследуемые нами нормы находятся в отношениях *субординации* с основным законом страны, а также с общепризнанными принципами и нормами международного права и международными договорами РФ. По отношению же друг к другу нормы уголовного и уголовно-процессуального законодательства находятся в отношениях *координации*. Координационные отношения и связи означают взаимодействие норм одинаковой юридической силы. Это могут быть связи между нормами Общей и Особенной частей правовой отрасли, между процессуальными и материальными нормами.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Черданцев А. Ф. 1) Системообразующие связи права // Сов. государство и право. 1974. № 8. С. 10–17; 2) Основные проблемы теории толкования советского права. Автореф. дис. ... д. ю. н. Свердловск, 1972. С. 14.

<sup>5</sup> Алексеев С. С. Структура советского права. М., 1975. С. 242 и сл.

<sup>6</sup> Алексеев С. С. 1) Отрасли советского права: проблемы, исходные положения // Сов. государство и право. 1979. № 9. С. 21; 2) Общая теория права. В 2 т. Т. 1. М., 1981. С. 248–249; 3) Теория права. М., 1995. С. 195.

<sup>7</sup> Алексеев С. С. Структура советского права. С. 254.

<sup>8</sup> Власенко Н. А. Коллизионные нормы в советском праве. Иркутск, 1984. С. 13–14.

Деление отраслей права на основные и специализированные, проведенное С. С. Алексеевым, отнесшим материальное уголовное право к разряду профилирующих (традиционных) основных отраслей, а уголовно-процессуальное право — к «другим основным, которые как бы надстраиваются над профилирующими»,<sup>9</sup> не указывает на наличие субординации между нормами уголовного и уголовно-процессуального законодательства. Наличие *связей координации* между нормами материального и процессуального уголовного законодательства означает, что установить приоритетность действия в случае разного регулирования этими отраслями одного и того же вопроса бывает подчас весьма затруднительно. Взаимосвязь, наличие координационных связей этих смежных отраслей проявляется, в частности, в том, что с помощью уголовно-процессуального законодательства чаще всего реализуется большинство положений уголовного материального законодательства.

Вопрос о понятии функциональных связей уголовного и уголовно-процессуального законодательства ни в уголовно-правовой, ни в уголовно-процессуальной литературе не затрагивался. В общетеоретических работах указание на существование функциональных связей в праве также не всегда сопровождается их определением. В. А. Кирин определяет анализируемые связи как зависимость между нормами, при которой действие одной нормы (группы норм) побуждает к действию другую норму (группу норм) либо, наоборот, возникает в зависимости от действия другой нормы (группы норм).<sup>10</sup> На наш взгляд, данное определение далеко не безупречно. Оно не отражает всей полноты термина «функция»; кроме того, понятие определяется через «зависимость между нормами, при которой действие нормы возникает в зависимости от действия другой нормы». Представляется, что от двойного использования одного и того же термина в определении следует отказаться.

Известно, что перед каждой отраслью законодательства стоит определенная задача, выполняемая через конкретные функции. Например, нормы уголовно-процессуального законодательства, в большинстве своем устанавливающие субъективные юридические права и обязанности, относятся к регулятивным (правоустановительным). Нормы уголовного законодательства, направленные на реализацию мер юридической ответственности, а также специфических государственно-принудительных субъективных прав и превентивных средств (санкций), являются охранительными. Выделение регулятивных и охранительных норм позволяет назвать уголовно-процессуальное законодательство регулятивной отраслью, а уголовное (с учетом охранительных норм его Особенной части) — в целом охранительной отраслью, и признать за ними соответственно регулятивную и охранительную функции.<sup>11</sup> В литературе отмечено, что именно через регулятивные нормы непосредственно осуществляются основные функции права как регулятора общественных отношений, в то время как

<sup>9</sup> Алексеев С. С. Проблемы теории права. Курс лекций. В 2 т. Т. 1. Свердловск, 1972. С. 142. — Позднее автор как уголовное, так и уголовно-процессуальное право отнес к профилирующим (фундаментальным) отраслям (Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 1. С. 247).

<sup>10</sup> Кирин В. А. 1) Функциональные связи правовых норм // Сов. государство и право. 1972. № 5. С. 35; 2) Движение как форма бытия права // Там же. 1976. № 12. С. 105.

<sup>11</sup> Разумеется, нельзя все уголовно-процессуальные нормы относить к регулятивным, а все уголовные материальные — к охранительным.

охранительные юридические нормы также выполняют свойственную им функцию — правоохранительную.<sup>12</sup>

Осуществление основной функции права как регулятора общественных отношений через регулятивные нормы немыслимо без существования охранительных юридических норм. В этом и проявляются функциональные связи правовых норм. Поэтому нельзя назвать убедительным мнение В. А. Кирина о том, что «наиболее развиты функциональные связи между отдельными правовыми нормами: в пределах одной отрасли права, одной отрасли законодательства и тем более в пределах одного законодательного акта».<sup>13</sup>

Следует признать правоту А. П. Чиркова, указывающего, что «для раскрытия содержания признаков составов конкретных видов преступлений важное значение имеет, прежде всего, выявление и учет функциональных связей этих составов с дефинитивными нормами, раскрывающими смысл терминов, использованных законодателем при конструировании той или иной нормы уголовного права».<sup>14</sup> Это означает, что хотя такие связи существуют и внутри отдельной отрасли законодательства — уголовного, — и их необходимо учитывать, все же, раскрывая смысл уголовно-правовых терминов, приходится использовать и понятия других отраслей права.

Мы считаем, что если и существуют функциональные связи между нормами одного законодательного акта (например, между регулятивной нормой о необходимой обороне и охранительными нормами о преступлениях против личности, собственности в Уголовном кодексе), то такие связи не исключают наличия и не умаляют важности исследования функциональных связей между нормами уголовного и других — регулятивных — отраслей законодательства. Критикуя последнее из цитированных нами положений В. А. Кирина, С. С. Алексеев справедливо замечает, что «функциональные... зависимости... неизбежно приобретают отраслевую окраску: они проявляются как связи между нормами и институтами определенных отраслей права».<sup>15</sup>

Нередко изменения и дополнения норм уголовного законодательства влекут изменения уголовно-процессуальных норм, образующих такие, например, уголовно-процессуальные институты, как подследственность и подсудность уголовных дел.

Итак, одним из признаков функциональных связей норм уголовного и уголовно-процессуального законодательства является их возникновение между охранительными уголовно-правовыми нормами и регулятивными (обязывающими или запрещающими) уголовно-процессуальными нормами в случае нарушения последних.

С учетом положений Уголовно-процессуального кодекса осуществляется важнейшая функция уголовного закона — охрана указанных в ст. 2 УК РФ благ.

В процессе предварительного расследования и судебного рассмотрения уголовных дел могут происходить нарушения правовых норм, которые выходят за рамки чисто процессуальных. Отдельные виды этих нарушений достигают такой общественной опасности, что уголовный закон объявляет

<sup>12</sup> Алексеев С. С. Проблемы теории права. С. 236–237.

<sup>13</sup> Кирин В. А. Функциональные связи правовых норм. С. 35.

<sup>14</sup> Чирков А. П. Функциональные связи уголовно-правовых норм и квалификация преступлений. С. 3.

<sup>15</sup> Алексеев С. С. Структура советского права. С. 243.

их преступлениями, охраняя тем самым и общественные отношения в сфере уголовного судопроизводства. Таким образом, объектом уголовно-правовой охраны становятся уголовное судопроизводство и правосудие.<sup>16</sup> При совершении таких преступлений, как принуждение к даче показаний (ст. 302 УК РФ), фальсификация доказательств (ст. 303 УК), заведомо ложный донос (ст. 306 УК), заведомо ложные показания, заключение эксперта, специалиста или неправильный перевод (ст. 307 УК), отказ свидетеля или потерпевшего от дачи показаний (ст. 308 УК), подкуп или принуждение к даче показаний или уклонению от дачи показаний либо к неправильному переводу (ст. 309 УК) и др., субъект, посягая на непосредственные объекты, всегда в большей или меньшей степени препятствует собиранию доказательств, мешая тем самым эффективному осуществлению правосудия.

Эти и некоторые другие деяния, ответственность за которые предусмотрена нормами гл. 31 УК РФ, представляют собой несоблюдение, неисполнение или неправильное применение норм УПК РФ. В УПК РФ последовательно утверждается недопустимость дачи заведомо ложных показаний и отказа от дачи показаний потерпевшим (п. 2 ч. 5 ст. 42), свидетелем (п. 2 ч. 6 ст. 56);<sup>17</sup> заведомо ложного заключения экспертом (п. 4 ч. 4 ст. 57); осуществления заведомо неправильного перевода переводчиком (п. 1 ч. 4 ст. 59). В указанных статьях говорится и о последствиях нарушения таких запретов — об уголовной ответственности по ст. 307 и 308 УК РФ для потерпевшего и свидетеля (ч. 7 ст. 42 и ч. 8 ст. 56) или только по ст. 307 УК РФ для эксперта, специалиста и переводчика (ч. 5 ст. 57, ч. 5 ст. 59). Кроме того, в ч. 6 ст. 141 УПК РФ указано, что заявитель предупреждается об уголовной ответственности за заведомо ложный донос.

Замечено, что специфика уголовного законодательства заключается в том, что оно охраняет от наиболее опасных посягательств те общественные отношения, которые регулируются нормами иных отраслей права.<sup>18</sup> Н. Ф. Кузнецова отмечает, что «охраняемые УК интересы (объекты) — это правоотношения в тех или иных сферах жизнедеятельности личности, функционирования общества и государства».<sup>19</sup> В. Н. Кудрявцев говорит о нецелесообразности принятия «новых уголовно-правовых норм по вопросам, которые не урегулированы в позитивном плане другими отраслями права».<sup>20</sup>

Отсутствие законодательного регулирования социальных отношений может означать отсутствие той особой ценности этих отношений для общества, которая требует их уголовно-правовой охраны. В таких случаях сложно определить объект, субъектный состав и содержание этих отношений, а следовательно, невозможно обеспечить их надежную уголовно-правовую охрану.<sup>21</sup>

<sup>16</sup> Власов И. С., Тяжкова И. М. Ответственность за преступления против правосудия. М., 1968. С. 4, 25–54.

<sup>17</sup> В отдельных случаях виновные не преследуются уголовным законом за отказ от дачи показаний (см., напр.: Архив Набережночелнинского городского суда. Уголовное дело 1-16/02). О практике оставления без правовой оценки действий лиц, отказывающихся давать показания на предварительном следствии, уже упоминалось в юридической литературе (см., напр.: Гончаров Д. Ю. Ответственность за отказ от дачи показаний // Журнал российского права. 2002. № 6. С. 106–109).

<sup>18</sup> Ворошилин Е. В. Уголовный кодекс РСФСР. М., 1994. С. 12.

<sup>19</sup> Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть / под ред. Г. Н. Борзенкова, В. С. Комиссарова. М., 1997. С. 16.

<sup>20</sup> Кудрявцев В. Н. Две книги об уголовном законе // Сов. государство и право. 1969. № 10. С. 160.

<sup>21</sup> Безверхов А. Г. Уголовная противоправность в условиях межотраслевого взаимодействия. С. 39.

В ситуации причинения вреда общественным отношениям, урегулированным уголовно-процессуальным законодательством, необходимо определить, нарушение *каких* регулятивных предписаний УПК должно повлечь приведение в действие механизма уголовно-правовой охраны. Из всех норм действующего законодательства, предусматривающих уголовную ответственность за преступления против правосудия, отношения, регулируемые непосредственно уголовно-процессуальным законом, охраняются нормами, закрепленными в ст. 294, 299–303, 305–313, 315. Из них только в ст. 301, 302, 307, 308, 310 УК РФ предусмотрена ответственность за нарушение предусмотренных в УПК РФ норм — обязывающих и запрещающих. В остальных случаях уголовно-правовые нормы направлены на охрану тех отношений, которые регулируются конституционно-правовыми нормами, закрепляющими право на жизнь, здоровье, личную неприкосновенность, судебную защиту и т. д., либо устанавливают и формируют запреты самостоятельно.<sup>22</sup>

Сказанное дает основание признать правильным мнение П. С. Элькинд, полагающей, что некоторые нормы уголовно-процессуального права охраняются как своими санкциями, так и санкциями других правовых норм<sup>23</sup> — как уголовного, так и других отраслей права.

Из приведенного анализа видно, что общественные отношения, регулируемые управомочивающими нормами уголовно-процессуального законодательства, в уголовно-правовой охране не нуждаются. Это не случайно, так как одно лишь игнорирование субъективных прав их носителем (но не другим лицом, на котором могут лежать корреспондирующие обязанности) не может повлечь необходимости какой-либо охраны.

Уголовно-процессуальная деятельность должна быть строго регламентированной. Тем более строго (с учетом существующей абстрактности уголовно-правовых норм) должны быть регламентированы нарушения требований уголовно-процессуального законодательства, влекущие *уголовную* ответственность. Поэтому отсутствие законодательного регулирования каких-либо отношений, складывающихся в сфере уголовного судопроизводства, должно означать невозможность такого посягательства на них, которое может повлечь за собой признание последнего уголовно-противоправным.

Например, уголовно-правовой запрет разглашения данных предварительного расследования, установленный в ст. 310 УК РФ, основан на уголовно-процессуальном запрете разглашать данные предварительного расследования, который обязаны соблюдать потерпевший (п. 3 ч. 5 ст. 42 УПК РФ), гражданский истец (ч. 6 ст. 44 УПК), защитник (ч. 3 ст. 53 УПК), гражданский ответчик (п. 2 ч. 3 ст. 54 УПК), свидетель (п. 3 ч. 6 ст. 56 УПК), эксперт (п. 5 ч. 4 ст. 57 УПК), специалист (ч. 4 ст. 58 УПК), переводчик (п. 2 ч. 4 ст. 59 УПК) и понятой (ч. 4 ст. 60 УПК). В нормах УПК РФ, устанавливающих этот запрет, сделана оговорка о том, что уголовная ответственность по ст. 310 УК РФ наступает, если названные участники уголовного судопроизводства были предупреждены прокурором, следователем или

<sup>22</sup> О самостоятельном установлении и формировании уголовным правом запретов см.: *Алексеев С. С.* Структура советского права. С. 251; *Ковалев М. И.* Советское уголовное право. Вып. 1. Свердловск, 1971. С. 97; *Пионтковский А. А.* Курс советского уголовного права. Часть общая. Т. 1. М., 1970. С. 12–13.

<sup>23</sup> *Элькинд П. С.* Толкование и применение норм уголовно-процессуального права М., 1967. С. 28.

дознавателем о недопустимости разглашения данных в соответствии со ст. 161 УПК РФ.

Столь детальное регулирование нормами уголовно-процессуального законодательства запретов давать ложные показания и отказываться от них, давать заведомо ложное заключение и осуществлять заведомо неправильный перевод, а также разглашать данные предварительного расследования не позволяет сомневаться в оправданности признания нарушений этих запретов общественно опасными и в целесообразности придания им (нарушениям) характера уголовно противоправных.

Функциональные связи уголовного и уголовно-процессуального законодательства с принятием УПК РФ проявились в постановке вопроса об уголовной противоправности деяния, ответственность за которое предусмотрена в ч. 2 ст. 294 УК РФ.

Дело в том, что в настоящее время утрачено единство мнений о необходимости всестороннего, полного и объективного расследования уголовных дел<sup>24</sup> (а именно воспрепятствование всестороннему, полному и объективному расследованию как цель является обязательным признаком субъективной стороны упомянутого состава преступления). В УПК РСФСР 1960 г. требование всесторонности, полноты и объективности исследования обстоятельств дела было отнесено к нормам-принципам (ч. 1 ст. 20). Нарушение этого требования влекло для лиц, производивших предварительное расследование, и для судов нежелательные последствия, самым распространенным из которых было возвращение уголовных дел для производства дополнительного расследования или отмена судебных решений с направлением дел на новое рассмотрение. Достижение материальной истины ставилось неоспоримой целью уголовного судопроизводства.<sup>25</sup> Вероятно, это и побудило законодателя при принятии УК РФ криминализировать воспрепятствование всестороннему, полному и объективному расследованию дела.

Полнота, всесторонность и объективность исключены из системы принципов действующего уголовно-процессуального законодательства, изложенных в гл. 2 УПК РФ, а термины «полнота и объективность» и «всесторонность и объективность» содержатся в двух нормах УПК — ст. 152 (место производства предварительного расследования) и 154 (выделение уголовного дела). В ст. 340 (напутственное слово председательствующего) содержится термин «объективность». Во всех этих нормах указанные термины не имеют прежнего значения, которое придавалось им УПК РСФСР 1960 г.<sup>26</sup> Однако в литературе высказываются мнения о том, что «отсутствие в УПК РФ нормы, аналогичной ч. 1 ст. 20 УПК РСФСР, не исключает необходимости обеспечения всесторонности, полноты и объективности исследования обстоятельств дела. Принцип не исчез, а «растворился» в содержании других норм уголовно-процессуального закона».<sup>27</sup> После

<sup>24</sup> См., напр.: Головкин Л. В. Новый УПК Российской Федерации в контексте сравнительного уголовно-процессуального права // Государство и право. 2002. № 5. С. 55.

<sup>25</sup> См., напр.: Строгович М. С. Материальная истина и судебные доказательства в советском уголовном процессе. М., 1955.

<sup>26</sup> Вместе с тем рассматриваемые категории отнюдь не изжили себя в судопроизводстве. Так, объективность, всесторонность и полнота исследования являются требованиями, предъявляемыми к проведению экспертизы в соответствии со ст. 8 Федерального закона от 31 мая 2001 г. № 73-ФЗ «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» (СЗ РФ. 2001. № 23. Ст. 2291; 2002. № 1. Ст. 2).

<sup>27</sup> Солнцева Н. Принцип-невидимка в уголовном судопроизводстве // Законность. 2003. № 5. С. 37–38.

введения в действие нового УПК судьи в частных определениях по некоторым уголовным делам обращали внимание на необходимость соблюдения требования полноты расследования.<sup>28</sup> В одном из них судья указал на нарушение требований ст. 171 УПК РФ.<sup>29</sup> Из ответа на это частное определение следует, что на оперативном совещании следственного отдела прокуратуры г. Набережные Челны всем следователям «указано на недопущение нарушений требований УПК, на полное, всестороннее и объективное расследование уголовных дел».

Полагаем, что приведенные утверждения о необходимости обеспечения полноты, всесторонности и объективности расследования не бесспорны. В ст. 15 УПК РФ закреплен уголовно-процессуальный принцип состязательности сторон. Защитнику предоставлены полномочия по сбору и представлению доказательств, необходимых для оказания юридической помощи (п. 2 ч. 1 ст. 53 УПК РФ). Не исключено, что со временем прокуроры, следователи и лица, производящие дознание, как участники уголовного судопроизводства со стороны обвинения (гл. 6 УПК РФ), не станут собирать сведения об обстоятельствах, исключающих преступность и наказуемость деяния (п. 5 ч. 1 ст. 73 УПК РФ), смягчающих наказание (п. 6 ч. 1 ст. 73 УПК РФ) и могущих повлечь за собой освобождение от уголовной ответственности и наказания (п. 7 ч. 1 ст. 73 УПК РФ). Случится это или нет, и насколько это будет соответствовать духу УПК РФ, покажет время, но уже сейчас становится понятным, что цель воспрепятствования всестороннему, полному и объективному расследованию дела, указанная в диспозиции ч. 2 ст. 294 УК РФ, — признак столь же дискуссионный, сколь дискуссионной стала обязательность всестороннего, полного и объективного расследования.

Сказанное подтверждает тезис о проявлении *функциональной связи* между уголовно-правовой нормой, содержащейся в ч. 2 ст. 294 УК РФ, с уголовно-процессуальной нормой, содержащейся в ч. 1 ст. 20 УПК РСФСР и не включенной в прежнем виде в содержание УПК РФ. Поскольку требование полного, объективного и всестороннего расследования и рассмотрения уголовных дел перестало быть императивным, мы предлагаем исключить из текста ч. 2 ст. 294 УК РФ слова «всестороннему, полному и объективному», поскольку такое изменение уголовного законодательства не будет препятствовать уголовному преследованию за вмешательство в какой бы то ни было форме в деятельность прокурора, следователя или лица, производящего дознание, в целях воспрепятствования расследованию дела.

Переходя к рассмотрению второго признака функциональных связей, отметим, что упоминавшееся нами определение «функции» как вида связи между объектами, когда изменение одного из них влечет изменение другого, в полной мере применимо и к функциональным связям между регулятивными и охранительными нормами. Так, известный динамизм общественных отношений приводит к изменениям в их правовом регулировании. За этим, в свою очередь, следует пересмотр законодателем вопроса о необходимости охраны (в том числе уголовно-правовой) изменившихся общественных отношений.

<sup>28</sup> См., напр.: Архив Набережночелнинского городского суда. Уголовное дело № 1-2279/02.

<sup>29</sup> Архив Набережночелнинского городского суда. Уголовное дело № 1-1874/02.

Таким образом, изменение текста или смысла охранительной нормы при изменении «обслуживаемых» ею регулятивных норм является вторым признаком функциональных связей уголовного и уголовно-процессуального законодательства.

Изменение норм УПК РФ может повлечь либо изменение в уяснении уголовно-правовых запретов, либо необходимость текстуального изменения норм УК РФ. Представляется, что последовательность изменений в законодательстве должна выглядеть следующим образом: текст или смысл уголовно-правовой нормы, направленной на охрану общественного отношения, регулируемого нормой другой отрасли права, должны изменяться после, или во всяком случае в связи с изменением соответствующих регулятивных норм, но не наоборот.

Формулирование уголовно-правового запрета должно отвечать принципам его стабильности и перспективности: с изменением норм иных отраслей законодательства уголовно-правовая норма, как правило, должна оставаться неизменной. Для этого она должна быть как можно менее казуистичной.<sup>30</sup> Чем менее казуистичным будет текст норм уголовного законодательства, тем менее зависимы они будут от изменений законодательства другой отраслевой принадлежности. Необходимо, однако, ясное формулирование уголовно-правовых запретов с учетом исторически сложившихся отношений, урегулированных другими отраслями права.

Представляется, что в этом отношении удачно сформулирована ст. 301 УК РФ, предусматривающая ответственность за незаконные задержание, заключение под стражу или содержание под стражей.

Несоблюдение закона в рассматриваемой области не всегда влечет уголовное преследование. Н. Р. Фасхутдинова справедливо отмечает, что «требуется разрешения следующей вопрос: в каких случаях должностное лицо правоохранительных органов за незаконное задержание, заключение под стражу и содержание под стражей подлежит уголовной ответственности, а в каких дисциплинарной».<sup>31</sup> Известно, что правовому регулированию задержания, заключения под стражу и содержания под стражей посвящен целый ряд норм нового УПК. Разумеется, уголовно противоправными следует считать такие их нарушения, которые обладают признаком общественной опасности. Не представляющие в силу малозначительности общественной опасности деяния, нарушающие законный порядок задержания, заключения под стражу и содержания под стражей, должны влечь дисциплинарную ответственность.

Для уяснения смысла ст. 301 УК РФ особое внимание следует обратить на изменения уголовно-процессуального законодательства, которые коснулись обсуждаемых вопросов. Кроме того, необходимо определить, какие положения нового УПК ограничивают право граждан на свободу и личную неприкосновенность при их задержании, заключении под стражу и содержании под стражей, так как именно их нарушение можно назвать уголовно противоправным.

<sup>30</sup> Лукашов А. И. Проблемы и перспективы развития уголовного законодательства Белоруссии // Уголовное право в XXI веке. Материалы Международной науч. конф. на юридическом факультете МГУ им. М. В. Ломоносова 31 мая — 1 июня 2001 г. М., 2002. С. 41.

<sup>31</sup> Фасхутдинова Н. Р. Уголовно-правовая охрана личной неприкосновенности от заведомо незаконных задержания, заключения под стражу и содержания под стражей. Автореф. дис. ... к. ю. н. Ростов н/Д, 1999. С. 5.

Сначала рассмотрим понятие так называемого «процессуального задержания», содержащееся в п. 11 ст. 5 УПК РФ. *Задержание подозреваемого* определяется там как мера процессуального принуждения, применяемая органом дознания, дознавателем, следователем или прокурором на срок не более 48 часов с момента фактического задержания лица по подозрению в совершении преступления. Из приведенного определения следует, что задержание следует считать незаконным, если оно произведено с превышением 48-часового срока задержания.<sup>32</sup> Законодательной новеллой здесь является срок задержания, продолжительность которого, во-первых, уменьшена и приведена в соответствие с Конституцией РФ, а во-вторых, начинает исчисляться с момента фактического лишения свободы передвижения лица, подозреваемого в совершении преступления, а не с момента составления протокола задержания, как это было ранее. Такое изменение УПК РФ, на наш взгляд, оказывает прямое влияние на уяснение смысла уголовно-правового запрета, поскольку уменьшен срок задержания (с 72 до 48 часов). Кроме того, уголовно наказуемым следует считать дальнейшее задержание подозреваемого при наличии оснований для его освобождения (ст. 94, 449 УПК РФ).

Подобные предложения высказывались и во время действия УК и УПК РСФСР 1960 г.<sup>33</sup> Вместе с тем встречались утверждения о том, что, «например, задержание особо опасного рецидивиста или иного преступника, совершившего тяжкое преступление, свыше трех суток (срок задержания, установленный УПК РСФСР 1960 г. — *Д. Г.*) без санкции прокурора не образует посяательства на правосудие, наоборот, его освобождение в данном случае противоречило бы задачам и функциям правосудия».<sup>34</sup> Нетрудно обнаружить в таком утверждении противопоставление функций правосудия, во-первых, правам и свободам человека, а во-вторых, важнейшим принципам действующего законодательства — равенства граждан перед законом и презумпции невиновности.

Уголовно противоправным является также безосновательное задержание, т. е. задержание, произведенное при отсутствии оснований, указанных в ст. 91 УПК РФ. Кроме того, может быть нарушен порядок задержания, описанный в ст. 92 УПК.

Действовавший ранее УПК РСФСР не предусматривал конкретного срока составления протокола задержания. Новый УПК говорит о необходимости составления такого протокола в срок не более 3 часов после доставления подозреваемого в орган дознания, к следователю или прокурору. Можно предположить, что данное законодательное нововведение должно повлиять на определение уголовной противоправности. Однако нарушение срока составления протокола само по себе не ограничивает право гражданина на свободу и личную неприкосновенность, так как подозреваемый уже задержан. Несмотря на то что в протоколе делается отметка о разъяснении подозреваемому его прав, отсрочка такого разъяснения не означает отказа в их предоставлении. Вместе с тем в каждом конкретном случае необходимо учитывать мотивы бездействия должностных лиц, обязанных составить протокол задержания. Кроме того, следователь или дознаватель

<sup>32</sup> Впрочем, в соответствии с п. 3 ч. 6 ст. 108 УПК РФ срок задержания может быть продлен постановлением судьи.

<sup>33</sup> *Власов И. С., Тяжкова И. М.* Ответственность за преступление против правосудия. М., 1968. С. 62; *Иванов В. Н.* Уголовно-правовая охрана прав граждан. М., 1967. С. 111.

<sup>34</sup> *Курс советского уголовного права. Часть особенная.* Т. 4. Л., 1978. С. 350.

может находиться на очередном выезде (или нескольких выездах, следующих друг за другом) на место происшествия в течение длительного времени. Поэтому, на наш взгляд, было бы вполне оправданным наложение только дисциплинарного взыскания на лицо, которое без уважительных на то причин превысило трехчасовой, но не превысило суточный срок составления протокола задержания.

Разумеется, общественной опасностью обладают деяния, выразившиеся в задержании подозреваемого без составления протокола задержания в течение 48 часов. Полагаем, что «даже при наличии оснований для задержания оно является уголовно противоправным, если проведено без составления протокола или без указаний в протоколе точного времени задержания с целью продления его срока».<sup>35</sup>

В заключение укажем, какие незаконные действия, направленные на заключение лица под стражу и содержание под стражей, следует считать уголовно противоправными в соответствии с ч. 2 ст. 301 УК РФ. Обязательность получения судебного решения при применении рассматриваемой меры пресечения — главное нововведение УПК РФ в данной сфере. Нарушение этой обязанности и заключение лица под стражу без судебного решения должно признаваться уголовно противоправным.

Проведенный нами анализ функциональных связей нормы уголовного законодательства, предусмотренной ст. 301 УК РФ, и измененных норм уголовно-процессуального законодательства, коснувшихся правового регулирования оснований и порядка задержания, заключения под стражу и содержания под стражей, позволяет сделать вывод, что указанные изменения повлияли лишь на уяснение смысла уголовно-правового запрета, но не повлекли необходимости изменения текста Уголовного закона. Сказанное позволяет сделать вывод об удачном формулировании текста ст. 301 УК РФ.

Все сказанное позволяет сделать вывод о том, что *функциональные связи охранительных норм уголовного и норм уголовно-процессуального законодательства* — это такие связи, при которых действие охранительных норм уголовного законодательства зависит от нарушения обязывающих или запрещающих и (или) от изменения любых регулятивных норм уголовно-процессуального законодательства.

<sup>35</sup> Стецовский Ю. И. Право на свободу и личную неприкосновенность. Нормы и действительность. М., 2000. С. 139.

## ОРГАНИЗОВАННАЯ ПРЕСТУПНАЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТЬ И ЕЕ ХАРАКТЕРИСТИКА КАК СОЦИАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЯВЛЕНИЯ

П. В. АГАПОВ



Агапов Павел Валерьевич,  
к. ю. н., доцент, начальник  
кафедры уголовного права  
Самарского филиала СЮИ МВД РФ

В последнее время появилось значительное число научных исследований, посвященных организованной преступной деятельности.<sup>1</sup> Однако содержание самого понятия «организованная преступная деятельность» либо вообще не подвергается анализу, либо рассматривается весьма поверхностно. Уяснение сущности данного явления позволит сделать важный вывод о необходимости закрепления организованной преступной деятельности в российском законодательстве.

Известно, что содержание понятия — это «отображенная в нашем сознании совокупность свойств, признаков и отношений предметов, ядром которой являются отличительные существенные свойства, признаки и отношения».<sup>2</sup> При изучении содержания понятия «организованная преступная деятельность» необходимо в первую очередь обратиться к базовому признаку — «деятельность».

В философской и психологической литературе под *деятельностью* понимают специфический вид человеческого поведения,<sup>3</sup> специфическую форму активного отношения к окружающему миру, содержание которой

© П. В. Агапов, 2009

<sup>1</sup> См., напр.: *Балеев С. А.* Ответственность за организационную преступную деятельность по российскому уголовному праву. Автореф. дис. ... к. ю. н. Казань, 2000; *Покаместов А. В.* Уголовно-правовая и криминологическая характеристика организатора преступной деятельности. Дис. ... к. ю. н. М., 2000; *Розенко С. В.* Формы и виды организованной преступной деятельности. Дис. ... к. ю. н. Екатеринбург, 2001; *Зайнутдинова А. Р.* Ответственность за организованные формы соучастия в преступлении по российскому уголовному праву. Автореф. дис. ... к. ю. н. Казань, 2001; *Феоктистов М. В.* Понятие организованной преступной деятельности и проблемы ответственности ее участников и организаторов // Преступность и коррупция: современные российские реалии / под ред. Н. А. Лопашенко. Саратов, 2003; *Сальникова С. В., Шульга В. И.* Социально-криминологическая и правовая оценка деятельности организованных группировок криминальной направленности. Владивосток, 2004; *Мондохонов А. Н.* Формы соучастия в преступной деятельности. Дис. ... к. ю. н. М., 2005.

<sup>2</sup> *Кондаков Н. И.* Логический словарь. М., 1971. С. 485.

<sup>3</sup> *Рубинштейн С. Л.* Основы общей психологии. Т. 2. М., 1989. С. 8.

составляет его целесообразное изменение и преобразование,<sup>4</sup> акт столкновения целеполагающей свободной воли субъекта, с одной стороны, и объективных закономерностей бытия — с другой.<sup>5</sup> Все ее многообразие можно свести к четырем основным взаимодействующим видам деятельности: преобразовательной, познавательной, ценностно-ориентационной, коммуникативной (общению).

Основанием деятельности является сознательно формулируемая цель, которая лежит вне деятельности, в сфере человеческих мотивов, идеалов и ценностей.<sup>6</sup> Побуждение к деятельности определенным мотивом обозначается как мотивация — процесс выбора между различными возможными действиями, регулирующий, направляющий деятельность на достижение специфических для данного мотива целевых состояний и поддерживающий эти состояния. Другими словами, мотивация определяет целенаправленность деятельности.<sup>7</sup>

В современных научных исследованиях можно встретить утверждение, что деятельность необходимо рассматривать как элемент более широкой системы, где исходным пунктом служит *деятельная личность*, т. е. где «социальный контекст не внеположен личности, а отображен в ее внутренней структуре».<sup>8</sup>

Деятельность представляет собой *систему*<sup>9</sup> действий, обусловленных общим мотивом всех и сознательным характером каждого действия, подчиненных цели и единому плану, строящемуся с учетом уже выполненного в предвидении будущих действий.<sup>10</sup>

Что же представляет собой преступная деятельность? Одним из первых авторов, обратившихся к ее научному определению, был А. Ф. Зелинский. Он пришел к выводу о том, что преступная деятельность не является неким дополнением пятым видом человеческой активности, а выступает либо извращением нормальной деятельности, либо осуществлением ее с нарушением правовых норм. Еще в 1978 г. он выступил за признание преступной деятельности самостоятельным уголовно-правовым понятием, а не синонимом преступления. По мнению А. Ф. Зелинского, это понятие можно определить как повторность аналогичных умышленных преступных посягательств, объединяемых единством мотивации, общей целью и тесной внутренней связью.<sup>11</sup>

Преступная деятельность может быть индивидуальной, т. е. совершаться одним лицом, а может являться результатом объединения совместных усилий нескольких лиц. Очевидно, что в последнем случае групповая или организованная преступная деятельность представляет гораздо

<sup>4</sup> *Философский энциклопедический словарь*. М., 1983. С. 151.

<sup>5</sup> *Новейший философский словарь*. 2-е изд. Минск, 2001. С. 311.

<sup>6</sup> *Каган М. С.* Человеческая деятельность (опыт системного анализа). М., 1974. С. 53 и сл.

<sup>7</sup> *Хекхаузен Х.* Мотивация и деятельность / под. ред. Б. М. Величковского. Т. 1. М., 1986. С. 34.

<sup>8</sup> *Леонтьев А. А.* Деятельный ум (Деятельность, Знак, Личность). М., 2001. С. 106.

<sup>9</sup> Значение слова «система» (от греч. *systema*) — «определенный порядок в расположении и связи действий; нечто целое, представляющее собой единство закономерно расположенных и находящихся во взаимной связи частей» (*Ожегов С. И., Шведова Н. Ю.* Толковый словарь русского языка. 4-е изд. М., 2003. С. 719).

<sup>10</sup> *Каган М. С.* Человеческая деятельность. С. 174–179.

<sup>11</sup> *Зелинский А. Ф.* Понятие «преступная деятельность» // Сов. государство и право. 1978. № 10. С. 98–100.

большую опасность для охраняемых уголовным законом интересов личности, общества и государства. Далее мы будем говорить об организованной преступной деятельности, имея в виду, что многие из рассмотренных характеристик присущи и индивидуально осуществляемой преступной деятельности.

Организованную преступную деятельность образует система взаимосвязанных преступных действий, объединенных общей целью. Как отмечает А. В. Покаместов, преступная деятельность выходит за рамки множественности преступлений, поскольку характеризуется более высокой степенью общественной опасности, представляет качественно иной уровень криминальной активности. Поэтому, по его мнению, преступную деятельность необходимо рассматривать как самостоятельную уголовно-правовую категорию, определяющую целостность включенных в ее сферу преступлений, обусловленных единой мотивацией и общей целью.<sup>12</sup>

Направление организованной преступной деятельности может отличаться узкой специализацией, строго определенными формами и методами криминальной активности (например, нападения исключительно на водителей такси или людей, занимающихся частным извозом), а может характеризоваться широким спектром преступных проявлений (например, криминальный бизнес чеченских группировок в Северо-Кавказском регионе, состоящий в похищении людей, заказных убийствах, терроризме и т. д.).<sup>13</sup>

Следует подчеркнуть, что организованную преступную деятельность образует система исключительно *преступных* действий, которые:

— предусмотрены в качестве преступления(ий) Особенной частью УК РФ;

— являются соучастием в преступлении(ях);

— представляют собой стадии совершения (приготовление, покушение) преступления(ий).

В связи с этим представляются спорными выводы Ю. А. Цветкова, который включает в структуру преступной деятельности (как цель создания преступной организации) помимо «основных» (являющихся целью создания преступной организации либо источником ее обогащения) и «побочных» преступлений (направленных на подготовку «основных» преступлений либо на сокрытие результатов их совершения и уклонение от ответственности) также формально правомерные (т. е. не подпадающие под объективные признаки какого-либо состава преступления, предусмотренного Особенной частью УК РФ) действия, направленные на создание преступной организации, сохранение ее структуры и обеспечение целенаправленного функционирования.<sup>14</sup>

На наш взгляд, организованную преступную деятельность не может образовывать совершение формально правомерных действий, если они не находятся в прямой причинной связи с «основными» и «побочными»

<sup>12</sup> Покаместов А. В. Ответственность за организацию преступной деятельности / под науч. ред. В. П. Ревина. М., 2002. С. 16–17.

<sup>13</sup> Некоторые исследователи, говоря об организованной преступной деятельности, обращают внимание на свойственный ей «специализированный криминальный профессионализм». — См. подробнее: Куликов В. И. Криминальный профессионализм как элемент организованной преступной деятельности // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 1992. № 5. С. 23–29.

<sup>14</sup> Цветков Ю. А. Преступное сообщество (преступная организация): уголовно-правовой и криминологический анализ. Дис. ... к. ю. н. М., 2004. С. 9.

преступными посягательствами. На таких позициях стоит современная судебно-следственная практика. Весьма показателен в этом отношении приговор Челябинского областного суда в отношении Морозова и других. Как следует из материалов уголовного дела, в начале 1990-х годов в Златоусте Морозов создал организацию («структуру»), которая состояла из нескольких блоков, включающих организованные группы молодежи, занимающиеся определенным видом деятельности в интересах всей организации и имеющие своего руководителя. В первый блок входили Морозов и лица из его окружения. Последние могли отдавать распоряжения нижестоящим и по аналогии с армией приравнивались к штабу. В блок номер два входили люди, занимающиеся экономическими вопросами малого бизнеса (ларьки, рынки, открытие новых фирм) в интересах организации и вопросах политического имиджа организатора и руководителя организации Морозова. За счет деятельности коммерческих структур формировались финансовые средства организации, которые вкладывались в банки, с их помощью создавались новые коммерческие структуры, обеспечивалось материальное благосостояние лиц, работавших в интересах «структуры», созданной Морозовым. В блок номер три входили группы, решающие вопросы силовыми методами. Таких групп было две: «фашики», возглавляемые Кобелевым и использующие нацистскую символику, и группа Черепанова. «Силовики» делились на рэкетиоров-боевиков и «чистильщиков» (убийц). Основной же деятельностью указанных группировок было вымогательство, примитивный рэкет. Рядовые члены блока номер три знали, что относятся к организации Морозова. Сам Морозов и его окружение из блока номер один имели отношения только к руководителями блока номер три и могли не знать рядовых членов. Имелась общая касса и кассы отдельных групп. Средства из общей кассы, находящиеся в руках наиболее приближенных к Морозову лиц, шли на приобретение автомашин, на развитие легального бизнеса, вкладывались в приобретение недвижимости. Организация имела определенную иерархическую структуру. Руководство осуществлялось Морозовым на основе строгой дисциплины. К лицам, входящим в организацию, предъявлялись требования лояльности и верности лично Морозову, беспрекословного выполнения его указаний, для чего использовалось психологическое воздействие в виде дачи клятвы. С 1996 г. в этой организации выделились новые функциональные направления, связанные с осуществлением благотворительной и политической деятельности на территории Челябинской области через образованный по инициативе Морозова фонд «Терек». Результатом этой деятельности явилось избрание Морозова депутатом Законодательного Собрания.

Судебная коллегия по уголовным делам Челябинского областного суда констатировала, что Морозовым была создана организация, имеющая разветвленные направления деятельности. Однако суд не согласился с мнением органов расследования и государственного обвинения о том, что организация Морозова являлась преступным сообществом, поскольку ее «структура» была создана для получения доходов от различного рода коммерческих организаций, контролирования деятельности администрации г. Златоуста, получения Морозовым политической власти путем создания и подъема его имиджа среди населения с помощью благотворительного фонда «Терек», выдвижения его как лидера этой организации в состав органа законодательной власти субъекта Российской Федерации. Перечисленные цели сами по себе не относятся к категории преступных. Как установлено судом, группа Кобелева, признанная бандой, являлась лишь одним из структурных подразделений организации Морозова. Цели

же создания и характер деятельности одного структурного подразделения организации нельзя автоматически распространять на цели создания и деятельности организации в целом. Поэтому по обвинению подсудимых по ст. 210 УК РФ суд постановил оправдательный приговор за отсутствием в их действиях состава данного преступления.<sup>15</sup>

Итак, организованная преступная деятельность характеризуется системой взаимосвязанных и образующих определенную целостность преступлений. «Организованная преступная деятельность, — пишет А. И. Долгова, — ...не случайный набор, а именно единая, целостная система организованных преступлений, между которыми существуют устойчивые взаимосвязи».<sup>16</sup> Правоммерно говорить о своеобразном преступном промысле, т. е. такой систематичной деятельности, которая является основным или значительным источником существования лиц, входящих в состав криминального объединения. Такого рода деятельность может определяться неопределенным множеством преступных посягательств (и иных правонарушений), осуществление которых входит в планы преступного формирования. Уголовно-наказуемые деяния, входящие в структуру преступной деятельности, могут быть однородными и разнородными. Необходимость их совершения предопределяется целями и задачами соответствующего формирования. Условно все посягательства, сопряженные с организованной преступной деятельностью, можно подразделить на два уровня. Первый уровень образуют преступления (назовем их *вспомогательными*), которые связаны с подготовкой к осуществлению базовой преступной деятельности и обеспечением сокрытия ее результатов. Это преступления, направленные на обеспечение преступной структуры оружием, транспортом, необходимыми техническими средствами, документами, легализацию (отмывание) преступных доходов, а также деяния, имеющие своей целью противодействие правоохранительным и судебным органам. Второй уровень составляют *основные* (базовые) преступления, т. е. те общественно опасные деяния, совершение которых является основной задачей деятельности преступного объединения, или выступающие основным средством достижения желаемого материального благополучия, политических и иных целей его участников.

Возникает вопрос: можно ли говорить об организованной преступной деятельности при совершении одного, но требующего длительной подготовки преступления (например, вооруженного мятежа)? На первый взгляд, осуществление одного преступного посягательства нельзя признавать преступной *деятельностью*, в силу уже указанных причин. Но, с другой стороны, длительная и интенсивная подготовка преступления предполагает совершение иных, как мы их обозначили «вспомогательных», посягательств (приготовление или покушение на их совершение). Например, как свидетельствуют материалы судебной практики, организация вооруженного мятежа (ст. 279 УК РФ) сопряжена с такими «сопутствующими» деяниями, как приобретение оружия и боеприпасов, вербовка и обучение наемников, создание организационных структур для вооруженных действий.<sup>17</sup> Последние, в свою очередь, образуют самостоятельные

<sup>15</sup> Архив Челябинского областного суда. Дело № 2-2/2001 за 2001 г.

<sup>16</sup> Долгова А. И. Преступность, ее организованность и криминальное общество. М., 2003. С. 286.

<sup>17</sup> См., напр.: Архив Верховного суда Республики Дагестан. Дело № 2-100/01 за 2001 г.

составы преступлений. Эти обстоятельства в полной мере соответствуют отмеченным характеристикам организованной преступной деятельности.

Большинство исследователей не без оснований рассматривают понятие преступной деятельности через призму соучастия. «Соучастием в преступной деятельности, — пишет С. А. Балеев, — признается объединение двух или более лиц (субъектов преступления), которые совместными усилиями создают условия для реализации ими преступных планов». Данное положение автор считает необходимым предусмотреть непосредственно в Уголовном законе (ст. 32 УК РФ — «Соучастие в преступлении и преступной деятельности»<sup>18</sup>).

Дополнить ч. 2 ст. 32 УК РФ понятием преступной деятельности предлагает и А. Р. Зайнутдинова: «Под преступной деятельностью понимаются конкретные действия отдельных соучастников, в первую очередь организаторов, которые сами непосредственного участия в приготовлении к преступлению или в его совершении не принимают, а создают лишь соответствующие предпосылки для функционирования преступного объединения»<sup>19</sup>.

А. В. Покаместов также считает правомерным выделение в УК РФ (ч. 2 ст. 32) понятия соучастия в преступной деятельности как предумышленно-го объединения трех и более лиц для регулярного совершения умышленных взаимосвязанных преступлений как этапов достижения общей цели преступной деятельности. По его мнению, ответственность соучастников преступной деятельности наступает не за преступления вообще, а на основе объективно складывающейся взаимосвязи между соучастниками взаимосвязанных преступлений. В этом смысле для участников данная преступная деятельность представляется общей (не в смысле ее границ, а в смысле отношения к ней всех участников). Основанием уголовной ответственности за преступную деятельность служат составы образующих ее отдельных преступлений<sup>20</sup>.

Все исследователи правы в том, что осмысление сущности организованной преступной деятельности невозможно без обращения к институту соучастия в преступлении. На наш взгляд, общетеоретические положения данного института в полном объеме распространяются на уголовно-правовую оценку всех без исключения организованных преступных форм, вне зависимости от того, в Общей или в Особенной части УК РФ они закреплены. Только такой системный подход к общей теории соучастия в преступлении является ключом к всестороннему и объективному познанию организованной преступной деятельности. Как справедливо отмечается в литературе, современное уголовное право должно ориентироваться на дискретный характер института соучастия. Сам факт установления особых случаев уголовной ответственности за сложные формы соучастия в нормах Особенной части УК РФ (ст. 208–210, 239, 282<sup>1</sup>) позволяет констатировать расширение функций данного правового института<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Балеев С. А. Ответственность за организационную преступную деятельность по российскому уголовному праву. С. 12.

<sup>19</sup> Зайнутдинова А. Р. Ответственность за организованные формы соучастия в преступлении по российскому уголовному праву. С. 12.

<sup>20</sup> Покаместов А. В. Ответственность за организацию преступной деятельности. С. 17–19, 113.

<sup>21</sup> Кубов Р. Х. Особенности квалификации сложных форм соучастия. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 2003. С. 14.

Таким образом, институт соучастия является не только теоретическим фундаментом для определения форм организованной преступной деятельности, но и формально-юридической основой для криминализации деяний, выражающихся в сложных формах группового преступного взаимодействия. Вряд ли в связи с этим можно согласиться с выводами о необходимости решения существующих проблем в практике борьбы с организованными формами преступной деятельности путем установления, наряду с имеющимся институтом соучастия, нового уголовно-правового института организованности.<sup>22</sup> Так, С. В. Сальникова и В. И. Шульга ставят вопрос о выходе за рамки традиционного института соучастия в отечественном уголовном праве при оценке деятельности организованных преступных структур, принципиально отличающейся от совместного совершения преступления группой лиц в традиционном ее понимании.<sup>23</sup>

В доктрине высказываются и иные мнения о возможной реорганизации института соучастия в преступлении в институт «совместного преступного деяния»<sup>24</sup>, «стечения лиц при совершении преступления»<sup>25</sup>. На наш взгляд, реализация данных предложений на законодательном уровне лишена практической целесообразности. В нормах главы 7 УК РФ нашла отражение повышенная общественная опасность действующих сообществ преступников, и именно этим обстоятельством обосновывается существование данного уголовно-правового института. Как отмечается в специальной литературе, соучастие более опасно тем, что в условиях взаимной спайки ослабляются сдерживающие факторы человеческого поведения, быстрее назревает готовность к решительным антиобщественным действиям; совместное участие в преступлении нескольких лиц позволяет более тщательно маскировать преступную деятельность, что нередко затрудняет работу правоохранительных органов по ее своевременному разоблачению и пресечению.<sup>26</sup> Таким образом, при соучастии происходит не простое сложение усилий, а интеграция действий соучастников в одно целое, позволяющая достичь качественно иных результатов.<sup>27</sup> В иных же случаях «совместного преступного деяния» (например, при неосторожном сопричинении) отсутствует объективно выраженная криминальная направленность в действиях (бездействии) субъектов уголовного правонарушения, а следовательно, и объективная необходимость в более строгой ответственности.

В действующем УК РФ представлены также виды преступлений, при формулировании которых в той или иной степени отражаются организационные усилия лиц, однако признаки группы лиц и, соответственно, ее организованности (устойчивости, сплоченности) не являются

<sup>22</sup> См., напр.: Сальникова С. В., Шульга В. И. Социально-криминологическая и правовая оценка деятельности организованных группировок криминальной направленности. С. 4.

<sup>23</sup> Там же.

<sup>24</sup> Безбородов Д. А. Методологические основы учения об уголовной ответственности за совместное преступное деяние. Дис. ... д. ю. н. СПб., 2007. С. 10.

<sup>25</sup> Плотников А. И. Некоторые проблемы развития уголовного законодательства // Преступность и уголовное законодательство: реалии, тенденции, взаимовлияние / под ред. Н. А. Лопашенко. Саратов, 2004. С. 132–136.

<sup>26</sup> Галиакбаров Р. Р. Борьба с групповыми преступлениями. Вопросы квалификации. Краснодар, 2000. С. 8; Энциклопедия уголовного права. Т. 6. Соучастие в преступлении. СПб., 2007. С. 3.

<sup>27</sup> Арутюнов А. А. Соучастие в преступлении по уголовному праву Российской Федерации. Автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2006. С. 13.

конститутивными. Примером такого преступления являются массовые беспорядки (ст. 212 УК). С одной стороны, как «типичное преступление толпы»<sup>28</sup> оно может и не характеризоваться всеми перечисленными признаками: зачастую массовые беспорядки возникают стихийно, без предварительного сговора и заранее состоявшегося объединения участников. С другой стороны, массовые беспорядки иногда представляют хорошо спланированную и организованную преступную акцию (например, беспорядки, организованные молодыми экстремистами в октябре 2001 г. возле станции метро «Царицыно» в Москве).

В ряде случаев фиксация в статье Особенной части УК РФ объективного признака «организация»<sup>29</sup> презюмирует так называемое необходимое соучастие. К таким преступлениям, объективная сторона которых предполагает организационные усилия нескольких субъектов, можно отнести, например, вооруженный мятеж (ст. 279 УК), организацию деятельности экстремистской организации (ст. 282<sup>2</sup> УК).

Все вышесказанное позволяет определить организованную преступную деятельность как систему взаимосвязанных, образующих определенную целостность деяний, предусмотренных Особенной частью УК РФ, совершаемых организованными преступными формированиями и (или) их участниками. Думается, что это понятие необходимо предусмотреть в специальном федеральном законе, в котором бы определялся комплекс мер политического, социально-экономического, информационно-пропагандистского, организационного, правового и иного характера по противодействию организованной преступности. В этом же нормативном правовом акте следует дать толкование и других терминов, которыми оперирует законодатель в нормах УК РФ об ответственности за организованную преступную деятельность.

---

<sup>28</sup> Герцензон А. А., Меньшагин В. Д., Ошерович Б. С., Пионтковский А. А. Государственные преступления. М., 1938. С. 125.

<sup>29</sup> В социальной философии организация (от позднелат. *organizmo* — «сообщаю стройный вид, устраиваю») рассматривается как одно из ключевых понятий системного подхода. Применительно к социальным объектам термин «организация» употребляется в трех значениях: 1) как элемент социальной структуры — искусственное объединение институционального характера, занимающее определенное место в обществе и предназначенное для выполнения четко очерченных функций (в этом смысле социальная организация выступает как социальный институт с известным статусом и рассматривается как автономный объект — система отношений, объединяющая некоторое множество индивидов для достижения определенной цели); 2) вид деятельности — процесс, связанный с целенаправленным воздействием на объект через констатацию соответствующих функций элементов системы, упорядочивание связей, дефиницию целей и задач и т. д.; 3) степень внутренней упорядоченности, согласованности частей целого — определенная структура, строение, тип связей как способ соединения элементов в систему и т. д. (*Новейший философский словарь* / сост. А. А. Грищанов. Минск, 1998. С. 652; *Российская социологическая энциклопедия* / под общ. ред. Г. В. Осипова. М., 1999. С. 346; *Современная философия. Словарь и хрестоматия*. Ростов/Д., 1996. С. 55).

## ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ГРАЖДАНСКОГО ИСКА В УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

А. В. МАРЧЕНКО



Марченко  
Андрей Васильевич,  
аспирант кафедры уголовного  
процесса и криминалистики  
юридического факультета СПбГУ

Впервые нормы института гражданского иска в уголовном процессе были законодательно закреплены в Уставе уголовного судопроизводства 1864 г. С тех пор и по настоящий день указанный институт является предметом пристального внимания ученых-процессуалистов. А. Ф. Кони в 1890 г. отметил, что гражданский иск является «одной из наиболее спорных и наименее разработанных частей... уголовного процесса». <sup>1</sup> К схожему выводу пришел в 1960 г. Н. Н. Полянский, анализируя состояние науки советского уголовного процесса. <sup>2</sup> И сегодня отдельные проблемы института гражданского иска в уголовном процессе не утратили своей актуальности.

Наиболее острой, значимой и дискуссионной проблемой, связанной с институтом гражданского иска в уголовном процессе, остается определение правовой природы рассматриваемого института и его отраслевой принадлежности. Не внес ясности в данный вопрос и Уголовно-процессуальный кодекс РФ. Хотя многие положения гражданского иска в уголовном процессе нашли в УПК свое отражение, позиция законодателя по вопросу отраслевой принадлежности рассматриваемого института представляется совершенно непоследовательной и порождает новые дискуссии в научных кругах.

Уяснение правовой природы гражданского иска в уголовном процессе невозможно без рассмотрения понятия и содержания иска, без определения отраслевой принадлежности этого института. При этом справедливым представляется замечание профессора В. Г. Даева о том, что «гражданский иск в качестве основного способа защиты субъективных гражданских прав является единым правовым понятием как для гражданского, так и для уголовного процесса». <sup>3</sup>

© А. В. Марченко, 2009

<sup>1</sup> Юридическая летопись. 1891. № 1. С. 40.

<sup>2</sup> Полянский Н. Н. Очерк развития советской науки уголовного процесса. М., 1960. С. 207.

<sup>3</sup> Даев В. Г. Современные проблемы гражданского иска в уголовном процессе. Л., 1972. С. 5.

Определением сущности гражданского иска занимается наука гражданского процессуального права. Можно выделить три основные концепции соотношения процессуальной и материально-правовой составляющих гражданского иска.

Сторонники первой концепции (В. П. Чапурский, С. Н. Абрамов) предполагают существование двух понятий иска. Под иском в процессуальном смысле понимается обращенное в суд требование (как способ защиты нарушенных прав и законных интересов); под иском в материальном смысле — материально-правовое требование к ответчику.<sup>4</sup> Характеру материально-правовых требований не придается процессуальное значение, рассмотрение понятия «иска в материальном смысле» предоставляется цивилистам.

Представители следующей точки зрения предполагают наличие в едином понятии иска двух сторон: процессуальной (требование к суду о защите нарушенных прав и законных интересов) и материально-правовой (требование к ответчику).<sup>5</sup> При этом А. А. Добровольский выдвигает материально-правовую сторону иска на первый план, а процессуальную считает производной.<sup>6</sup> Сторонники данной концепции придают процессуальное значение материально-правовому требованию истца к ответчику. Результатом такого подхода к понятию гражданского иска является вывод о пограничном, смежном положении данного института, т. е. о его межотраслевой природе.

Авторы третьей концепции определяют иск как понятие и институт гражданского процессуального права, считая невозможным существование иска как двойственного материально-процессуального института. Иск — обращение юридически заинтересованного или иного управомоченного лица к суду с просьбой о рассмотрении гражданско-правового спора и защите гражданских прав или охраняемых законом интересов. Сторонники данной точки зрения не отрицают связь иска с материальным правом, однако полагают, что иск — самостоятельный процессуальный правовой институт, а значит, нельзя смешивать право на иск с материальным субъективным правом, в защиту которого подается иск.<sup>7</sup>

Мы в большей степени разделяем мнение представителей третьей концепции. На наш взгляд, не вызывает сомнения наличие у искового требования материально-правового содержания, но только облачение этого требования в процессуальную форму является основанием возникновения процессуальных отношений. Иск не существует вне процесса, следовательно, правовая природа иска определяется строго установленной процессуальной формой обращения к суду. Характер материально-правового содержания искового требования не меняет процессуальной природы

<sup>4</sup> Абрамов С. Н. Советский гражданский процесс. М., 1952. С. 153–154.

<sup>5</sup> Клейнман А. Ф. 1) Основные вопросы учения об иске в советском гражданском процессе. М., 1959. С. 5–22; 2) Советский гражданский процесс. М., 1964. С. 114–115; Добровольский А. А. Исковая форма защиты права (основные вопросы учения об иске). М., 1965. С. 23–26.

<sup>6</sup> Добровольский А. А. Исковая форма защиты права... С. 25.

<sup>7</sup> Юдельсон К. С. Советский гражданский процесс. М., 1956. С. 199–200; Гурвич М. А. Советское гражданское процессуальное право. М., 1964. С. 154; Советский гражданский процесс / под ред. К. И. Комиссарова и В. М. Семенова. М., 1988. С. 231; Комиссаров К. И. Некоторые аспекты соотношения гражданского и гражданского процессуального права // Проблемы гражданско-правовой ответственности и защиты гражданских прав. Сб. учен. трудов СЮИ. Вып. 27. Свердловск, 1973. С. 81.

иска. Подчеркнем: институт гражданского иска регулирует непосредственно не материально-правовые отношения, а лишь поведение участников судопроизводства по поводу этих отношений; таким образом, институт иска может быть только процессуальным правовым институтом.

Возвращаясь к рассмотрению отраслевой принадлежности и природы гражданского иска в уголовном процессе, отметим его недостаточное законодательное регулирование в рамках действующего УПК РФ. В связи с этим вопрос определения природы природы рассматриваемого института и его отраслевой принадлежности приобретает особое значение — как при применении действующих правовых норм, так и при разработке рекомендаций по совершенствованию уголовно-процессуального законодательства.

В научной литературе имеются три основные позиции по проблеме отраслевой принадлежности и правовой природы гражданского иска в уголовном процессе. Первая: гражданский иск в уголовном процессе является одновременно институтом как гражданского, так и уголовного процессуального права, т. е. межотраслевым институтом.<sup>8</sup> Вторая: гражданский иск в уголовном процессе является самостоятельным уголовно-процессуальным правовым институтом.<sup>9</sup> Третья: гражданский иск в уголовном процессе является правовым институтом гражданского процессуального права, применяемым для регулирования при определенных условиях некоторых имущественных отношений в сфере уголовного судопроизводства методами гражданского процессуального права.<sup>10</sup>

В настоящее время число сторонников первой точки зрения существенно сократилось. Это связано с тем, что признание возможности существования межотраслевых институтов, по справедливому замечанию В. Г. Даева, «приводит, в конечном счете, к отрицанию понятия системы права как единства всей совокупности юридических норм и подразделения их на отдельные отрасли».<sup>11</sup> В теории права отрасли принято отграничивать друг от друга по предмету и методу регулирования. Правовой институт — это обособленная часть отрасли права, включающая совокупность правовых норм, регулирующих однородные и взаимосвязанные отношения внутри данной отрасли. Из сказанного с неизбежностью следует, что правовой институт, являясь частью одной отрасли права, не может одновременно входить в состав другой отрасли.

Наиболее распространенной на сегодняшний день является вторая точка зрения, сторонники которой рассматривают гражданский иск в уголовном процессе в качестве института уголовно-процессуального права.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Советский гражданский процесс / под ред. А. А. Добровольского и А. Ф. Клеймана. М., 1970. С. 121.

<sup>9</sup> Даев В. Г. Современные проблемы гражданского иска в уголовном процессе. Л., 1972. С. 8.

<sup>10</sup> Фурман И. С. Гражданский иск в уголовном деле в советском процессе. Автореф. дис. ... к. ю. н. М., 1955. С. 4.

<sup>11</sup> Даев В. Г. Современные проблемы гражданского иска в уголовном процессе. С. 7.

<sup>12</sup> См., напр.: Владимирова В. В. Компенсация морального вреда — мера реабилитации потерпевшего в российском уголовном процессе. М., 2007. С. 99–100; Кудин Ф. М. Сущность и структура предмета уголовно-процессуального регулирования // Материалы юбилейной Всероссийской научной конференции «Два века юридической науки и образования в Казанском университете». Казань, 2004. С. 380–385; Лившиц Ю., Тимошенко А. Назначение института гражданского иска в уголовном процессе // Российская юстиция. 2002. № 6. С. 43–45.

Так, В. В. Владимирова отмечает: «природа гражданского иска как реабилитационного института вытекает из вреда, причиненного преступлением, а потому гражданский иск является институтом уголовного процесса...».<sup>13</sup> Вряд ли можно согласиться с данным суждением. Преступление, являясь противоправным деянием, нарушающим объективное право, что является основанием применения мер уголовной ответственности, в ряде случаев одновременно нарушает субъективные права граждан и юридических лиц. В этих случаях в результате одного противоправного посягательства возникают два, а иногда и более, правонарушения. Среди этих правонарушений преступление является наиболее общественно опасным, именно поэтому уголовно-процессуальная деятельность в первую очередь направлена на привлечение к уголовной ответственности лица, совершившего преступление. Одновременно преступление нарушает гражданские, семейные или иные права, а значит, у потерпевшего появляется право на защиту нарушенного права и возмещение причиненного вреда. Российское законодательство предоставляет лицу, которому причинен вред преступлением, самостоятельно выбрать один из двух способов защиты его прав: иск в порядке гражданского судопроизводства и гражданский иск в уголовном процессе. Возможность возмещения вреда, причиненного преступлением, в порядке гражданского судопроизводства противоречит логике рассуждений В. В. Владимировой.

Наиболее аргументированной представляется позиция В. Г. Даева, который определяет правовую природу гражданского иска в уголовном процессе путем анализа предмета и метода регулирования, свойственных уголовному и гражданскому процессу как отраслям права. В результате он приходит к заключению, что «гражданский иск в уголовном процессе является комплексным уголовно-процессуальным институтом».<sup>14</sup> Однако в своих рассуждениях профессор Даев не уделяет внимания некоторым серьезным аспектам.

Уголовно-процессуальное право представляет собой совокупность правовых норм, направленных на регулирование правовых отношений, возникающих в сфере уголовно-процессуальной деятельности при возбуждении, расследовании, рассмотрении и разрешении уголовных дел. Уголовно-процессуальная деятельность выступает предметом правового регулирования, являясь, в сущности, деятельностью по осуществлению правосудия по уголовным делам.<sup>15</sup> Гражданское процессуальное право есть не что иное, как совокупность правовых норм, регулирующих правовые отношения в сфере гражданской процессуальной деятельности при разрешении и рассмотрении гражданских дел. Здесь предметом правового регулирования выступает гражданская процессуальная деятельность — деятельность по осуществлению правосудия по гражданским делам. Таким образом, общим для предмета гражданского процессуального и уголовно-процессуального права является осуществление правосудия.

Развивая данный вывод, отметим, что «именно то обстоятельство, что в порядке уголовного процесса, как и в порядке гражданского процесса, осуществляется одна и та же государственная деятельность, именно

<sup>13</sup> Владимирова В. В. Компенсация морального вреда... С. 100.

<sup>14</sup> Даев В. Г. Современные проблемы гражданского иска в уголовном процессе. С. 13–14.

<sup>15</sup> В целях сравнения уголовно-процессуальной и гражданской процессуальной деятельности здесь не упоминается о деятельности в рамках досудебных стадий уголовного процесса.

правосудие, и притом частью в одинаковых, частью в сходных формах, делает возможным постановление решения по гражданскому иску не только в гражданском, но и в уголовном процессе».<sup>16</sup>

На основании изложенного можно охарактеризовать институт гражданского иска в уголовном процессе как «соединенный процесс»,<sup>17</sup> т. е. деятельность по осуществлению правосудия по уголовному и гражданскому делу одновременно. Участники гражданского судопроизводства становятся одновременно участниками уголовного процесса, и наоборот. В данном случае нельзя говорить о «разрешении гражданского дела» в обычном смысле этого выражения, как и отрицать, что после подачи гражданского иска участники уголовного процесса начинают осуществлять гражданскую процессуальную деятельность.

Итак, нами определены предметы уголовно-процессуального и гражданского процессуального права, установлена их взаимосвязь. Институт гражданского иска в уголовном процессе есть не что иное, как совокупность норм, регулирующих гражданскую процессуальную деятельность по защите прав, нарушенных преступлением, осуществляемую в рамках уголовного судопроизводства.

Переходя к рассмотрению метода правового регулирования института гражданского иска в уголовном процессе, отметим тесную взаимосвязь различных групп общественных отношений, возникающих в «соединенном процессе». Такая взаимосвязь разнородных отношений порождает необходимость их комплексного регулирования со стороны различных отраслей права. При этом возникает органическая связь близких отраслей права, обусловленная кумуляцией методов, свойственных данным отраслям. Комплексное регулирование взаимосвязанных общественных отношений с неизбежностью приводит к появлению комплексных правовых институтов.<sup>18</sup>

Регулируя отношения по осуществлению гражданской процессуальной деятельности в рамках уголовного судопроизводства, институт гражданского иска в уголовном процессе по предмету правового регулирования является гражданским процессуальным институтом. Поскольку рассмотрение гражданского дела осуществляется в рамках уголовного процесса, метод правового регулирования рассматриваемого института приобретает характерные для уголовного судопроизводства черты публичности. Известное предметное единство в данном случае заключается в производном характере процессуальных отношений по гражданскому иску в гражданском и уголовном процессах от материально-правовых отношений и выражается в процессуальной форме реализации этих отношений.

Одновременное рассмотрение гражданского иска и уголовного дела (осуществление «соединенного процесса») приводит к появлению у института гражданского иска в уголовном процессе особого метода правового

<sup>16</sup> *Проблемы судебного права* / под ред. В. М. Савицкого. М., 1983. С. 17

<sup>17</sup> См. напр.: *Квачевский А.* Об уголовном преследовании, дознании и предварительном исследовании преступлений по Судебным уставам 1864 г. СПб., 1966. С. 53, 58; *Проблемы судебного права* / под ред. В. М. Савицкого. М., 1983; *Розин Н. Н.* Уголовное судопроизводство. Пг., 1916. С. 256–264; *Тальберг Д.* Гражданский иск в уголовном суде или соединенный процесс. Киев, 1889.

<sup>18</sup> Комплексный правовой институт — это «институт данной отрасли права, который в силу известного предметного единства включает некоторые элементы иного метода правового регулирования» (*Алексеев С. С.* Общая теория социалистического права. Вып. 1. Свердловск, 1963. С. 231).

регулирования, основанного на принципе диспозитивности, но с неизбежностью включающего черты публичности.

Сторонники отнесения рассматриваемого института к уголовному процессуальному праву ссылаются на появление у гражданского иска в уголовном процессе существенных особенностей, изменяющих его правовую природу.<sup>19</sup> Все эти особенности можно свести к одному источнику: гражданский иск в уголовном процессе играет подчиненную обвинению роль. Именно такое соотношение иска и обвинения является причиной появления у рассматриваемого института ярко выраженных черт публичности.

Отметим справедливое, на наш взгляд, замечание А. Г. Мазалова: «предъявление, доказывание, рассмотрение и разрешение гражданского иска в уголовном процессе осуществляется с рядом особенностей. Однако они не меняют юридической природы иска: он и в этом случае остается обычным иском о присуждении».<sup>20</sup>

Анализ уголовно-процессуального законодательства и научной литературы позволил выделить наиболее существенные особенности гражданского иска в уголовном процессе.

1. *Подсудность гражданского иска определяется подсудностью уголовного дела, в котором он предъявлен (ч. 10 ст. 31 УПК РФ).* Очевидно, что подобное регулирование подсудности гражданского иска в уголовном процессе является единственно возможным, поскольку основная задача суда — разрешение уголовного дела, рассмотрение же иска — второстепенная. Это законодательное положение не имеет никакого влияния на природу гражданского иска, а существует исключительно из практических соображений.

2. *Требования к форме и содержанию искового заявления.* УПК РФ, в отличие от ГПК РФ, не содержит строгих требований к форме и содержанию предъявляемого иска. Гражданский иск в уголовном процессе может быть заявлен как в письменной, так и в устной форме. Для содержания установлено только одно обязательное положение: иск должен содержать требование о возмещении вреда, причиненного преступлением (ч. 1 ст. 41 УПК РФ). Более того, УПК РФ не содержит термина «исковое заявление», свойственного для гражданского процесса.

Означает ли сказанное, что природа гражданского иска изменяется в уголовном процессе? По-видимому, нет. Обращение материально-правового требования (возмещение причиненного преступлением вреда) в процессуальную форму (предъявление требования суду, следователю, дознавателю) есть не что иное, как предъявление иска в уголовном процессе. Иск не меняет своей природы, это по-прежнему обращение юридически управомоченного лица к суду с просьбой о защите гражданских прав или охраняемых законом интересов.

3. *Гражданский истец и гражданский ответчик с момента принятия соответствующего решения судом, следователем, дознавателем становятся сторонами в уголовном процессе и участниками разрешения гражданского иска (ч. 46–47 ст. 5, ч. 1 ст. 44, ч. 1 ст. 54 УПК РФ).* При рассмотрении данной особенности гражданского иска в уголовном процессе уместно подчеркнуть два обстоятельства.

<sup>19</sup> См., напр.: Лебедева Н. Н., Лобачев С. В. Гражданский иск как способ возмещения вреда, причиненного преступлением // Адвокатская практика. 2005. № 2. С. 41–45; Лившиц Ю., Тимошенко А. Назначение института гражданского иска в уголовном процессе // Российская юстиция. 2002. № 6. С. 43–45.

<sup>20</sup> Мазалов А. Г. Гражданский иск в уголовном процессе. М., 1977. С. 4.

Во-первых, как и в гражданском процессе (определение суда о принятии искового заявления к производству), права и обязанности сторон возникают после вынесения уполномоченным органом в установленном порядке соответствующего решения. То, что в уголовном процессе необходимо вынесение отдельно двух постановлений (определений) о признании гражданским истцом и о привлечении в качестве гражданского ответчика, не влияет на природу гражданского иска, а связано с принятым в уголовном процессе особым порядком привлечения к участию в уголовном производстве.

Во-вторых, с момента привлечения гражданского истца и гражданского ответчика к участию в уголовном процессе они одновременно становятся участниками разрешения гражданского дела, так как с момента принятия судом, следователем, дознавателем решения о признании лица в качестве гражданского истца возникает «соединенный процесс». Однако такое положение гражданского истца и ответчика не отражается на природе заявленного иска, оно обусловлено одновременным рассмотрением и иска, и обвинения.

4. *Недопустимость встречного иска в уголовном процессе (кроме дел частного обвинения).* Данная особенность рассмотрения гражданского иска в уголовном процессе не имеет отношения к самой природе иска, а обусловлена ограждением обвинения от необоснованного обременения и осложнения. «Как практическими соображениями продиктовано допущение гражданского иска в уголовном процессе, так этого же рода соображениями обусловлено недопущение встречного иска в уголовном процессе».<sup>21</sup>

5. *УПК РФ предоставляет гражданскому истцу и ответчику право собирать и представлять суду доказательства, но не содержит права исследовать доказательства (п. 2 ч. 4 ст. 44 и п. 7 ч. 2 ст. 54 УПК).* Право на участие в исследовании доказательств является одной из основ разрешения иска в рамках гражданского судопроизводства. На наш взгляд, отсутствие права на исследование доказательств в ст. 44 и 54 УПК РФ является существенным пробелом уголовно-процессуального законодательства, однако в действительности это не означает реального отсутствия у указанных субъектов такого права. В соответствии с п. 46–47 ст. 5 УПК РФ гражданский истец и ответчик являются соответственно сторонами защиты и обвинения по уголовному делу, а следовательно, на основании ст. 244 УПК РФ, вправе участвовать в исследовании доказательств.

6. *В силу ст. 73 УПК РФ характер и размер вреда, причиненного преступлением, подлежит доказыванию в порядке уголовного судопроизводства, а значит, доказывание обстоятельств гражданского иска в уголовном процессе является обязанностью дознавателя, следователя, прокурора и суда (ч. 1 ст. 86 УПК РФ).* В соответствии со ст. 56 ГПК РФ «каждая сторона должна доказать те обстоятельства, на которые она ссылается как на основания своих требований и возражений, если иное не предусмотрено федеральным законом».<sup>22</sup> УПК РФ (являясь федеральным законом) при заявлении гражданского иска в уголовном процессе освобождает гражданского истца и ответчика от бремени доказывания. Гражданский истец и ответчик в уголовном процессе вправе, но не обязаны осуществлять

<sup>21</sup> Проблемы судебного права. С. 113.

<sup>22</sup> Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532 (в ред. от 22 июля 2008 г.).

доказывание обстоятельств, на которые они ссылаются. Обязанность по доказыванию обстоятельств гражданского иска в соответствии со ст. 73 и 86 УПК РФ возлагается на дознавателя, следователя, прокурора и суд. Данная особенность является наиболее существенной для гражданского иска в уголовном процессе, но отнюдь не означает изменения его правовой природы.

Позиция законодателя по вопросу доказывания обстоятельств гражданского иска в уголовном процессе является единственно верной. С одной стороны, размер вреда, причиненного преступлением, является предпосылкой заявления гражданского иска в уголовном процессе и подлежит доказыванию, с другой — входит в предмет доказывания по уголовному делу (ст. 73 УПК РФ). Поскольку гражданский иск в уголовном процессе имеет подчиненное к обвинению отношение, доказывание причиненного преступлением вреда (а следовательно, и всего гражданского иска) должно осуществляться по правилам уголовного процесса. Применение правил гражданского судопроизводства с неизбежностью отрицательно сказалось бы на всесторонности, полноте и объективности исследования всех обстоятельств уголовного дела.

Освобождение гражданского истца и ответчика от обязанности доказывания обстоятельств, на которые они ссылаются, логически вытекает из необходимости одновременного осуществления двух производств — по обвинению и по иску. Иное положение дел противоречило бы практическим соображениям существования рассматриваемого института, т. е. усложняло и затрудняло бы уголовное судопроизводство.

Кроме того, «производство по гражданскому иску не сводится только к его доказыванию»,<sup>23</sup> поэтому не следует делать вывод об изменении правовой природы гражданского иска, заявляемого в уголовном процессе, исключительно на основании иного порядка доказывания.

Рассмотрение отдельных особенностей гражданского иска в уголовном судопроизводстве можно завершить утверждением В. М. Савицкого: гражданский иск в уголовном процессе «действительно приобретает некоторые новые черты, которые, не изменяя его юридической природы, придают началу публичности в нем более резкое выражение».<sup>24</sup>

Анализируя правовую природу гражданского иска в уголовном процессе, нельзя не обратить внимание на следующее законодательное положение: ч. 1 ст. 54 УПК РФ устанавливает, что «в качестве гражданского ответчика может быть привлечено физическое или юридическое лицо, которое в соответствии с Гражданским кодексом Российской Федерации несет ответственность за вред, причиненный преступлением. О привлечении физического или юридического лица в качестве гражданского ответчика дознаватель, следователь или судья выносит постановление, а суд — определение».<sup>25</sup> С указанной правовой нормой связан весьма дискуссионный вопрос науки уголовного процесса: следует ли специальным постановлением (определением) привлечь обвиняемого (самостоятельно несущего материальную ответственность за свои действия) в качестве гражданского ответчика?

<sup>23</sup> Пашкевич П. Ф. Процессуальный закон и эффективность уголовного судопроизводства. М., 1984. С. 25.

<sup>24</sup> Проблемы судебного права. С. 112.

<sup>25</sup> Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 52 (ч. 1). Ст. 4921 (в ред. от 11 июня 2008 г.).

В соответствии с исследованием В. В. Владимировой,<sup>26</sup> в 88 % случаев при рассмотрении уголовных дел, по которым заявлен гражданский иск, постановление (определение) о привлечении обвиняемого в качестве гражданского ответчика не выносилось. Поддерживая позицию В. В. Владимировой, мы считаем, что невынесение такого постановления является существенным нарушением процессуального законодательства. Президиум Верховного Суда РФ расценивает данное нарушение как основание для отмены приговора в части гражданского иска.<sup>27</sup>

В науке уголовного процесса можно выделить две диаметрально противоположные позиции по рассматриваемому вопросу. Сторонники первой утверждают, что не стоит специальным постановлением (определением) привлекать обвиняемого в качестве гражданского ответчика. Факта вынесения в отношении лица постановления (определения) о привлечении в качестве обвиняемого достаточно для реализации им любых предоставленных гражданскому ответчику прав.<sup>28</sup> Приверженцы второй позиции полагают, что обвиняемый, которому предъявлен гражданский иск, должен признаваться гражданским ответчиком путем вынесения соответствующего постановления (определения).<sup>29</sup>

Рассматриваемый спор непосредственно касается уголовно-процессуальных отношений. Так, в случае непривлечения обвиняемого в качестве гражданского ответчика при рассмотрении гражданского иска отсутствует сторона. То, что в рамках «соединенного процесса» одновременно осуществляется правосудие по уголовному и по гражданскому делу, отнюдь не означает возможность замещения гражданского ответчика обвиняемым. Для рассмотрения гражданского иска в уголовном процессе с соблюдением основополагающих процессуальных принципов необходимо наличие гражданского ответчика, а значит, обвиняемый должен совмещать оба правовых статуса. Вынесение постановления (определения) о привлечении в качестве гражданского ответчика является необходимой гарантией соблюдения принципов процессуального права, а также прав и законных интересов лиц, участвующих в деле.

Анализ действующего законодательства и специальной литературы позволил прийти к следующим выводам:

1. Институт гражданского иска в уголовном процессе регулирует деятельность участников процессуальных отношений по поводу возмещения вреда, причиненного преступлением.

2. Указанная деятельность возникает только с момента заявления в установленном порядке требования о возмещении вреда, причиненного преступлением.<sup>30</sup>

3. Только после заявления гражданского иска в уголовном процессе появляются новые участники процесса: гражданский истец и гражданский ответчик, а деятельность иных участников уголовного процесса по поводу

<sup>26</sup> Владимировая В. В. Компенсация морального вреда... С. 78.

<sup>27</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2000. № 5. С. 5; 2001. № 10. С. 7.

<sup>28</sup> Григорьев В. Н., Победин А. В., Яшин В. Н. Уголовный процесс. Учебник. М., 2005. С. 151; Махова Т. М. Уголовно-процессуальное право РФ. Учебник. Глава 6 / отв. ред. П. А. Лупинская. М., 2003. С. 152–153; Смирнов С. В. Статья 54. Гражданский ответчик // Комментарий к УПК РФ / под общ. ред. В. В. Мозякова. М., 2002. С. 153–156.

<sup>29</sup> Махов В. Н., Разумовский Д. Б. Гражданский ответчик в уголовном процессе // Журнал российского права. 2007. № 11, С. 2; Петрухин И. Л. Комментарий к УПК РФ Глава 7 / отв. ред. Д. Н. Козак, Е. Б. Мизулина. М., 2002. С. 176.

<sup>30</sup> Точнее — после вынесения судьей, следователем, дознавателем постановления (определения) о признании лица в качестве гражданского истца.

расследования, рассмотрения и разрешения уголовного дела осложняется необходимостью рассмотрения заявленного гражданского иска.

4. Гражданский иск привносит в уголовный процесс необходимость осуществления гражданской процессуальной деятельности по защите нарушенных преступлением гражданских (в широком смысле) прав.

5. Заявление гражданского иска в уголовном процессе означает появление «соединенного процесса» (возникновение «гражданского дела» в рамках уголовного), а значит, и необходимость отправления правосудия как по уголовному делу, так и по гражданскому иску.

6. «Соединенный процесс» означает тесную взаимосвязь разнородных общественных отношений, а следовательно, требует комплексного регулирования этих отношений со стороны различных отраслей права.

7. Комплексное правовое регулирование «соединенного процесса» со стороны гражданского и уголовного процесса возможно благодаря отсутствию существенных противоречий между принципами и институтами указанных отраслей. «...Гражданский иск примыкает не к чему-то для него чужеродному, иному по внутренней структуре и внешнему облику, а к одноплановому процессуальному явлению...».<sup>31</sup>

8. Осуществление «соединенного процесса» приводит к появлению у института гражданского иска в уголовном процессе особого метода правового регулирования, содержащего элементы гражданско-процессуального и уголовно-процессуального методов правового регулирования.

9. Регулируя отношения по осуществлению гражданской процессуальной деятельности, институт гражданского иска в уголовном процессе является гражданским процессуальным институтом. Поскольку рассмотрение гражданского дела осуществляется в рамках уголовного процесса, метод правового регулирования рассматриваемого института приобретает характерные для уголовного процесса черты публичности.

10. Гражданский иск в уголовном процессе приобретает более резкие черты публичности, но сохраняет при этом свою юридическую природу, оставаясь иском о присуждении.

11. Особенности гражданского иска в уголовном процессе обусловлены, с одной стороны, второстепенной, подчиненной ролью гражданского иска по отношению к обвинению, с другой — практическими соображениями, основанными на необходимости одновременного осуществления правосудия по гражданскому и уголовному делу.

В качестве критериев определения правовой природы гражданского иска в уголовном процессе нами были выделены: предмет правового регулирования, метод правового регулирования и особенности рассмотрения гражданского иска в рамках уголовного дела. На основании избранных критериев можно прийти к следующим выводам:

1. Институт гражданского иска в уголовном процессе — совокупность норм, регулирующих гражданскую процессуальную деятельность гражданского истца, гражданского ответчика, а также иных участников уголовного судопроизводства по поводу защиты нарушенных преступлением гражданских прав и законных интересов. Таким образом, гражданский иск в уголовном процессе по предмету правового регулирования является институтом гражданского процессуального права.

2. Институт гражданского иска в уголовном процессе имеет особый метод правового регулирования, содержащий элементы гражданско-процессуального и уголовно-процессуального методов правового регулирования.

<sup>31</sup> Проблемы судебного права. С. 125.

3. Институт гражданского иска в уголовном процессе имеет ряд существенных особенностей, отличающих его от иска, рассматриваемого в порядке гражданского производства. Однако эти особенности не изменяют его юридической природы.

Подводя итог сказанному, отметим, что гражданский иск в уголовном процессе является комплексным гражданско-процессуальным правовым институтом, который представляет собой совокупность норм, регулирующих гражданско-процессуальные отношения в рамках уголовного процесса по поводу имущественных последствий преступления, и включает в себя элементы уголовно-процессуального метода правового регулирования.

Такое определение правовой природы гражданского иска в уголовном процессе имеет существенное практическое значение: поскольку гражданский иск в уголовном процессе является комплексным гражданско-процессуальным институтом, при его рассмотрении и разрешении должны быть применимы соответствующие нормы гражданского процессуального права.

Существует мнение, что «иск лица, потерпевшего от преступления, может быть рассмотрен как в уголовном, так и в гражданском процессе, и очевидно, что один и тот же иск должен рассматриваться одинаково, вне зависимости от того, в каком процессе он предъявляется».<sup>32</sup> С такой позицией вряд ли можно согласиться, поскольку в уголовном процессе гражданский иск неразрывно связан с обвинением, имея второстепенное значение, а значит «должен соотносываться с интересами уголовного правосудия и во всех возможных коллизиях играть подчиненную роль в уголовном процессе».<sup>33</sup> Иными словами, недопустим механический перенос норм гражданского процессуального права на гражданский иск в уголовном процессе.

Мы разделяем мнение А. Г. Мазалова, что «с учетом юридической природы института гражданского иска в уголовном деле... надлежит применять нормы гражданского процессуального права в той мере, в какой они дополняют нормы уголовно-процессуального права и не противоречат принципам последнего».<sup>34</sup> Действительно, поскольку гражданский иск в уголовном процессе имеет подчиненное обвинению положение, применение норм гражданского процессуального права не должно противоречить задачам и принципам уголовного процесса.

Представляется необходимым включение в УПК РФ правовой нормы, устанавливающей: *при предъявлении, доказывании, рассмотрении и разрешении гражданского иска в уголовном процессе подлежат применению соответствующие нормы ГПК РФ при условии, что они не противоречат задачам и принципам уголовного процесса.* Подобное решение позволит устранить существующие на настоящий момент пробелы в законодательном регулировании гражданского иска в уголовном процессе.

<sup>32</sup> Самолин В. Гражданский иск в уголовном процессе и принцип диспозитивности // Законность. 2000. № 9. С. 49–50.

<sup>33</sup> Тальберг Д. Г. Гражданский иск в уголовном суде или соединенный процесс. Киев, 1889. С. 8.

<sup>34</sup> Мазалов А. Г. Гражданский иск в уголовном процессе. М., 1977. С. 15. — См. также: Понарин В. Я. Производство по гражданскому иску при расследовании уголовного дела. Воронеж, 1978. С. 19–20; Проблемы судебного права. С. 120–121.

## КОНСТИТУЦИЯ РОССИИ КАК ПРАВОВАЯ ОСНОВА ЭКОНОМИКИ: ПРАВОВАЯ МОДЕЛЬ И СОВРЕМЕННОСТЬ

Г. А. ГАДЖИЕВ

1. Содержащиеся в ст. 8 Конституции РФ принципы формируют основы конституционного экономического строя. Эти принципы лежат в основе большой совокупности конституционных норм, связанных между собой логико-правовыми связями и в силу этого представляющих собой определенное единство, подсистему конституционно-правовых норм, построенную с использованием концепции «экономической конституции». Усилиями экономистов и юристов Германии, Франции, Испании, Италии, США, Португалии создана теоретическая конструкция, встроенная в систему конституционного права, которая пытается объяснить, как Конституция регулирует экономические отношения.

Она позволила связать в единое целое такие разнородные и противоречивые явления, как свобода экономической деятельности и интервенция государства в сферу экономики. Будучи сопряженной с концепцией социального государства, экономическая конституция превращается в конституционно-правовую основу социально ориентированной рыночной экономики.

Как подсистема конституционно-правовых норм, экономическая конституция охватывает: 1) принципы основ конституционного строя о свободе экономической деятельности, о едином экономическом пространстве, о многообразии и равноправии различных форм собственности, о защите конкуренции (ст. 8), о социальном характере государства (ст. 7); 2) конституционные нормы об основных экономических правах и свободах и основных правах, имеющих хозяйственно-конституционное значение, а также о конституционных гарантиях предпринимательства (ч. 2 ст. 34; ч. 1 ст. 74; ч. 2 ст. 75); 3) нормы, устанавливающие конституционный экономический публичный порядок. Общей тематикой объединены положения Конституции РФ, касающиеся финансов и налогов. Конституционное финансовое право является самостоятельной частью «экономической конституции».

Важная составная часть экономической конституции — положения конституционного права, предусматривающие гарантии общественного



Гаджиев Гадис Абдуллаевич  
Заслуженный юрист РФ,  
д. ю. н., профессор,  
судья Конституционного Суда РФ

контроля со стороны гражданского общества над процессом «погружения» государства в сферу экономики. Совершенствование контрольных механизмов над государственным аппаратом со стороны предпринимательского сообщества — это реалии современного конституционализма.

Восприняв известную европейскую конституционно-правовую концепцию, в России постарались придать ей специфические, характерные для нашей страны черты. Поэтому вполне оправданно говорить о российской модели экономической конституции. Можно обратить внимание на конституционные нормы, посвященные обладанию такими важнейшими для России ресурсами, как земля и недра.

В ч. 1 ст. 9 Конституции РФ содержится норма, в соответствии с которой земля и другие природные ресурсы используются и охраняются в Российской Федерации как основа жизни и деятельности народов, проживающих на соответствующей территории.

Земля и другие природные ресурсы *могут* находиться в частной, государственной, муниципальной и иных формах собственности (ч. 2 ст. 9). В ч. 1 ст. 36 Конституции РФ содержится норма, в соответствии с которой граждане и их объединения вправе иметь в частной собственности землю. Владение, пользование и распоряжение землей и другими природными ресурсами осуществляется их собственником свободно, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов иных лиц (ч. 2 ст. 36).

В этих статьях (ст. 9 и 36) присутствует двойственный, инвариантный подход. С одной стороны, в Конституции фиксируется частноправовая по своей природе возможность иметь землю и недра в частной собственности, а с другой — с помощью оговорки «если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает права и законные интересы иных лиц» вводятся публично-правовые начала. В результате получается, что конструкция указанных конституционных норм основана на началах дискреции. Сами по себе они несут не строго императивный, а дозволительный характер, поскольку дают возможность для широкой инициативы при осуществлении конституционной, экономической и правовой политики государством. Органы государственной власти — законодательные, исполнительные и судебные — обладают при этом достаточно широкой дискрецией в области экономической политики. Поскольку, например, недра *могут* находиться в частной или государственной собственности, то, исходя из складывающихся обстоятельств, публичная власть может либо усиливать, либо ослаблять «огосударствление» этих природных ресурсов.

Такую особенность конструкции конституционных норм можно охарактеризовать и как амбивалентность,<sup>1</sup> и как гибкость, или как «рамочный характер» правового регулирования. Амбивалентность конституционных норм в России не случайна. Российская традиция, культура основаны на поиске золотой середины между крайностями индивидуализма и коллективизма, на балансе между публичными и частными интересами. Поэтому одной из самых важных, а потому и наиболее часто применяемых Конституционным Судом РФ норм Конституции РФ является норма ч. 3 ст. 55, содержащая принцип пропорциональности, или соразмерности. Вряд ли тут присутствуют мистические моменты, но, на наш взгляд, не случайно,

<sup>1</sup> Медушевский А. Н. Аграрные реформы: трудности реализации земельного законодательства на современном этапе // Изменение и консолидация рыночного законодательства в контексте российской судебной реформы. М., 2004. С. 8.

а в силу внутренней логики Конституции ст. 55 оказалась примерно в середине Конституции, как бы своим номером указывая на важность поиска «золотой середины».

Эластичность конституционно-правовых норм и принципов, входящих в корпус экономической конституции, как характерная черта ее российской модели предопределяет рамки судебной активности в процессе судебного конституционного контроля, осуществляемого Конституционным Судом РФ в отношении правовых норм, воплощающих экономическую политику. Российская Конституция не исключает самую разнообразную экономическую политику, как основанную на усилении государственного регулирования экономической деятельности, так и базирующуюся на более либеральных экономических воззрениях. Главное, чтобы в поле зрения политических органов, ответственных за разработку курса экономической политики, всегда были конституционные идеи, принципы, составляющие в своей совокупности экономическую конституцию.

Эта потребность, к счастью, осознается не только юристами, но и экономистами. В рамках экономической науки появилось новое направление, получившее наименование «конституционная экономика». Поскольку для экономистов близка прежде всего экономическая проблематика, для них главным в этом словосочетании является второе слово, а слово «конституционная» носит вспомогательный характер. Для конституционно-правовой науки, напротив, важно изучение того, как конституционные нормы детерминируют контуры экономической политики, и, прежде всего, как создается конституционный экономический публичный порядок. Но нельзя не признать, что предметы изучения конституционной экономики и экономической конституции если и не совпадают, то, во всяком случае, носят смежный характер. Различаются методы научного исследования отношений, возникающих в процессе создания публичной властью на основе конституционных норм конституционного экономического публичного порядка. Метод, используемый экономической конституцией как одной из сфер науки конституционного права, представляет собой правовой метод истолкования конституционных норм и принципов, создания при этом о них новых представлений, основанных на общих методах герменевтики как науки о толковании текстов.

2. После принятия Конституции РФ прошло 15 лет. Нормы и принципы, образующие модель экономической конституции, активно использовались для разработки экономической политики государства. Можно обратить внимание на наметившуюся цикличность этой политики, в основе которой, возможно, лежит и амбивалентность конституционных норм. В середине 1990-х гг. наиболее востребованными оказались те нормы Конституции РФ, которые на конституционном уровне обеспечивали охрану частноправовых ценностей общества. В результате приватизации государственной собственности получила развитие частная собственность, правда, в разных отраслях народного хозяйства в разной степени. Наиболее успешно протекал процесс становления частной собственности в промышленности, топливно-энергетическом комплексе, в торговле, в меньшей степени — в аграрном секторе экономики. Наиболее востребованными для выработки либеральной экономической политики оказались такие положения Конституции, как свобода экономической деятельности, свобода перемещения товаров, услуг и финансовых средств, неприкосновенность частной собственности, признание и защита равным образом частной и публичной собственности. В решениях Конституционного Суда была обоснована необходимость признания того, что из совокупности конституционности

положений путем их своеобразного агрегирования вытекает конституционный принцип свободы договора, о котором в тексте Конституции ничего не говорится.<sup>2</sup> В конце 1990-х гг. и в начале XXI в. обозначился новый вектор в конституционной экономической политике, в целом характеризующийся как усиление конституционных публично-правовых начал и социализация экономики.

Реализация положений экономической конституции за прошедшее после принятия время находилась под воздействием как внутривнутриполитических, так и международно-правовых факторов. В результате произошло некоторое изменение *представлений*, понимания тех или иных конституционных принципов, регулирующих экономические отношения. Одним из значимых факторов является все в большей степени обнаруживающий себя дефицит природных ресурсов, прежде всего мировых запасов углеводородов. Не случайно, что в условиях сокращающихся запасов нефти и газа в мире все большую популярность стали приобретать конституционно-правовые идеи о том, что основные природные ресурсы являются общественным достоянием. Конституционно-правовая категория «достояние народа» все чаще используется для обеспечения контроля со стороны публичной власти над природными ресурсами.

Вспомним, что в Постановлении Конституционного Суда РФ от 9 января 1998 г. № 1-П по делу о Лесном кодексе<sup>3</sup> сформулирована очень важная для конституционного права идея о том, что *лесной фонд*, ввиду его жизненно важной многофункциональной роли и значимости для общества в целом, необходимости обеспечения устойчивого развития, сбалансированного развития экономики и улучшения состояния окружающей природной среды в условиях *возрастающего глобального* экологического значения лесов России, *представляет* собой публичное достояние многонационального народа России и как таковой является федеральной собственностью.

Полагаем, что в целом тенденция усиления централизованного государственного контроля за основными природными ресурсами России оправдана. В сфере конституционного права обоснованием этой тенденции могла бы служить идея о том, что в настоящее время появляется новый субъект конституционно-правовых отношений — это будущие поколения россиян. Напомним, что в преамбуле Конституции РФ подчеркивается ответственность народа России за свою Родину перед будущими поколениями. В сфере бюджетных отношений появились такие понятия, как стабилизационный фонд, фонд будущих поколений. У государства появляется новая публичная цель — защита экономических интересов будущих поколений россиян.

Итак, со всей очевидностью выявилась потребность в разработке новых представлений о такой категории российского конституционного права, как «земля и недра России как национальное достояние». Нам представляется очень своевременной и глубокой мысль В. Д. Мазаева о том, что в составе публичной собственности необходимо выделять национальное достояние как особую категорию. По его мнению, эта категория конституционного права «не помещается в границы государственной собственности, деятельность аппарата — собственника, собственность,

<sup>2</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 23 февраля 1999 г. № 4-П «По делу о проверке конституционности положения ч. 2 ст. 29 Федерального закона от 3 февраля 1996 г. "О банках и банковской деятельности"» // СЗ РФ. 1999. № 10. Ст. 1254.

<sup>3</sup> СЗ РФ. 1998. № 3. Ст. 429.

контролируемая только публичными образованиями, не всегда выступает с позиций общенационального интереса, общего блага».<sup>4</sup>

Обычно правовое регулирование отношений собственности осуществляется с использованием традиционного цивилистического правового арсенала, исключаяющего таких субъектов права, как народы и тем более будущие поколения народов. Поэтому цивилисты ревностно относятся к попыткам конституционно-правовой науки несколько расширить рамки используемых правовых категорий в этой сфере. Триада «субъект гражданского права — право собственности — договор» предполагает, что для того, чтобы быть субъектом права собственности, надо быть субъектом гражданского права, а значит, быть либо физическим, либо юридическим лицом (в последнем случае должно быть организационное единство и другие признаки, присущие юридическим лицам). Между тем конституционно-правовые понятия «достояние народа», «земля и недра как национальное достояние» позволяют преодолеть известную ограниченность цивилистического подхода. Обычно считается, что противопоставляемая частной собственности публичная собственность призвана обслуживать общие интересы. Зададимся вопросом: чьи общие интересы? За последние годы заметно увеличился удельный вес государственной собственности в ведущих отраслях промышленности. Значительно возросло присутствие государства в акционерном капитале компаний топливно-энергетического комплекса. В последнем случае юридически мы имеем дело с частной по своей природе собственностью, однако реальным (*фактическим*) собственником либо в силу обладания «золотой акцией», либо в силу иных причин является государство. В таком случае происходит сложное переплетение отношений публичной и частной собственности, когда, как справедливо заметил В. Д. Мазаев, собственность, контролируемая публичным собственником, не всегда обслуживает общенародные интересы, действительно общее благо.

Такую собственность трудно изучать в терминах и категориях гражданского права.

Понятием «фактическая собственность» оперирует экономическая наука, в частности институциональная экономика. Для юридической науки использование такого понятия не характерно. Конституционный Суд РФ признал публичным достоянием многонационального народа России землю, лесной фонд, и это специальное конституционно-правовое понятие призвано отражать контроль народа в лице его государства над землей, недрами и другими природными ресурсами.

Развивающиеся представления Конституционного Суда РФ об экономической конституции основаны на том, что в ее орбиту включаются новые для конституционного права понятия.

Регулирующий, ориентирующий потенциал экономической конституции значительно возрастает в силу потенциально присущей конституционным принципам, нормам способности агрегироваться в процессе их применения и истолкования, в силу чего появляются принципиально новые конституционно-правовые решения или императивы. Примером такого синтеза или агрегирования конституционных идей для получения нового результата, помимо приведенного уже примера с признанием принципом конституционного права свободы договора, является новая идея о том,

<sup>4</sup> Мазаев В. Д. Понятие и конституционные принципы публичной собственности. М., 2004. С. 16.

что земля и недра, будучи общенародным достоянием, должны находиться под контролем государства.

Своеобразными «ингредиентами», которые использованы в процессе агрегирования, являются такие, казалось бы, не связанные между собой, категории конституционного права, как «земля и другие природные ресурсы... как основа жизни и деятельности народов» (ч. 1 ст. 9 Конституции РФ), «ответственность за свою Родину перед будущими поколениями» (строка 11 в преамбуле Конституции) и экономическая безопасность государства (ч. 3 ст. 55 Конституции).

Данное конституционно-правовое решение основано на использовании текста Конституции и получено политическими органами государства при поиске ответов на назревшие фундаментальные проблемы, выявленные в начале XXI в. в области российской экономики. Свободная продажа акций компаний топливно-энергетического комплекса означала бы свободную и неконтролируемую продажу разведанных запасов нефти и газа, других полезных ископаемых, что повлекло бы контроль за ними со стороны как иностранных компаний, так и государств.

Найденное новое конституционно-правовое решение представляет собой один из примеров того, как осуществляется конституционно-экономическая политика, основанная на экономической Конституции.

3. Интересные результаты получены Конституционным Судом при сочетании конституционных принципов, регулирующих экономические отношения, с универсальными конституционными принципами, в частности с принципом правового государства. Взятые воедино, в системной связи, они порождают такой конституционно-правовой императив, как необходимость уважения принципа правовой определенности в экономических отношениях.

Большое значение в связи с этим имеет Определение Конституционного Суда РФ от 11 ноября 2008 г. № 556-О-Р «О разъяснении Постановления Конституционного Суда РФ от 5 февраля 2007 г. № 2-П по делу о проверке конституционности положений ст. 16, 20, 112, 336, 376, 377, 380, 382, 388 и 389 ГПК РФ».<sup>5</sup>

По сути, принятие этого Определения фиксирует очень серьезное изменение юридического мировоззрения. Советская юридическая школа считала важнейшим среди юридических принципов принцип законности. Свидетельством этого является то, что и в настоящее время система судопроизводства в судах общей юрисдикции построена таким образом, что во главе угла находится принцип законности. Именно ради этого принципа в нашей стране существует многоярусная и громоздкая система надзорного производства, так часто критикуемая в решениях Европейского Суда по правам человека.

Российским судам с трудом дается понимание того, при каких специфических фактических обстоятельствах приходится делать трудный выбор либо в пользу признания приоритета принципа законности, либо, напротив, в пользу признания приоритета принципа правовой определенности.

Принцип правовой определенности кроется в нормативном содержании универсального принципа правового государства. Он предполагает юридические требования как к содержанию закона, так и к содержанию правоприменительных актов. По мнению Европейского Суда по правам человека, норма не может считаться определенной, если она не

<sup>5</sup> СЗ РФ. 2008. № 48. Ст. 5722.

сформулирована с достаточной степенью точности, позволяющей лицу соотносить с ней свое поведение. Лицо должно иметь возможность, получив при необходимости соответствующую консультацию, предвидеть в разумных пределах применительно к конкретным обстоятельствам те последствия, которые может повлечь за собой данное поведение.<sup>6</sup>

В Определении от 11 ноября 2008 г. № 556-О-Р Конституционный Суд РФ предложил Верховному Суду РФ пересмотреть свое решение, принятое в надзорном порядке, по представлению заместителя Председателя Верховного Суда РФ, причем через несколько лет после того, как по существу правильное решение, вступившее в законную силу, было принято судом общей юрисдикции, в то время как дело это относилось к подсудности арбитражных судов.

Нужно ли было Верховному Суду через пять лет после вступления в законную силу этого незаконного решения отменять его? Если считали, что важнее принцип законности, то его надо было отменить, но если учитывать принцип правовой определенности, то отменять решение в данном конкретном случае не следовало, поскольку появилась правовая определенность в правоотношениях. Уважение принципа правовой определенности в экономической сфере — это и признание неприкосновенности частной собственности. Этот правовой принцип является самым важным инвестиционным стимулом. Рыночную экономику создают не только политики и экономисты, но и суды, если они уважают правовую определенность.

По-видимому, в российском законодательстве еще существуют нормы, которые не способствуют обеспечению неприкосновенности собственности. А ведь обязанность российского государства охранять с помощью закона право частной собственности является его конституционной обязанностью, предусмотренной в ч. 1 ст. 35 Конституции РФ. Даже самые, казалось бы, «благонадежные» нормы гражданского законодательства могут содержать угрозу для правовой определенности и устойчивости собственнических отношений. Так, в ст. 168 ГК РФ предусмотрено, что сделка, не соответствующая *требованиям закона или иных правовых актов*, ничтожна.

Имеют ли значение при этом содержание указанных требований, уровень правового акта и иные обстоятельства? Следует ли правоприменителю при применении указанной нормы руководствоваться принципом правовой определенности? В судебной практике есть случаи, когда суды признавали недействительными сделки по отчуждению земельных долей в праве общей собственности на земельный участок сельскохозяйственного назначения. Основанием для принятия решений послужили нормы законодательства о землеустройстве, содержащие требования к местоположению земельных участков. Представим себе такую ситуацию. Ряд граждан, будучи участниками общей долевой собственности на земельный участок сельскохозяйственного назначения, в соответствии со ст. 13 и 14 Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения»<sup>7</sup> производят выдел в натуре земельных долей, после чего один из них выкупает доли у других собственников и регистрирует за собой право собственности на весь выделенный земельный участок. По истечении нескольких лет прокурор предъявляет в суд иск

<sup>6</sup> Стандарты Совета Европы в области прав человека применительно к положениям Конституции РФ. М., 2002. С. 88.

<sup>7</sup> СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3018.

о признании недействительными акта регистрации о кадастровом учете земли, договора купли-продажи и основанного на этом договоре права собственности заявителя. Принимая решение, удовлетворяющее иск прокурора, суд указывает на наличие нарушений требований подзаконных актов, регламентирующих процедуру проведения межевания и кадастрового учета земельных участков. В частности, суд приходит к выводу о том, что нарушаются требования, содержащиеся в нормативных актах о землеустройстве, о необходимости при образовании нового земельного участка соблюдать требования о недопущении создания недостатков в его расположении (вклинивание, чересполосица, вкрапливание, дальнотемелье, изломанность и неудобства в пользовании).

Все эти требования к вновь образуемым земельным участкам в части недопущения вклинивания, вкрапливания и т. д. являются обстоятельствами, препятствующими рациональному использованию (или охране) земель. Но значит ли, что свойства земельных участков, препятствующие рациональному использованию земель, одновременно исключают возможность их принадлежности по праву собственности определенным субъектам? При положительном ответе на этот вопрос такого рода требование превращалось бы в серьезное ограничение права частной собственности.

## СОВЕРШЕНСТВОВАНИЕ ПРАВОВОГО СТАТУСА УПОЛНОМОЧЕННОГО ПО ПРАВАМ ЧЕЛОВЕКА В РОССИИ

А. П. ЕВДОШЕНКО

В обеспечении гарантий прав и свобод человека и гражданина важную роль призван играть Уполномоченный по правам человека в Российской Федерации. Однако для того, чтобы повысить эффективность его деятельности, необходимо усовершенствовать закон, определяющий статус отечественного омбудсмена.<sup>1</sup>

Во многих зарубежных странах аналогичный институт народного защитника (омбудсмена) в различных модификациях существует уже длительное время, однако в России он учрежден сравнительно недавно. Идеи и концепции становления данного института за рубежом, корни которых уходят в XVI в., легли в основу разработки российского варианта института омбудсмена.

Впервые официальное закрепление этой концепция (в форме парламентского Уполномоченного) получила с принятием Верховным Советом 22 ноября 1991 г. Декларации прав и свобод человека и гражданина РФ.<sup>2</sup>

Конституция РФ 1993 г. отнесла к ведению Государственной Думы назначение и освобождение от должности Уполномоченного по правам человека. Воплощение конституционной идеи потребовало дальнейшего законодательного оформления российского варианта модели омбудсмена. Между тем еще до принятия специального Закона были сделаны определенные шаги по созданию этого института.

За период 1993–1996 гг. было предложено несколько различных версий будущего закона. По словам Н. Ю. Хаманевой, это «не случайно, ведь реализация правозащитного потенциала нового института в специфических условиях современной России возможна только при четко отрегулированной правовой регламентации статуса и функционирования российского



Евдошенко Андрей Петрович,  
адъюнкт кафедры  
конституционного  
и международного права  
С.-Петербургского университета  
МВД России

© А. П. Евдошенко, 2009

<sup>1</sup> Ср.: Конституционное право России / под ред. А. С. Прудникова, В. И. Авсеенко. 3-е изд. М., 2007. С. 265.

<sup>2</sup> Постановление Верховного Совета РСФСР от 22 ноября 1991 г. № 1920-1 «О декларации прав и свобод человека и гражданина» // Ведомости ВС РСФСР. 1991. № 52. Ст. 1865.

варианта омбудсмена».<sup>3</sup> Окончательно Закон об Уполномоченном по правам человека был принят Государственной Думой 25 декабря 1996 г., одобрен Советом Федерации 12 февраля 1997 г., подписан Президентом РФ 26 февраля 1997 г., опубликован в «Российской газете» и вступил в силу 4 марта 1997 г.<sup>4</sup>

В правовых основах института Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации различают два уровня.

Первым выступает международное право: общепризнанные принципы и нормы международного права, пакты, хартии, международные договоры, участниками которых является Россия. Так, Уполномоченный по правам человека руководствуется в своей деятельности Всеобщей декларацией прав человека; Международными пактами о гражданских и политических правах и об экономических, социальных и культурных правах 1966 г.;<sup>5</sup> Конвенцией против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания 1984 г.; Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод 1950 г.; Конвенцией Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах граждан; Документом Копенгагенского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ 20 июля 1990 г.; Парижской хартией для новой Европы 21 ноября 1990 г.; Документом Московского совещания Конференции по человеческому измерению СБСЕ 3 октября 1991 г.; Европейской конвенцией по правам человека, Европейской конвенцией по предупреждению пыток и бесчеловечного или унижающего достоинство обращения или наказания, Европейской хартией местного самоуправления, ратифицированным Россией 5 мая 1998 г.; Модельным законом «О статусе уполномоченного по правам человека», принятым 4 декабря 2004 г. на XXIV пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ, Парижскими принципами, одобренными Резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 48/134 от 20 декабря 1993 г., и др.<sup>6</sup>

Вторым нормативным уровнем является национальное законодательство: Конституция Российской Федерации, Закон об Уполномоченном по правам человека, окончательно определившие статус Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации.

Принципиально важным является конституционное закрепление института Уполномоченного по правам человека в РФ, создавшее правовые предпосылки для его независимого и эффективного функционирования, а также ставшее важным вкладом в развитие демократических процессов,

<sup>3</sup> *Хаманева Н. Ю.* Уполномоченный по правам человека — защитник прав граждан. М., 1998. С. 52.

<sup>4</sup> *Федеральный конституционный закон от 26 февраля 1997 г. № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации» // СЗ РФ. 1997. № 9. Ст. 1011.*

<sup>5</sup> *Зиновьев А. В.* Конституционное право России. СПб., 2005. С. 110–111.

<sup>6</sup> См.: *Федеральный закон от 4 ноября 1995 г. № 163-ФЗ «О ратификации Конвенции Содружества Независимых Государств о правах и основных свободах человека» // СЗ РФ. 1995. № 45. Ст. 4239; Федеральный закон от 23 февраля 1996 г. № 19-ФЗ «О присоединении России к Уставу Совета Европы» // СЗ РФ. 1996. № 9. Ст. 774; Федеральный закон от 23 февраля 1996 г. № 20-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Генеральному соглашению о привилегиях и иммунитетах Совета Европы и протоколам к нему» // Там же. Ст. 775; и др. — См. также: *Международные конвенции и декларации о правах женщин и детей.* Сб. универсальных и региональных международных документов / сост. Л. В. Корбут, С. В. Поленина. М., 1998 ([http://www.owl.ru/win/books/int\\_doc/index.htm](http://www.owl.ru/win/books/int_doc/index.htm)); и др.*

направленных на укрепление и развитие правового статуса личности, гарантий реализации прав и свобод человека и гражданина.

Вместе с тем конституционно-правовой статус Уполномоченного по правам человека в РФ и его деятельность нуждаются в совершенствовании. Развитие нормативно-правовой базы института Уполномоченного позволит не только устранить основные проблемы в сфере охраны и защиты прав и свобод человека и гражданина, но способно оказать положительное влияние на повышение эффективности деятельности органов государственной власти и органов местного самоуправления по защите этих прав и свобод.

Законом об Уполномоченном по правам человека предусмотрен ряд требований к кандидатам на должность Уполномоченного по правам человека в РФ:

- 1) наличие российского гражданства;
- 2) возрастной ценз (не моложе 35 лет, но без ограничения предельного возраста);
- 3–4) наличие познаний в области прав и свобод человека и гражданина; опыта их защиты (ст. 6 Закона).

Первые два критерия имеют объективный характер, однако два последних являются оценочными, поскольку степень познаний кандидата в области прав и свобод человека и гражданина и его опыт осуществления их защиты настоящим законом не определяются. В такой формулировке просматривается явная недооценка юридического образования. Именно юридическое мышление позволяет грамотно и профессионально решать проблемы практики защиты прав и свобод человека и гражданина, добиваться устранения причин и условий, порождающих их нарушения.

В связи с этим в ст. 6 Закона об Уполномоченном по правам человека следует внести дополнительное требование о необходимости наличия у кандидата на должность Уполномоченного по правам человека в РФ юридического образования и (или) ученой степени в области юридических наук. Такая норма будет способствовать повышению авторитета Уполномоченного по правам человека, эффективности и результативности его деятельности, послужит дополнительной гарантией высокого уровня его юридической квалификации. О своевременности предлагаемого дополнения свидетельствует и решение Бюро Международного координационного комитета национальных правозащитных институтов Совета ООН по правам человека от 4 января 2009 г., согласно которому Уполномоченному по правам человека в РФ присвоен высший аккредитационный статус «А»; это свидетельствует о получении им высшего стандарта правозащитной деятельности.<sup>7</sup>

Действующее законодательство, определив нижний возрастной предел для кандидата на должность Уполномоченного по правам человека в РФ, обошло молчанием верхний возрастной предел его пребывания в должности. С учетом характера деятельности Уполномоченного необходимо установить стандартный верхний возрастной предел, предусмотренный для судей Конституционного Суда РФ и Верховного Суда РФ — 70 лет, т. е. единый возрастной предел, не исключающий обстоятельства, связанные с состоянием здоровья и иными ситуациями невозможности пребывания в должности Уполномоченного.

Кроме того, напрашивается вопрос о предоставлении Уполномоченному по правам человека в РФ права законодательной инициативы. Это,

<sup>7</sup> Российская газета. 2009. 21 янв.

во-первых, неизбежно укрепит публичность статуса Уполномоченного; во-вторых, усилит его активность; в-третьих, повысит результативность и ответственность за свою деятельность по охране и защите прав и свобод человека и гражданина.

Данная новелла тем более необходима, что решения Уполномоченного по правам человека в РФ имеют рекомендательный характер. Предоставление права принятия обязательных решений является весьма проблематичным, и целесообразно предоставить Уполномоченному право законодательной инициативы по предметам его ведения. Такое право должно быть не общим, а специальным, то есть должно касаться основной деятельности Уполномоченного — защиты прав и свобод человека и гражданина. Тем самым федеральное законодательство воспримет позитивный опыт тех субъектов Федерации, в которых региональные уполномоченные по правам человека уже наделяются правом законодательной инициативы по предметам своего ведения.<sup>8</sup>

Конституция РФ содержит лишь упоминание об Уполномоченном по правам человека в РФ (п. «д» ч. 1 ст. 103), закрепляя право Государственной Думы РФ назначать на должность и освобождасть от должности Уполномоченного по правам человека. Целесообразно предусмотреть в Конституции самостоятельную статью, посвященную непосредственно Уполномоченному по правам человека, в которой будут четко обозначены его основные права и обязанности, а также ответственность в форме досрочного прекращения полномочий. Данное предложение обусловлено еще и тем, что в конституциях и уставах большинства субъектов Российской Федерации закреплены институты уполномоченных по правам человека. Данный институт должен быть унифицирован, отличаться единством, не противоречить Конституции Российской Федерации.

В Законе об Уполномоченном по правам человека отсутствует указание на срок, в течение которого жалоба гражданина должна быть рассмотрена Уполномоченным. С учетом специфики деятельности данного института и значительного объема поступающих жалоб общие нормы Федерального закона от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан в Российской Федерации»,<sup>9</sup> устанавливающие сроки рассмотрения и разрешения жалоб граждан, едва ли применимы к деятельности Уполномоченного по правам человека. В связи с этим в данный закон следует внести уточнение о том, что общие сроки рассмотрения жалоб граждан не распространяются на деятельность Уполномоченного по правам человека. Целесообразно установить иные реальные сроки рассмотрения Уполномоченным по правам человека жалоб граждан в форме дифференцированной шкалы или вилки от 20 до 50 дней. Законодателю стоило бы на первом этапе реализации указанных сроков установить особый контроль за этой стороной деятельности Уполномоченного по правам человека, в частности в процессе обсуждения его плановых и внеплановых отчетов.

Рассмотрим кратко проблемы деятельности Уполномоченного по правам человека в РФ.

В охране и защите прав и свобод человека и гражданина участвуют все ветви государственной власти — законодательная, исполнительная, судебная. Каждая из них, действуя самостоятельно, должна в то же время

<sup>8</sup> Республика Татарстан, Московская, Самарская области и др.

<sup>9</sup> СЗ РФ. 2006. № 19. Ст. 2060.

направлять свои усилия на то, чтобы права и свободы граждан не оставались пустой декларацией, а были предоставлены и защищены на деле. Поэтому важным условием эффективной работы омбудсмена является его органическое взаимодействие с государственными органами.

Взаимоотношения Уполномоченного по правам человека в РФ с Федеральным Собранием России выражаются прежде всего в его обязанности ежегодно выступать перед Федеральным Собранием с отчетным докладом о своей деятельности; делать в случае необходимости специальные доклады по отдельным вопросам охраны и защиты прав и свобод человека и гражданина по своей инициативе или инициативе парламента; реализовывать предложения по внесению в парламент законодательных инициатив в целях совершенствования законодательства о правах человека.

Основным направлением работы Уполномоченного является рассмотрение и разрешение жалоб граждан, которые обеспечивают взаимодействие Уполномоченного в основном с исполнительными органами государственной власти, так как деятельность Уполномоченного не распространяется на жалобы граждан, поданные на решения палат Федерального Собрания и законодательных (представительных) органов государственной власти субъектов Российской Федерации.

Уполномоченный по правам человека в РФ рассматривает жалобы граждан не только на решения или действия (бездействие) органов государственной власти, но также и на решения органов местного самоуправления, в которых усматривается нарушение прав и свобод граждан. Это является своеобразной формой взаимодействия Уполномоченного с ними.

Обобщение информации об организации и деятельности института Уполномоченного по правам человека в РФ<sup>10</sup> позволило установить, что за период 2004–2008 гг. в практике Уполномоченного преобладающими являлись жалобы с просьбами оказать содействие в пересмотре приговоров, определений и постановлений суда, вступивших в законную силу, а также жалобы по вопросам судопроизводства: обоснованности привлечения к уголовной ответственности, отказа в возбуждении уголовного дела, нарушения исполнительного производства, сроков содержания под стражей, сроков рассмотрения дела, порядка возмещения вреда, причиненного незаконными действиями суда, и т. д. (см. таблицу).

Годы	2004	2005	2006	2007	2008
Жалобы					
На судебные решения	37,6 %	33,9 %	34,5 %	35,1 %	34,8 %
По вопросам судопроизводства	23,6 %	22,2 %	23,9 %	27,5 %	27,3 %

Анализируя на основе рассмотрения и разрешения жалоб граждан в судебной сфере взаимодействие Уполномоченного по правам человека и органов правосудия, можно сделать вывод о том, что недостаточная

<sup>10</sup> Составлено по докладом Уполномоченного по правам человека в России за 2004–2007 гг. (Российская газета. 2005. 31 янв.; 2006. 29 июня; 2007. 13 апр.; 2008. 14 марта).

эффективность правосудия обусловливается рядом субъективных причин: низким уровнем правосознания и правовой культуры граждан (незнание, непонимание людьми задач, образа действий и возможностей суда как потенциального защитника их прав и свобод), недоверием населения к судам (боязнь волокиты, грубости, бюрократизма и т. д.) — и рядом объективных причин: коллизиями правовых норм, недостаточным уровнем квалификации кадров в судебной системе, несовершенством правозащитных институтов, перегруженностью судей, сложностью судебных процедур, нарушением сроков рассмотрения дел, коррупцией в судебной системе.

Действенность охраны и защиты прав и свобод человека и гражданина в значительной мере зависит от уровня взаимодействия участвующих в ней государственных структур, в том числе Уполномоченного по правам человека РФ и Прокуратуры РФ, которые осуществляют несудебную защиту прав и свобод человека и гражданина.

В целях совершенствования организации и деятельности института Уполномоченного по правам человека в РФ, стиля и методов его работы по конструктивному взаимодействию с органами государственной власти, органами местного самоуправления и прокуратуры, их должностными лицами и государственными служащими взаимодействующим субъектам необходимо создавать рабочие группы, планировать мероприятия, посвященные охране и защите прав и свобод человека и гражданина, проводить совместные работы и координационные совещания с обсуждением проблем, касающихся причин и условий, порождающих нарушения прав и свобод человека и гражданина, получать аналитическую информацию и т. д. Эффективная охрана и защита прав и свобод человека и гражданина будет достигаться только в случае системного, непрерывного характера взаимодействия Уполномоченного по правам человека и иных правозащитных институтов.

## КОНСТИТУЦИЯ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И СОВРЕМЕННЫЕ КОНЦЕПЦИИ ПРАВ ЧЕЛОВЕКА

Д. И. ЛУКОВСКАЯ

1. В Конституции РФ 1993 г. нашел признание и нормативное закрепление основной принцип правового государства — принцип верховенства права прежде всего как верховенства прав человека. Для его утверждения определяющее значение имеют положения Конституции о высшей ценности прав и свобод, о разделении властей, о всеобщей регулятивной роли прав человека, конституционное требование правового характера действующего законодательства и др. В тех конкретно-исторических условиях, когда принималась российская Конституция, принципиально значимым было и остается сегодня закрепление в ней права каждого на частную собственность, не запрещенную законом предпринимательскую деятельность, свободу труда. Впервые в конституционной истории страны получили признание права на жизнь, достоинство, свободу личности, на свободный поиск и распространение информации и др. Идея равноправия, образующая сердцевину всей системы прав и свобод человека и гражданина, конкретизировала общеправовой принцип формального равенства как «равенства в свободе».



Луковская  
Дженевра Игоревна  
д. ю. н., профессор,  
зав. кафедрой теории и истории  
государства и права  
юридического факультета СПбГУ

2. Моделью для российской Конституции и конституций более чем ста государств послужила прежде всего Всеобщая декларация прав человека 1948 г. Процесс конституционализации прав, активно развивавшийся со второй половины XX в., в целом продемонстрировал приверженность государств — членов ООН принципам, нормам и идеалам Всеобщей декларации прав человека. Вместе с тем обнаружились очевидные изъяны механического перенесения сформировавшейся после Второй мировой войны идеологии прав человека в качестве стандартизированных ориентиров общественной и государственной жизни в отличные от западных национальные правовые порядки. А стремление в гегемонистских целях утвердить права и свободы силой создало опасность выхолащивания общегуманитарного смысла человеческих прав, дискредитации их ключевого значения для реализации демократии, легитимационной роли в конституционном пространстве правовых систем.

3. Вслед за Всеобщей декларацией прав человека Конституция РФ закрепила антропоцентристскую модель понимания прав человека естественно-правового образца. Конституция исходит из признания человека, его прав и свобод высшей ценностью (ст. 2), воспроизводит естественно-правовое положение о прирожденном характере и неотчуждаемости основных прав и свобод (ч. 2 ст. 17), определяет в русле данного типа правопонимания границы осуществления прав, которое не должно нарушать права и свободы других лиц (ч. 3 ст. 17). Приведенные формулировки свидетельствуют об антипозитивистской направленности российской конституционной доктрины, о ее разрыве с позитивистской идеей первичности по отношению к основным правам государства как инстанции, определяющей правовой статус индивида, объем и содержание его прав и свобод, с соответствующими патерналистскими представлениями об отношениях личности и государства.

4. Естественно-правовое обоснование прав человека в духе действующей Конституции характерно для работ по данной проблематике ведущих отечественных теоретиков права и конституционалистов. К этому направлению, с его известными теоретическими коррективами, восходит либертарно-юридическая концепция права и прав человека. Нельзя не заметить, что и позитивистски ориентированные авторы, следуя действующей Конституции, попытались смягчить этатистскую доминанту в своих взглядах на права человека, склоняясь к «человеческому измерению» прав. Но одновременно наметилась «встречная» позитивизму тенденция, связанная не столько с доктринальными особенностями конституционной позитивации прав, сколько с практическими задачами их юридического обеспечения и гарантирования в рамках сложившейся системы позитивного права. Это позволяет говорить о сглаживании противостояния естественно-правового и позитивистского типов понимания права и прав человека.

Такой вывод представляется, однако, излишне оптимистичным. Доктринальные расхождения (а соответственно, и расхождения в практической сфере) обнаруживаются уже в вопросе о том, являются ли права человека только абстрактными потенциальными возможностями для приобретения субъективных прав на основании норм объективного права (позитивистская трактовка), либо права человека как субъективные права — это его реальные, а не потенциальные возможности, независимо от их государственного признания и законодательного закрепления (естественно-правовая трактовка). Конституционная доктрина противопоставит позитивистской концепции прав человека лишь как «потенциальных прав», не имеющих юридической силы и значимости. С этих позиций в системе прав различаются естественные (прирожденные) права (право на жизнь, на личную неприкосновенность и др.) и права, которые получают реальное воплощение только благодаря законодательной деятельности государства (тайна переписки, право на неприкосновенность жилища), хотя существуют и независимо от этого (Е. А. Лукашева), или субъективные первичные (естественные) права, исходно существующие у субъектов, и субъективные вторичные (позитивные) права — изменяющиеся, прекращающиеся и т. п. (В. А. Четвернин).

5. «Надпозитивность» естественных прав в качестве «изначально данных», согласно букве и духу российской Конституции, не означает их «надправового» (метаправового) характера, например их понимания в других вариантах теории естественного права (а с этим готовы согласиться и позитивисты) как морального (морально-религиозного) требования. Разумеется, этические критерии необходимы применительно к процессу

реализации прав, в правозащитной деятельности. Вряд ли оспори́ма важность этической оценки состояния законности, всего существующего правопорядка. Моральные и морально-религиозные критерии выступают на первый план при обсуждении так называемых новых поколений прав (эвтаназия, клонирование). Теоретически и практически актуален в связи с этим вопрос о регулирующей роли правосознания в тесном контакте с нравственным и религиозным сознанием, тем более что юристы пока еще не прояснили свою позицию в диалоге светских (прежде всего конституционной) и религиозных концепций прав человека. Однако как правовое (а не метаправовое) явление права человека нуждаются в правовом обосновании. А это требует конкретизации их онтологии и аксиологии в духе действующей Конституции.

6. Конституционный антропоцентризм сочетает в их неразрывной связи онтологический (принадлежность человеку) и аксиологический (высшая ценность прав) аспекты прав человека.

В онтологическом аспекте конституционный антропоцентризм закрепляет и гарантирует прежде всего изначальную правоспособность, правосубъектность индивидов (и их объединений — юридических лиц), т. е. их способность, без чьей-либо опеки извне, быть субъектами права, субъектами своих прав (и обязанностей), способность (по Канту) позволять другим то, что дозволяешь себе, иными словами, быть изначально субъектами правовой свободы. Такой способностью обладает человек по естественному факту рождения (по биологической природе) и по своей исторически обусловленной социальной природе, в современных условиях — в силу рождения в таком обществе, где он признается субъектом принадлежащих ему и неотъемлемых именно человеческих, т. е. всеобщих и равных прав. Права человека неотчуждаемы, так как никто не может их отобрать, находясь при этом в пространстве права. Вместе с тем права побуждают индивида к деятельности, включают в систему социальных связей и отношений.

В аксиологическом аспекте права человека самоценны в том смысле, что они принадлежат ему прежде всего как человеку, а не как гражданину государства, члену какой-либо социальной группы или участнику социального взаимодействия (коммуникации). Самоценность прав есть одновременно их высшая ценность как исходно существующих («надпозитивных»), как исходного начала общественной и государственной жизни. Но это никак не означает, что индивидуальные права и свободы носят некий «надобщественный», «надгосударственный» характер, если, конечно, общество и государство не находятся «над» или вне права, не отчуждены от человека, не противостоят ему. Выдвигаемые в литературе аргументы против идеи высшей ценности прав со ссылкой на приоритет интересов общества и государства не согласуются с основополагающим конституционным принципом верховенства права. В интересах правового общества и демократического правового государства (всего международного сообщества) как раз не допускать произвола против личности, не использовать права и свободы в каких бы то ни было антиправовых, пусть и объявляемых гуманитарными, целях.

7. Особое внимание уделяется в последние годы вопросу о том, универсальны ли права человека. Критика идеи универсальности прав, лежащей в основе Всеобщей декларации прав человека и последующих международно-правовых документов о правах человека, ведется с различных позиций. Некоторыми западными и отечественными авторами она осуществляется в широком контексте критики всей идеологии

антропоцентризма (и естественного права) как не отвечающей вызовам постмодернистского общества с его требованиями радикального релятивизма — онтологического (отрицание универсальной природы человека), эпистемологического (отрицание абсолютной истины), культурологического (отрицание единой цивилизации). Но чаще акцентируется внимание на несовместимости концепции универсальных прав с культурно-цивилизационным многообразием современного мира.

Прежде всего следует подчеркнуть, что право, а значит, и права человека, по своим сущностным характеристикам, позволяющим абстрагироваться от их конкретно-исторического, культурного многообразия, всегда универсальны. Вместе с тем универсальность прав — это не одинаковость их конституционных, национальных моделей. Универсальность прав предполагает плюрализм их восприятия, интерпретации, способов «встраиваться» в разные культуры с несхожими традициями и ценностями, оставаясь при этом, что самое важное, в пространстве права. В противном случае риторика «права каждой культуры на самовыражение» может скрывать не просто тенденцию к самоизоляции, но и возможные тоталитарные притязания.

8. Теория прав человека находится все еще в стадии становления, особенно с точки зрения ее практической эффективности. Права человека, вопреки Конституции, нередко вновь трактуются как отраженные обязанности либо, наоборот, совершенно заслоняют собой обязанности человека и гражданина перед обществом и государством. Не разработана развернутая и внутренне непротиворечивая концепция социальных прав. Запоздывание доктринального самоопределения юристов в дискуссиях о «новых поколениях» прав препятствует их адекватному восприятию общественным правосознанием. В современном многополярном мире необходим, без сомнения, и конструктивный взаимокультурный, межкультурный диалог по проблемам универсальности признанных международным сообществом прав и свобод.

По всем этим и другим актуальным вопросам теории и практики прав человека остается востребованным как отвечающий вызовам современности научно-практический потенциал действующей Конституции РФ.

## СУЩНОСТЬ И ОСОБЕННОСТИ КОНСТИТУЦИИ США

Д. М. ДИАСАМИДЗЕ\*

Конституционная история будущих Соединенных Штатов началась еще в годы войны за независимость английских колоний в Северной Америке (1775–1783 гг.). Война завершилась подписанием в 1783 г. Парижского мирного договора, в котором Великобритания признала «свободу и независимость» своих бывших американских колоний — 13 штатов, образовавших США.

4 июля 1776 г. была принята Декларация независимости США.

15 ноября 1777 г. Континентальный конгресс одобрил основной закон США, который стал действующим после ратификации его штатами с 1 марта 1781 г. под названием «Статьи Конфедерации и вечного союза».

В целях укрепления государственности Конгресс США созвал 25 мая 1787 г. в Филадельфии Конвент из представителей всех штатов для пересмотра Статей Конфедерации. В результате появилась новая Конституция, которая вступила в силу после ее ратификации 4 марта 1789 г. одиннадцатью штатами.

Американская конституция была, собственно, первой в мировой истории писаной конституцией (исключая конституции штатов) — первой конституцией в формальном значении этого слова. Однако новизна ее заключалась не столько в самом факте изложения норм государственного права в виде письменного свода основных законов, сколько в особом значении ее положений, которым была придана сила главенствующей государственно-правовой нормы. Эта определяющая роль конституции выражалась в том, что все законы, как общие, федеральные, так и законы штатов, должны были соответствовать Конституции США.

Для изменения текста Конституции была предусмотрена специальная процедура, затрудняющая ее пересмотр. При голосовании по проекту изменений в Конституции требовалось так называемое квалифицированное большинство — не менее  $\frac{2}{3}$  обеих палат Конгресса, и при ратификации их — как минимум  $\frac{3}{4}$ .

Проблема изменения Конституции стала актуальной вскоре после ее принятия. В 1791 г. она была дополнена сразу десятью поправками, а с 1798 по 1992 г. было принято еще 17 поправок. В Соединенных Штатах пересмотр конституции не влечет за собой, как в других странах, изменения ее первоначального текста, поправки вносятся в виде дополнительных статей.

В Конституции была закреплена республиканская форма государства в масштабах всей страны и в каждом из штатов.

В виде основы устройства высшей государственной власти был принят принцип «разделения властей», дополненный возможностью воздействия

\* Диасамидзе Джумбер Мамудович — соискатель СПбГУ.  
© Д. М. Диасамидзе, 2009

высших органов друг на друга, что получило название системы «сдержек и противовесов». Суть этой системы состоит, например, в том, что власть Палаты представителей сдерживается Сенатом, в котором все штаты представлены поровну. В свою очередь, возвышение Сената предотвращено лишением его бюджетной инициативы. Власть обеих палат Конгресса ограничена президентским вето; полномочия же последнего лимитируются Сенатом, согласие которого требуется при назначении министров и других высших государственных служащих. В целом система «сдержек и противовесов» имеет целью создать механизм, с помощью которого можно предотвратить неправомерное возвышение какого-либо органа за счет полномочий другого.

Конституция США 1787 г. состоит из преамбулы, семи статей и 27 поправок и в значительной мере основывается на разработанной французским просветителем Ш. Монтескье теории разделения властей. Три основные статьи Конституции (ст. I–III) посвящены регламентации законодательной, исполнительной и судебной власти. Эти власти внешне строго разграничивались, но в то же время предусматривалась возможность их взаимного контроля.

США после принятия Конституции по форме государственного устройства стали федерацией с мощным центральным государственным аппаратом. Вопросы, не затрагивавшие интересов федерации, решались штатами самостоятельно, в них действовали государственный аппарат и свои конституции. Каждый гражданин Соединенных Штатов подчинялся, таким образом, как конституции своего штата, так и федеральной конституции.

Интересно выяснить, в какой степени штаты сохраняли автономию и как далеко простиралась власть федеральных органов. Формально круг вопросов, относящихся к компетенции федеральных органов, не слишком обширен. Он охватывает: а) внешнюю политику; б) вооруженные силы, сухопутные и морские, оборону государства; в) натурализацию, эмиграцию и иммиграцию; г) внешнюю торговлю и товарооборот между штатами и вытекающие отсюда таможенные, валютные и почтовые операции; д) круг финансовых вопросов, связанных с федеральным бюджетом и общефедеральными задачами. Во всех прочих сферах штаты сохраняли значительные права. Следует отметить, что Конституция предоставила федеральному правительству право военного вмешательства во внутренние дела штатов для подавления мятежа и «беспорядков». В дальнейшем конституционная практика XIX–XX вв. привела к постепенному расширению компетенции федерации за счет сокращения компетенции штатов.

В отличие от Конституции США, конституции штатов более гибки и систематически подвергаются многочисленным изменениям. Число поправок, изменений и дополнений к конституционным текстам составляет в каждом из штатов несколько сотен.

В Конституции США ничего не говорилось о гражданских правах, поэтому в период ее ратификации отдельные штаты выдвигали требование включить в федеральную конституцию «Декларацию гражданских прав» по образцу тех, которые имелись в конституциях штатов. В 1789–1791 гг. были разработаны, а 15 декабря 1791 г. включены в Конституцию первые десять поправок, известных под названием «Билля о правах».<sup>1</sup> Статьи

---

<sup>1</sup> Каленский В. Г. Билль о правах в конституционной истории. Историко-критическое исследование. М., 1983. С. 271.

этого документа провозглашали свободу совести, слова, печати, свободу собраний. Здесь гарантировалась неприкосновенность частной собственности, говорилось о суде присяжных, о правах обвиняемого в уголовном процессе.

Остановимся на наиболее важных поправках, принятых после «Билля о правах» 1791 г.

Поправки XIII, XIV и XV были приняты после Гражданской войны 1861–1865 гг. и касались отмены рабства в США.

Поправка XX (1933 г.) зафиксировала новые сроки вступления в должность президента и вице-президента (20 января следующего после выборов года)<sup>2</sup> и начала первой сессии вновь избранного Конгресса (3 января следующего после выборов года), уполномочила Конгресс принимать необходимые законы, определяющие порядок замещения президентской должности в случае, если кандидаты на посты президента и вице-президента не отвечают конституционным требованиям.

В этой поправке много неясных мест, например фрагмент раздела 3, касающийся ситуации, когда «президент не отвечает требованиям, предъявленным к кандидатам на эту должность».<sup>3</sup> Американские доктринальные источники обходят молчанием это положение. Можно, однако, предположить, что речь идет о выявленной юридической неспособности лица, избранного президентом, занять этот пост (например, если незадолго до инаугурации обнаружится, что лицо, избранное на должность президента, не является гражданином США по рождению, или не достигло установленного возраста, либо было судимо за преступление). На практике таких прецедентов не было, поэтому ни Конгресс, ни суды, ни ученые-государствоведы данное положение не разъяснили.

Поправка XXI (1933 г.) отменила «сухой закон», введенный поправкой XVIII.

Поправка XXII (1951 г.) ограничила количество переизбраний на пост президента США.<sup>4</sup>

Д. Эйзенхауэр следующим образом оценил мотив принятия этой поправки: «Поправка XXII Конституции была в большей степени актом запоздалой мести, направленной против покойного президента Франклина Д. Рузвельта, чем результатом обстоятельного юридического размышления о государственных институтах страны».<sup>5</sup> Ф. Д. Рузвельт, как известно, избирался на пост президента четыре раза подряд, что вызывало недовольство у его политических противников.

Поправка XXIII (1961 г.) наделила жителей федерального округа Колумбия — места пребывания правительства США — правом участия в выборах президента страны.

Поправка XXIV (1964 г.) отменила налог на участие граждан в выборах федеральных органов власти.

<sup>2</sup> До принятия поправки датой вступления в должность вновь избранных президента и вице-президента было 4 марта следующего после выборов года.

<sup>3</sup> Уэйн С. Действующая американская конституция // США: Экономика, политика, идеология. 1992. № 7.

<sup>4</sup> Доцент А. В. Ильин обращает внимание на лекциях для студентов юридического факультета СПбГУ, что максимально допустимый совокупный срок пребывания в должности президента США, согласно первому разделу XXII поправки, составляет 10 лет без одного дня.

<sup>5</sup> Уэйн С. Действующая американская конституция. С. 75.

Поправка XXV (1967 г.) установила порядок преемственности поста президента<sup>6</sup> и определила условия временного исполнения его обязанностей. В случае отстранения президента от должности, его смерти или отставки, а также временной неспособности президента исполнять свои обязанности, президентом становится вице-президент. Если пост вице-президента оказывается вакантным, президент назначает вице-президента, который утверждается в должности большинством голосов обеих палат Конгресса.

Поправка XXVI (1971 г.) снизила возрастной избирательный ценз до 18 лет.

Поправка XXVII (1992 г.) установила, что закон, изменяющий размеры вознаграждения сенаторов и членов Палаты представителей, не должен вступать в силу до проведения следующих выборов в Палату представителей.

За время существования федерации конституционное право претерпело в США важные изменения. Наряду с писаной федеральной конституцией 1787 г. в США оформилась и так называемая «живая конституция», без которой невозможно понять американские политические реалии. Под «живой конституцией» понимают все государственные законы, судебные постановления, политические институты, властные функции, которые не зафиксированы в Основном Законе, но по своей фактической роли ему равнозначны или даже в известной мере возвышаются над ним.

Ни одна отрасль права США не является в такой степени результатом правотворчества Верховного суда, как конституционное право. «Правообразующие» функции Верховного суда наиболее эффективно и широко реализуются именно в сфере конституционных норм, которые систематически приспособляются с помощью решений суда к меняющимся экономическим и политическим условиям американского общества.

Конечно, в конституциях, законодательстве и судебной практике штатов также содержится нормы о правах и свободах личности. Но противоречить тому, что определено Верховным судом США, они не могут. Фактическое назначение их сводится к заполнению имеющихся пробелов и конкретизации форм, установленных федеральным правом.

Подводя итоги, отметим, что конституционное законодательство США XX в. мало затронуло структуру конституционных органов государственного аппарата и их компетенцию и касалось главным образом одного института — президентской власти. Поправки XX, XXII, XXV определили, в частности, порядок вступления в должность президента, ввели ограничение времени пребывания на посту президента двумя сроками, предоставили право замещения должности президента при соответствующих обстоятельствах вице-президенту.

Важное политическое значение имели реформы избирательного права, проведенные путем принятия поправок XIX (1920 г.), XXIV и XXVI. Эти поправки привели к существенной демократизации и унификации норм избирательного права, действующих в штатах, которым отводилась основная роль в правовом регулировании выборов. Широкое общественное

---

<sup>6</sup> Как известно, США — президентская республика. В Конституции США прямо не определено, что президент является одновременно и главой правительства, и главой государства. Такой дуализм статуса президента в данной президентской республике — явление как бы само собой разумеющееся, тем более что Конституция США не предусматривает отдельного поста главы правительства.

движение 1960-х годов послужило первоосновой для принятия демократических поправок к Конституции и социальных законов.

Таким образом, наряду с нововведениями в новейшее время сохранили свою роль классические демократические институты и нормы. Среди них особое значение принадлежит разделению властей (как образно выразился один из известных американских ученых, «если все дороги ведут в Рим, то все вопросы американского управления рано или поздно сводятся к разделению властей»<sup>7</sup>).

Модель, созданная американскими «отцами-основателями», доказала свою жизнеспособность и гибкость: основы ее сохранились, между тем как соотношение и взаимоотношения властей приспособлялись к требованиям времени. Так, в отношениях двух главных ветвей власти — исполнительной и законодательной — обнаружилась закономерность, оформившаяся именно под воздействием различающихся исторических реалий. Полномочия исполнительной власти, в первую очередь президента, расширились, как правило, в кризисные эпохи, а в посткризисные — законодательная власть брала реванш, восстанавливая равновесие двух ветвей власти. В связи с такими перепадами американские аналитики писали о наступлении то эпохи «имперского президентства», то эпохи «президентского конгресса»<sup>8</sup>. В целом же взаимоотношения двух ветвей власти находились в состоянии динамического равновесия, означающего, что возвышение одной ветви власти неизменно вызывает к жизни расширение полномочий другой ветви, и предусмотренный Конституцией баланс властей восстанавливается.

---

<sup>7</sup> Цит. по: *Мишин А. А.* Принцип разделения властей в конституционном механизме США. М., 1984. С. 34.

<sup>8</sup> *Jones G., Martini J.* The Imperial Congress. Crisis in the Separation of Powers. New York, 1988; *Schlesinger A., Jr.* The Imperial Presidency. Boston, 1973.

## О КОРПОРАТИВНОМ ПРАВЕ И КОРПОРАТИВНОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ

О. А. МАКАРОВА



Макарова  
Ольга Александровна,  
к. ю. н., доцент, кафедра  
коммерческого права СПбГУ

В последнее десятилетие в научном обороте активно используются термины «корпорация», «корпоративное право», «корпоративное законодательство». Вместе с тем вопрос как о доктринальном, так и легальном определении данных понятий остается открытым. Что же понимается под корпоративным правом и корпоративным законодательством?

Традиционно понятие «корпоративное право» рассматривается в следующих аспектах: 1) как объективно сложившаяся система правовых норм, регулирующих определенный круг общественных отношений; 2) как система нормативно-правовых актов различной отраслевой принадлежности; 3) как самостоятельная наука; 4) как учебная дисциплина.

**Корпоративное право — система правовых норм.** Если корпоративное право — объективно сложившаяся система правовых норм, то каков характер этих правовых норм? Можно

ли считать, что эти нормы составляют отрасль права или нет?

С. С. Алексеев называет корпоративное право модным и разрастающимся институтом гражданского права.<sup>1</sup> И. В. Редькин понимает под корпоративным правом комплексный институт законодательства РФ преимущественно гражданско-правовой направленности.<sup>2</sup> По мнению Н. Н. Пахомовой, корпоративное право есть не институт, а подотрасль гражданского права.<sup>3</sup>

В. В. Гушин, Ю. О. Порошкина, Е. Б. Сердюк рассматривают корпоративное право как межотраслевой институт, как «систему или совокупность юридических норм, принимаемых органами государственной власти, регулирующих правовой статус, порядок деятельности и создания коммерческих юридических лиц, являющихся корпорациями, а также

© О. А. Макарова, 2009

<sup>1</sup> Алексеев С. С. Собственность в акционерном обществе // Цивилистическая практика. 2003. № 1. С. 3.

<sup>2</sup> Редькин И. В. Основные этапы развития спроса на корпоративное право в России // Развитие спроса на правовое регулирование корпоративного управления в частном секторе. М., 2003. С. 36.

<sup>3</sup> Пахомова Н. Н. Основы теории корпоративных отношений (правовой аспект). Екатеринбург, 2004. С. 159.

государственно-правовое регулирование корпоративной деятельности, обязательных для всех участников корпоративных отношений и охраняемых силой государственного принуждения... совокупность норм, устанавливаемых органами управления корпорации, выражающих волю ее членов, обязательных для участников корпорации и охраняемых силой корпоративного принуждения, а при его недостаточности — силой государственного принуждения».<sup>4</sup>

По мнению И. С. Шиткиной, корпоративное право, являясь институтом предпринимательского права, представляет собой совокупность норм или правил поведения, регулирующих на основе сочетания частных и публичных методов правового регулирования общественные отношения, связанные с образованием и деятельностью корпораций.<sup>5</sup> Т. В. Кашанина рассматривает корпоративное право в качестве подотрасли предпринимательского права.<sup>6</sup>

Корпоративное право — это частное право «капитальных» объединений. Как система правовых норм, корпоративное право является составной частью коммерческого (предпринимательского) права наряду с такими его составными частями, как банковское, страховое, биржевое право и др. Это система таких правовых норм, которые регулируют отношения, связанные с организацией и функционированием предпринимательского объединения в форме корпорации — АО.

Поскольку коммерческое право есть совокупность общих и специальных норм гражданского права,<sup>7</sup> то корпоративное право — это прежде всего система общих и специальных норм гражданского права, регулирующих правовое положение предпринимательского объединения в форме акционерного общества — корпорации.

В зависимости от того, что понимается под корпорацией (только «капитальное» объединение или и «персональное», и «капитальное» объединение), понятие корпоративного права рассматривается в литературе как в широком, так и в узком смысле.

В широком понимании корпоративное право — это право и персональных, и капитальных объединений, создаваемых для достижения определенных совместных целей. В книге «Введение в немецкое право», в частности, приводится следующее определение корпоративного права: «Корпоративное право — это право обществ гражданского права, открытого торгового товарищества (общества), командитного товарищества (общества), скрытого общества (негласное товарищество), партнерского общества, Европейского хозяйственного объединения интересов, сообщества судовладельцев, союзов, акционерных обществ, командитных обществ на акциях, обществ с ограниченной ответственностью, внесенного в реестр товарищества и страхового общества на паях».<sup>8</sup> Иными словами,

<sup>4</sup> Гуцин В. В., Порошкина Ю. О., Сердюк Е. Б. Корпоративное право. М., 2006. С. 80.

<sup>5</sup> Корпоративное право / отв. ред. И. С. Шиткина. М., 2008. С. 15.

<sup>6</sup> Кашанина Т. В. Корпоративное право. Право хозяйственных товариществ и обществ. М., 1999. С. 40.

<sup>7</sup> Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право. М., 2003. С. 15. — В. Ф. Яковлев отмечает, что предпринимательское право есть гражданское право в той его части, в какой оно опосредует отношения с участием предпринимателей (Яковлев В. Ф. Россия: экономика, гражданское право (вопросы теории и практики). М., 2000. С. 38).

<sup>8</sup> Жалинский А., Рёрихт А. Введение в немецкое право. М., 2001. С. 488.

это право любых объединений (и капитальных, и персональных), создаваемых для определенной общей цели.

Из широкого понимания корпоративного права исходит Т. В. Кашанина, рассматривая его как право хозяйственных товариществ и обществ. По ее мнению, «корпоративное право — это система правил поведения, которые разработаны в организации, основанной на объединении лиц и капиталов, выражают волю ее коллектива и регулируют различные стороны деятельности данной организации».<sup>9</sup> Корпоративное право также можно назвать внутриорганизационным, внутрифирменным правом. «Любая организация, представляющая собой автономное образование, объединение лиц и капиталов для осуществления какой-либо социально полезной деятельности, вправе формулировать для своих членов определенные правила поведения с тем, чтобы наиболее эффективно организовать их работу и достичь поставленных перед организацией целей и задач».<sup>10</sup>

В узком понимании корпоративное право — это частное право предпринимательских «капитальных объединений», право акционерных обществ (предпринимательских корпораций). При этом оно не сводится к праву внутриорганизационному, внутрифирменному — правилам поведения для участников корпорации.<sup>11</sup> Его предмет — корпоративные отношения — шире, чем отношения только внутриорганизационные. Корпоративные отношения — это прежде всего отношения внутри самой корпорации между различными группами участников корпорации, между ними и профессиональным менеджментом, между директорами и менеджментом. Характер этих отношений различный: это отношения в сфере управления (которые шире, чем отношения внутриорганизационные), имущественные отношения (например, определение размера вознаграждения членам Совета директоров). От того, насколько отлажены механизмы взаимоотношений внутри корпорации, зависит положение корпорации вовне: ее «прозрачность» и привлекательность для инвесторов. Поэтому вторая составляющая корпоративных отношений — это внешние отношения корпорации с партнерами, кредиторами, персоналом, биржами, специалистами фондового рынка, государственными органами, осуществляющими контроль за деятельностью корпорации.

Использование в российской практике термина «корпоративное право» вместо термина «акционерное право», или «право акционерного общества», с одной стороны, довольно условно, но с другой — обусловлено тем, что российские акционерные общества уже достигли такого экономического развития и потенциала, имеют такую сложную структуру управления, что на первый план выходят проблемы разрешения конфликтов интересов внутри общества, повышение его инвестиционной привлекательности вовне.

Если акционерное право как составная часть предпринимательского права — это совокупность правовых норм, регулирующих порядок создания, реорганизации и ликвидации АО, права и обязанности их акционеров и обеспечивающих защиту прав и интересов акционеров, то корпоративное право — это то же акционерное право, но в своем новом витке развития, когда первостепенное значение приобретает регулирование отношений собственников (акционеров) с профессиональным менеджментом, самого

<sup>9</sup> Кашанина Т. В. Корпоративное право. Учебник для вузов. М., 1999. С. 59.

<sup>10</sup> Кашанина Т. В. Корпоративное (внутрифирменное) право. М., 2003. С. 16.

<sup>11</sup> Кашанина Т. В. Корпоративное право. С. 59.

общества с потенциальными инвесторами с целью сглаживания и минимизации конфликтов внутри корпорации и вовне. Причем это регулирование осуществляется не только и не столько правовыми нормами, сколько нормами морально-этическими, правилами, установленными самой корпорацией, деловыми обычаями и обычаями.

Такие правила поведения, действующие в рамках корпорации и установленные самой корпорацией, являются корпоративными нормами. Они принимаются самой корпорацией, что является реализацией самоуправления (саморегулирования), но при этом они должны соответствовать нормам права. Такие корпоративные нормы обязательны для участников корпорации, при этом они не обеспечиваются государственным принуждением, но могут включать определенные санкции, установленные самой корпорацией, т. е. обладают собственным механизмом принуждения.

Определяя корпоративные нормы как правила поведения участников искусственно создаваемых социальных групп, С. А. Алейник отмечает, что они имеют двойное значение: с одной стороны, дополняют нормы права, с другой — декларируют правовой статус корпоративного объединения и иную юридически значимую информацию.<sup>12</sup>

Корпоративные нормы нельзя сводить к локальным нормам, выраженным в локальных актах корпорации.<sup>13</sup> Под корпоративными нормами можно понимать правила поведения участников корпорации, независимо от того, выражены они или нет в том или ином локальном акте. Важно, чтобы эти нормы не противоречили законодательству и принципам права.

Для акционерных обществ, впрочем, как и для любых участников торгового оборота, значение имеет следование принципам добросовестности, разумности и справедливости. Поэтому морально-этические стандарты разумности, справедливости и добросовестности также рассматриваются как составная часть в регулировании корпоративных отношений и приобретают все большее значение в деятельности акционерных обществ. Такие этические нормы, регулирующие корпоративные отношения, изложены в Кодексе корпоративного поведения, рекомендованном акционерным обществам к применению.

Применение обществом Кодекса корпоративного поведения как акта рекомендательного является добровольным: его исполнение не обеспечивается нормами государственного принуждения, следовательно, начинают действовать другие механизмы, заставляющие общество следовать его предписаниям.<sup>14</sup> Регулирование из нормативно-обязательного переходит в плоскость действия морально-этических стандартов разумности, справедливости и добросовестности, в плоскость самоуправления (самоуправления). Иными словами, если корпорация хочет быть привлекательной для инвесторов, желает минимизировать внутрикорпоративные конфликты, она должна будет следовать рекомендациям Кодекса корпоративного поведения.

<sup>12</sup> Алейник С. А. Корпоративные нормы: определение понятия // Вестник Российской правовой академии. 2003. № 3. С. 16–20.

<sup>13</sup> И. С. Шиткина совершенно верно пишет, что локальная норма обладает более высоким уровнем соблюдения ввиду учета конкретных обстоятельств (Шиткина И. С. Правовое регулирование деятельности акционерных обществ внутренними локальными документами. Дис. ... к. ю. н. М., 1997. С. 160).

<sup>14</sup> Т. В. Кашанина использует термин «корпоративное принуждение» (Кашанина Т. В. Корпоративное право. С. 64).

Подтверждением приверженности корпорации рекомендациям Кодекса должно стать внесение поправок, основанных на этих рекомендациях, в уставы и иные внутренние документы акционерных обществ, а также принятие собственных кодексов корпоративного поведения, основанных на рекомендациях Кодекса корпоративного поведения.<sup>15</sup>

Что будет, если корпорация не следует положениям Кодекса корпоративного поведения? Ведь никаких мер государственного принуждения в этом случае не предусмотрено. Но последствия для корпорации могут быть более суровыми, чем при нарушении нормы законодательства: такой корпорации будет все сложнее и сложнее привлечь серьезных инвесторов, и она потеряет свою инвестиционную привлекательность.

Таким образом, корпоративное право — это совокупность общих и специальных норм гражданского права (частноправовых норм), регулирующих корпоративные отношения, а также корпоративных норм, установленных самой корпорацией и обеспечиваемых негосударственным принуждением.

В узком смысле корпоративное право — это совокупность корпоративных норм, т. е. правил поведения, устанавливаемых самой корпорацией и исполняемых всеми участниками корпорации добровольно, без государственного понуждения. Формирование такой совокупности норм означает новый уровень регулирования отношений внутри корпорации (корпоративных отношений).

В широком смысле корпоративное право — это совокупность норм гражданского права (акционерное право) и корпоративных правил поведения (корпоративных норм).

**Корпоративное законодательство** — это совокупность нормативных актов, содержащих нормы разных отраслей права (частного и публичного), регулирующих отношения внутри корпорации и вовне.

Корпоративное законодательство есть акционерное законодательство — т. е. совокупность нормативных правовых актов различной отраслевой принадлежности, регулирующих деятельность АО.

Законодательство строится, как правило, исходя из практических интересов и потребностей, поэтому включает разные по своей отраслевой природе нормы, чтобы учесть определенные связи между различными общественными отношениями (гражданскими, административными и др.) и комплексно их урегулировать. Это правило распространяется и на корпоративное законодательство, которое по своей природе является комплексным. В него включаются нормативные акты, которые содержат нормы разных отраслей права.

Корпоративное законодательство объединяет прежде всего нормы частного права. Именно они составляют основу корпоративного законодательства. Вместе с тем в него включены и нормы публичного права, связанные с государственным регулированием корпораций. Законодательное регулирование корпораций должно учитывать интересы не только акционеров, но и иных лиц (наемных работников, партнеров, органов государственной и местной власти, население), общества и государства в целом. В системе отношений «общество — бизнес» деятельность корпорации способствует увеличению всеобщего богатства и оптимизации производства, служит интересам общества в целом.

---

<sup>15</sup> Кодекс корпоративного поведения. Корпоративное поведение в России / под ред. И. В. Костикова. М., 2003. С. 59.

Корпоративное законодательство содержит поэтому и нормы публичного права. Например, Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»<sup>16</sup> обязывает открытые АО проводить ежегодный аудит, раскрывать информацию в том объеме и порядке, которые определены нормативными актами о раскрытии информации. АО обязаны следовать этим нормам и в случае их неисполнения будут нести ответственность, предусмотренную административным и уголовным законодательством.

Говоря о корпоративном законодательстве, следует обратить внимание на ту закономерность, которая характерна вообще для нормативно-правового режима предпринимательства: чем меньше нормативно-правового регулирования коммерческих отношений, тем больше возможностей для саморегулирования этих отношений. Нормативно-правовые формы должны определять лишь необходимые требования, предъявляемые к предпринимательству, оставляя широкий простор для собственного усмотрения предпринимателя.<sup>17</sup> Предпринимательство и такая его форма, как объединение капиталов, как раз и относятся к той сфере деятельности, где определяющим является саморегулирование (самоуправление).

Следовательно, должен быть определенный баланс между законодательным регулированием и саморегулированием корпорацией. Необходимо иметь в виду две тенденции в регулировании корпоративных отношений. Первая состоит в том, что законодательство устанавливает и должно устанавливать только общие обязательные правила. Это так называемое «жесткое» регулирование корпоративных отношений, выражающееся в наличии устойчивого законодательства на уровне федеральных законов. Это регулирование является в основном императивным, но не лишено и диспозитивных норм.

Например, изменения, внесенные в акционерный закон в 2001 г.,<sup>18</sup> были направлены на сокращение «уставотворчества», сокращение числа диспозитивных норм. Если в первой редакции Федерального закона «Об акционерных обществах» 1995 г. во многих статьях было предусмотрено, что «иное может быть предусмотрено уставом», то в редакции 2001 г. эта возможность во многих случаях исключена: действует только норма закона. Если первоначально кумулятивное голосование при выборах членов совета директоров было обязательно только для АО с числом акционеров — владельцев голосующих акций более одной тысячи и могло быть предусмотрено уставом в АО с числом акционеров — владельцев голосующих акций 1000 и менее, то Федеральный закон от 24 февраля 2004 г. № 5-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об акционерных обществах”»<sup>19</sup> установил императивное правило, предусматривающее, что выборы членов совета директоров общества осуществляются только кумулятивным голосованием.

В Концепции развития корпоративного законодательства на период до 2008 г. отмечалось, что «корпоративное законодательство должно основываться на широком использовании диспозитивных норм и правонаделяющих предписаний. В области корпоративного права разрешено все, что прямо не запрещено законом или не связано со злоупотреблением

<sup>16</sup> СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

<sup>17</sup> Попондопуло В. Ф. Коммерческое (предпринимательское) право. С. 52.

<sup>18</sup> Федеральный закон от 7 августа 2001 г. № 120-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон “Об акционерных обществах”» // СЗ РФ. 2001. № 33 (ч. 1). Ст. 3423.

<sup>19</sup> СЗ РФ. 2004. № 11. Ст. 913.

правами. Императивные нормы и запреты должны использоваться лишь в наиболее принципиальных вопросах».<sup>20</sup>

Законодательство создает основу для правового регулирования корпоративных отношений, но оно не может и не должно стремиться урегулировать в деталях все вопросы деятельности общества. Поэтому оно либо вообще не содержит норм, регулирующих соответствующие отношения (причем далеко не всегда отсутствие регулирования является пробелом в законодательстве), либо устанавливает общее правило, оставляя за участниками таких отношений возможность выбора варианта поведения.<sup>21</sup> Иными словами, должен быть правильный баланс между государственным регулированием и свободой деятельности корпорации.

Вторая тенденция в регулировании корпоративных отношений — это возрастание роли так называемого «мягкого» регулирования, или саморегулирования. Дело в том, что нормы законодательства не всегда могут обеспечить надлежащее корпоративное поведение и разрешение возможных корпоративных конфликтов. Поэтому, с одной стороны, возрастает роль и значение внутренних локальных актов акционерного общества, являющихся составной частью источников акционерного (корпоративного) права; с другой стороны, корпорации сами устанавливают обязательные для своих участников правила поведения — корпоративные нормы. В основном они основываются на общих принципах добросовестности, разумности и справедливости, учета интересов всех участников корпорации. Если такая корпоративная норма учитывает интересы всех (или большинства) участников корпорации, то она является выражением их воли. Сформированная в обществе воля — это и есть правовая норма, которая признается общей волей участников корпоративного объединения.<sup>22</sup> Поэтому морально-этические стандарты разумности, справедливости и добросовестности также рассматриваются как составная часть в регулировании корпоративных отношений и приобретают все большее значение в деятельности акционерных обществ. Такие этические нормы, регулирующие корпоративные отношения, изложены в Кодексе корпоративного поведения, рекомендованном акционерным обществам к применению.

Таким образом, этические нормы, используемые в деловом сообществе и основанные на принципах разумности, справедливости и добросовестности, являются составной частью источников корпоративного права и формируют устойчивые стереотипы поведения, общие для всех участников корпоративных отношений.

**Наука корпоративного права** является довольно молодой и находится в процессе становления. Она изучает особенности правового регулирования корпоративных отношений. Кроме того, в предмет науки входят доктрина корпоративного права, а именно различные юридические конструкции, определения, концепции и теории, а также практика, прежде всего практика арбитражных судов, связанная с рассмотрением корпоративных споров.

В силу молодости науки корпоративного права сегодня пока еще мало глубоких, фундаментальных работ, посвященных проблемам корпоративного права. Вместе с тем можно назвать работы Е. П. Губина, Д. И. Дедова,

<sup>20</sup> [www.duma.gov.ru/sobstven/analysis/corporation/2006/conception](http://www.duma.gov.ru/sobstven/analysis/corporation/2006/conception) 2008.htm

<sup>21</sup> Кодекс корпоративного поведения. М., 2003. С. 5.

<sup>22</sup> Эннексерус Л. Курс германского гражданского права. Т. 1. М., 1949. С. 117–

В. В. Долинской, Т. В. Кашаниной, Д. В. Ломакина, А. Е. Молотникова, Г. С. Шапкиной, И. С. Шиткиной и др.<sup>23</sup>

Что касается **корпоративного права как учебной дисциплины** (учебного курса), то сегодня многие учебные юридические и экономические заведения включают в свои учебные программы курсы корпоративного права или корпоративного управления.

Учебная дисциплина корпоративного права является комплексной, так как она изучает и особенности частноправового регулирования корпораций, и особенности публично-правового регулирования их деятельности.

Структура курса «Корпоративное право», читаемого сегодня в различных учебных программах, может быть разной. Как правило, в рамках курса изучаются вопросы доктрины корпоративного права, особенности и состояние корпоративного законодательства. Далее рассматриваются вопросы создания и учреждения АО, формирования уставного капитала АО, режим ценных бумаг АО и порядок их выпуска. Отдельным блоком в курс корпоративного права включены вопросы корпоративного управления, связанные с формированием и компетенцией Совета директоров (наблюдательного совета) общества, исполнительных органов общества, с порядком проведения общего собрания акционеров. Отдельно рассматриваются вопросы, касающиеся прав акционеров и способов защиты их прав и интересов. Наконец, в курсе изучаются вопросы, связанные с совершением обществом крупных корпоративных действий: крупных сделок, сделок с заинтересованностью, реорганизацией и ликвидацией общества.

---

<sup>23</sup> См., напр.: *Дедов Д. И.* Конфликт интересов. М., 2004; *Долинская В. В.* Акционерное право: основные положения и тенденции. М., 2006; *Кашанина Т. В.* Корпоративное право (право хозяйственных товариществ и обществ). М., 1999; *Корпоративное право.* Учебник / отв. ред. И. С. Шиткина. М., 2008; *Ломакин Д. В.* Акционерное правоотношение. М., 1997; *Молотников А. Е.* АО и ООО: две формы ведения бизнеса. М., 2004; *Управление и корпоративный контроль в акционерном обществе* / под ред. Е. П. Губина. М., 1999; *Шапкина Г. С.* Арбитражно-судебная практика применения Федерального закона «Об акционерных обществах». М., 1997.

## ПРАВОВАЯ ОРГАНИЗАЦИЯ УПРАВЛЕНИЯ В ХОЗЯЙСТВЕННЫХ ОБЩЕСТВАХ

С. А. ГИНЬКО\*

Главные отличия хозяйственных обществ от других форм предпринимательской деятельности — отделение собственности от управления и объединение капиталов — это основа организации. Высшей формой развития юридического лица, его наиболее сложной разновидностью является акционерное общество. Поэтому рассмотрение вопросов правовой организации управления в хозяйственных обществах в основном будет осуществляться на примере акционерного общества. В статье будут также рассмотрены правовые вопросы статуса контролирующих органов хозяйственных обществ, так как понятие управления трактуется здесь в более широком смысле, включая стадию контроля финансово-хозяйственной деятельности обществ.

Нельзя сказать, что Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»<sup>1</sup> (далее — Закон об АО) и Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью»<sup>2</sup> (далее — Закон об ООО) недостаточно четко регулируют так называемые корпоративные отношения. Они вполне справляются с возложенной на них задачей, несмотря на необходимость внесения в них ряда поправок. Однако развитие хозяйственных обществ показало, что должен быть единый подход к правовым вопросам организации управления в акционерных обществах и обществах с ограниченной ответственностью; кроме того, отсутствует доктринальная разработка ряда проблем, ставших актуальными для современных юридических лиц. Одним из решений этих вопросов видится принятие единого Федерального закона «О хозяйственных обществах» (далее — Закон о хозяйственных обществах). Эту мысль мы попытаемся развить в данной статье.

Часто особенности, сделавшие акционерное общество одной из наиболее популярных форм ведения бизнеса, одновременно являются и его слабым местом. Предпринимательская деятельность в организационно-правовой форме акционерного общества затрагивает интересы большого числа лиц: акционеров, директоров, менеджеров, кредиторов, наемных работников. А. Д. Осиновский выделяет две основные группы участников, входящих в систему корпоративных отношений: само акционерное общество и акционеры этого общества.<sup>3</sup> О. А. Макарова также обращает внимание на то, что с усложнением экономических, управленческих отношений в объединении при сохранении единой цели (общего интереса) все

\* Гинько Сергей Александрович — аспирант кафедры коммерческого права СПбГУ.

© С. А. Гинько, 2009

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

<sup>2</sup> СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

<sup>3</sup> Осиновский А. Д. Акционер против акционерного общества. СПб., 2004. С. 24.

в большей степени начинают проявляться интересы отдельных участников объединения, которые могут не совпадать с интересами самого объединения, а иногда и противоречить им. В результате этого возникает конфликт интересов между участниками объединения, с одной стороны, между ними и обособленными органами управления — с другой.<sup>4</sup>

Таким образом, основой единого Закона о хозяйственных обществах должен стать принцип приоритета общего блага участников и доктрина конфликта интересов.

Первое упоминание о доктрине конфликта интересов в судебных актах появилось в Постановлении Конституционного Суда РФ от 10 апреля 2003 г. № 5-П по делу о проверке конституционности п. 1 ст. 84 Закона об АО в связи с жалобой ОАО «Приаргунское».<sup>5</sup> Конституционный Суд РФ, в частности, отметил: «В силу природы акционерного общества совершаемые им сделки могут приводить к конфликту интересов между акционерами, обладающими значительным числом акций, органами управления обществом и миноритарными акционерами. Глава XI Федерального закона «Об акционерных обществах» (ст. 81–84), регламентирующая сделки, в совершении которых имеется заинтересованность, закрепляет комплекс мер, направленных на защиту имущественных интересов акционеров, в том числе миноритарных, и акционерного общества в целом в связи с совершением таких сделок, в частности предусматривает возможность признания их недействительными в исковом порядке (п. 1 ст. 84)».

Многим могут показаться сомнительными такие категории интересов, как «интересы хозяйственного общества» или «интересы акционеров». Отсюда возникает вопрос: что является «общим благом» для участников хозяйственного общества, и приоритет каких интересов может быть основой обеспечения их баланса?

Как известно, акционерное общество — это коммерческая организация, аккумулирующая акционерный капитал для последующего реинвестирования. Главная цель коммерческой организации — получение прибыли. Отсюда можно сделать вывод: «общим благом» для участников хозяйственного общества будет повышение доходов общества. Наиболее доступный параметр для оценки роста доходов — рыночная стоимость акций (долей — в ООО). Этот критерий и должен определять качество работы менеджмента и соответствие стратегии развития компании реальной экономической ситуации. Акционерное общество — это в первую очередь инструмент рыночной экономики. И как иначе определить стоимость того или иного товара, если не категориями спроса и предложения?<sup>6</sup> Противники этого подхода часто приводят примеры корпоративных скандалов, произошедших в США в 2002 г. с крупнейшими компаниями (*Enron*, *Xerox* или *WorldCom* и т. п.). Тогда менеджеры для успешной реализации опционов, которыми с ними расплачивались, приукрашивали финансовые отчеты в целях завышения курсовой стоимости ценных бумаг. Но эти примеры являются частным случаем мошенничества и фальсификации финансовых документов и вряд ли могут считаться правилом.

Практическое значение разработки доктрины конфликта интересов состоит в обосновании законодательного закрепления приоритета

<sup>4</sup> Макарова О. А. Корпоративное право. М., 2005. С. 7.

<sup>5</sup> СЗ РФ. 2003. № 17. Ст. 1656.

<sup>6</sup> Д. И. Дедовым стратегическая цель менеджмента определяется как «оптимизация экономических показателей деятельности компании» (Дедов Д. И. Конфликт интересов. М., 2004).

интересов одной группы участников общества над другой, что необходимо для эффективной работы хозяйственного общества в целом. Эти приоритеты сводятся к следующему.

Особенность коммерческой организации состоит не только в получении прибыли, но и в ее распределении между участниками, и здесь появляется конфликт интересов в рамках корпоративных правоотношений. Акционеры обычно выступают за выплату дивидендов. Их можно понять, ведь они потратили свои средства на приобретение ценных бумаг, и, несмотря на долгосрочные планы развития компании, акционеры хотят в краткосрочной перспективе получить эффект от сделанных вложений. Менеджеры, напротив, выступают за вложение капитала в развитие бизнеса. Их позиция тоже оправдана: что это за управляющие, если они не знают, как перспективно реинвестировать полученные доходы! Вряд ли такие менеджеры будут в дальнейшем высоко цениться на рынке управленческих услуг.

Российская практика корпоративного управления не изобилует примерами выплат дивидендов. Как здесь обеспечить необходимый баланс интересов? Мы полагаем, нужно исходить из подхода, закрепленного в «Принципах корпоративного управления Организации экономического сотрудничества и развития», где общий (стратегический) интерес общества обозначен как «оптимизация доходов акционеров», т. е. доходов от вложенного инвесторами капитала. Необходимо понимать, что та чистая прибыль, которую получает акционерное общество, является результатом не только предпринимательской деятельности общества, но и следствием инвестиционных вложений, осуществленных акционерами. Приобретатели акций добровольно принимают на себя риски, связанные с деятельностью акционерного общества; соглашаются на ограничения их интересов ради общего блага общества, а в конечном счете, ради получения процента (дивиденда) на вложенный капитал. В связи с этим мы считаем, что необходимо чистую прибыль общества направлять не только на развитие компании в целях повышения ее капитализации, но и на выплату дивидендов акционерам, т. е. *закрепить приоритет интересов акционеров над интересами менеджеров.*

Относительно выплаты дивидендов акционерам хотелось бы отметить, что в соответствии со ст. 42 Закона об АО общее собрание акционеров при принятии решения о выплате дивидендов не может превысить размер той суммы выплат, которую рекомендует совет директоров (наблюдательный совет). Следует закрепить правовую норму о том, что рекомендации совета директоров относительно размера дивидендов должны быть основаны на утвержденном плане развития бизнеса компании на следующий год. По российскому законодательству это сделать невозможно, так как годовое общее собрание акционеров проводится в середине следующего года, а бизнес-план на новый год утверждается за семь и более месяцев до собрания, в конце предыдущего календарного года. Верным подходом будет проведение собрания акционеров два раза в год или изменение даты начала и окончания финансового года. При этом совет директоров не должен иметь право устанавливать максимальный размер дивидендов, так как норма ст. 42 Закона об АО нарушает принцип приоритета «общего блага» как основы обеспечения баланса интересов в акционерном обществе.

Еще одно место пересечения интересов участников акционерного общества — конфликт крупного и миноритарного акционеров. Как пишет Д. И. Дедов, «у доминирующего акционера конфликт интересов возникает на том основании, что он имеет объективную возможность влиять на принятие решений органами управления общества в своих интересах

в противовес интересам общества в целом».<sup>7</sup> Наиболее ярко конфликт проявляется в случае, когда общество является дочерним или зависимым от другого хозяйственного общества. Как правило, доминирующий акционер — это холдинг, и дочернее общество рассматривается им как член группы компаний. С этой позиции доминирующего акционера интересуют результаты работы группы в целом, а не отдельного дочернего общества. В этом случае интересы дочернего общества как части бизнеса подчинены интересам всей группы компаний как целого бизнеса.<sup>8</sup> Становится очевидным конфликт между миноритарным акционером, заинтересованным в результатах деятельности только своей компании, и контролирующим акционером, преследующим цель развития всей группы компаний.

В Постановлении Конституционного Суда РФ от 24 февраля 2004 г. № 3-П<sup>9</sup> отмечается: «Поскольку в процессе предпринимательской деятельности акционерного общества могут сталкиваться интересы кредиторов и акционеров, акционеров и менеджмента, акционеров — владельцев крупных пакетов акций и миноритарных акционеров, одной из основных задач законодательства об акционерных обществах является обеспечение баланса их законных интересов с учетом того, что Конституция РФ закрепляет принцип, согласно которому осуществление прав и свобод человека и гражданина не должно нарушать права и свободы других лиц (ч. 3 ст. 17), и гарантирует каждому судебную защиту его прав и свобод (ч. 1 ст. 46). Право на судебную защиту предполагает конкретные гарантии, которые позволяют реализовать его в полном объеме и обеспечивают эффективное восстановление в правах посредством правосудия, отвечающего требованиям справедливости с учетом принципа правовой определенности».

Тенденция развития российского законодательства о хозяйственных обществах в последнее десятилетие была направлена на защиту прав миноритарных акционеров. Вследствие этого в законодательстве и правоприменительной практике возник дисбаланс. Для бесконфликтного сосуществования и адекватного правового регулирования корпоративных отношений необходимо законодательно закрепить *принцип приоритета интересов крупных акционеров, являющихся стратегическими инвесторами общества, над интересами мелких акционеров*.

Однако законодательного регулирования конфликта интересов недостаточно. Выстроить работу хозяйственного общества таким образом, чтобы целью работы было общее благо всех участников, чтобы стороны вели бесконфликтное существование, способны лишь компетентные органы управления и контроля.

На настоящий момент Закон об ООО и Закон об АО предоставляют участникам (акционерам) широкие возможности по формированию структуры управления хозяйственным обществом. Однако излишняя свобода в конструировании юридических лиц вряд ли целесообразна. Для разграничения компетенции органов управления необходимо четкое описание в законе структуры хозяйственного общества.

Российская модель управления является смешанной: у нее имеется сходство и с европейской, и с американской системами. По мнению О. А. Макаровой, в основе отечественной системы корпоративного управления законодателем положены два принципа: принцип разделения

<sup>7</sup> Там же.

<sup>8</sup> Там же. С. 117.

<sup>9</sup> СЗ РФ. 2004. № 9. Ст. 830.

наблюдательных и распорядительных функций (дуалистический принцип) и принцип свободы образования исполнительного органа общества.<sup>10</sup> Представляется, что первый принцип законодатель не сумел раскрыть в полной мере. Упоминание такого органа, как наблюдательный совет, в статьях Закона об АО, посвященных деятельности совета директоров, не позволяет говорить о полноценном заимствовании европейского принципа разделения полномочий на контрольные и исполнительные. Статус наблюдательного совета как органа контроля действующим законодательством не определен.

На основании изложенного предлагаем законодательно закрепить возможность выбора между *однозвенной* и *двухзвенной* моделями управления. В первом варианте совет директоров должен совмещать функции контроля и управления, более подходя для компаний с концентрированной собственностью и небольшим количеством акционеров. Второй вариант, основанный на разделении управления и контроля между двумя коллегиальными органами (советом директоров и правлением), является наиболее адекватным для публичных компаний. Таким образом, при *двухзвенной* модели органами акционерного общества будут: общее собрание акционеров, наблюдательный совет (осуществляет функции контроля), правление (функции управления) и единоличный исполнительный орган; при *однозвенной* модели — общее собрание акционеров, совет директоров (функции управления и контроля) и единоличный исполнительный орган. Такая структура управления позволяет устранить ряд недостатков, позволяя избежать «дублирования» исполнительных органов, пересечения полномочий, делает структуру управления более понятной, устраняет конфликты интересов управляющих.<sup>11</sup> Целесообразно обязать публичные компании с числом акционеров более 50 устанавливать именно двухзвенную модель управления. Это связано с приоритетом «общего блага» и вопросами баланса интересов участников общества.

Применительно к однозвенной модели необходимо учитывать, что совет директоров сочетает функции управления и контроля. Для того чтобы избежать возможных злоупотреблений со стороны управляющих, предлагаемый Закон о хозяйственных обществах для компаний с такой структурой управления не должен содержать положение п. 3 ст. 48 Закона об АО, в котором сказано: «Общее собрание акционеров не вправе рассматривать и принимать решения по вопросам, не отнесенным к его компетенции». Общее собрание *должно быть вправе* рассмотреть любой вопрос, отнесенный к его компетенции законом или уставом, а также принять к своему рассмотрению любой вопрос, относящийся к компетенции другого органа, в порядке, предусмотренном уставом. Однако распределение ответственности должно быть адекватным распределению полномочий: если акционеры приняли решение по вопросу, относящемуся к компетенции другого органа, то они несут и ответственность за последствия такого решения.

<sup>10</sup> Макарова О. А. Корпоративное право. С. 213.

<sup>11</sup> В ст. 65 Закона об АО сказано, что в компетенцию совета директоров общества входит решение вопросов общего руководства деятельностью общества. Статья 69 указывает, что текущее руководство деятельностью общества осуществляет единоличный исполнительный орган и/или коллегиальный. Представляется, что достаточно одного органа управления, координирующего деятельность хозяйственного общества. Вряд ли целесообразно отводить совету директоров роль «стратега», ежедневно занимающегося долгосрочными планами развития. Достаточно одного компетентного органа управления, способного сочетать обозначенное законодателем общее руководство и текущее.

Совет директоров (правление), если иное не установлено уставом, должен быть вправе рассматривать любые вопросы, не отнесенные к компетенции других органов (остаточная компетенция), а также вопросы, решение которых делегировано ему общим собранием в соответствии с законом и уставом. Единоличный исполнительный орган должен иметь компетенцию, установленную законом, и компетенцию, делегированную ему советом директоров (правлением) или общим собранием. Предлагаем предусмотреть в новом Законе об ООО положение: «Если это установлено уставом общества, единоличный исполнительный орган вправе рассматривать любые вопросы, не отнесенные к компетенции других органов».

При двухзвенной модели наблюдательный совет выполняет исключительно контрольные функции, четко определенные законом и уставом. К правлению смещается остаточная компетенция совета директоров в области управления хозяйственной деятельностью общества.

Что касается положений об обществе с ограниченной ответственностью, в предлагаемом Законе необходимо исключить коллегиальный исполнительный орган из управления. С. Д. Могилевский верно отмечает: практика коллегиальных исполнительных органов хозяйственных обществ показывает, что они не стали самостоятельными исполнительными органами, а продолжают восприниматься «органами при директоре».<sup>12</sup> В статье, посвященные исполнительным органам общества с ограниченной ответственностью, необходимо включить следующую норму: «Руководство текущей деятельностью общества осуществляется единоличным исполнительным органом (директор, генеральный директор). Исполнительный орган подотчетен общему собранию участников общества и совету директоров».

Таким образом, в обществе с ограниченной ответственностью должна действовать несложная система органов управления, состоящая из общего собрания и единоличного исполнительного органа. Если участники общества пожелают создать постоянный коллективный орган, выполняющий функции управления и контроля деятельности исполнительного органа, они будут иметь возможность образовать совет директоров. Вопросы компетенции органов управления в обществе с ограниченной ответственностью должны решаться таким же образом, как это было предложено для акционерных обществ. Поэтому далее, говоря об однозвенной модели АО, мы будем подразумевать также ООО, в котором создан совет директоров.

*Общее собрание.* В предлагаемом Федеральном законе общие собрания акционеров (участников) должны классифицироваться одинаково: по форме проведения — проводимые в форме совместного присутствия и в форме заочного голосования; по периодичности — очередные и внеочередные.

Пункт 2 ст. 50 Закона об АО и ст. 38 Закона об ООО не содержат положения, запрещающего на заочном голосовании рассматривать вопросы об образовании исполнительных органов. Это недопустимо. В предлагаемый Закон о хозяйственных обществах необходимо включить этот запрет. Этой же точки придерживаются депутаты Государственной Думы РФ В. С. Груздев, Л. В. Пепеляева и В. Н. Плигин, предложившие изменить редакцию п. 2 ст. 50 Закона об АО. Суть изменений в том, что общее собрание

<sup>12</sup> Могилевский С. Д. Органы управления хозяйственными обществами. М., 2001. С. 297.

акционеров, повестка дня которого включает вопрос о формировании органов управления общества (совета директоров, исполнительных органов, передачи функций единоличного исполнительного органа управляющей компании), а также о досрочном прекращении их полномочий, не может проводиться в форме заочного голосования.<sup>13</sup>

По мнению И. С. Шиткиной, к гарантиям обеспечения прав инициаторов на проведение внеочередного общего собрания акционеров относятся: детальное регулирование деятельности совета директоров по созыву собрания, императивное определение сроков проведения общего собрания, формирование его повестки дня, возможность обжалования решения совета директоров об отказе в созыве внеочередного общего собрания акционеров в суд, а также право самостоятельного созыва собрания акционеров в случае непринятия в срок советом директоров решения о созыве внеочередного общего собрания.<sup>14</sup> Статья 55 Закона об АО содержит закрытый перечень оснований, по которым совет директоров может отказать в созыве внеочередного собрания. Тем не менее п. 8 ст. 55, устанавливающий возможность созыва общего собрания, в случае если совет директоров не принял решения о созыве либо отказал в таком созыве, не является действенным механизмом борьбы с «пассивностью» совета директоров с учетом того, как часто недобросовестные акционеры (участники) используют это право в целях создания параллельных органов управления.

В. В. Долинская предлагает предоставить в исключительных случаях право созыва общего собрания арбитражному суду по инициативе акционера или заинтересованного лица.<sup>15</sup> Г. В. Цепов считает, что подобные инициативы могут быть использованы недобросовестными акционерами.<sup>16</sup> Он предлагает также ввести дополнительное ограничение на право самостоятельного созыва внеочередного общего собрания акционеров, позволяющее использовать это право только после предварительного обжалования в суде решения совета директоров об отказе в удовлетворении требования о созыве собрания либо бездействия совета директоров, выразившегося в нерассмотрении предъявленного требования в установленные законом сроки. Причем суд должен сначала эти требования удовлетворить.

Эта позиция кажется наиболее адекватной современной ситуации перераспределения корпоративной собственности, когда созыв внеочередного собрания акционеров используется как один из механизмов корпоративного шантажа и давления на добросовестных участников экономического оборота. Подобную возможность проведения внеочередного собрания участников следует предусмотреть и для обществ с ограниченной ответственностью.

*Совет директоров. Наблюдательный совет.* Самое главное, что должен содержать предлагаемый Закон о хозяйственных обществах относительно акционерного общества, — обязательное создание как минимум совета директоров. При отсутствии в обществе совета директоров общее собрание акционеров имеет право принимать решение по всем вопросам, которые относятся к компетенции совета директоров. Тем самым общее

<sup>13</sup> Порядок государственной регистрации юрлиц: новые решения старых проблем // Акционерный вестник. 2007. № 3. С. 50.

<sup>14</sup> Корпоративное право: Учебник / под ред. И. С. Шиткиной. М., 2007. С. 314.

<sup>15</sup> Долинская В. В. Акционерное право: основные положения и тенденции. М., 2006. С. 520.

<sup>16</sup> Цепов Г. В. Акционерные общества: теория и практика. М., 2006. С. 156–158.

собрание акционеров превращается в постоянно действующий, «дежурный» орган.

Компетенцию органов в моделях «общее собрание — совет директоров» и «общее собрание — наблюдательный совет — правление» необходимо четко разграничить. К компетенции совета директоров (правления) следует отнести все вопросы, предусмотренные Законом об АО и Законом об ООО. Лишь некоторые вопросы, отнесенные к компетенции общего собрания, могут быть отнесены *уставом* к компетенции совета директоров, или правления в двухзвенной модели: 1) увеличение уставного капитала общества путем размещения обществом дополнительных акций в пределах количества и категорий (типов) объявленных акций; 2) образование исполнительного органа и досрочное прекращение его полномочий.

Аналогична ситуация для ООО. Если участники все-таки решили избрать совет директоров, *уставом* можно отнести к его компетенции те же вопросы.

В двухзвенной модели к компетенции наблюдательного совета предлагаемым Законом должны быть отнесены следующие вопросы: 1) утверждение процедур внутреннего контроля за финансово-хозяйственной деятельностью; 2) приостановление полномочий исполнительного органа; 3) назначение корпоративного секретаря. Таким образом, в однозвенной модели за исполнительными органами следит совет директоров (аналогично в ООО), в двухзвенной — наблюдательный совет.

Относительно избрания и состава необходимо предусмотреть в предлагаемом Законе о хозяйственных обществах, что члены совета директоров, наблюдательного совета, правления избираются только кумулятивным голосованием и только в форме совместного присутствия акционеров (участников).

Для двухзвенной модели необходимо установить запрет на совмещение должностей члена наблюдательного совета и члена правления. Единоличный исполнительный орган или представитель управляющей компании (управляющий) не должны иметь право быть членом наблюдательного совета и правления. В состав наблюдательного совета могут войти только лица, не занимающие исполнительных должностей в самом обществе, управляющей компании, аффилированных лицах. Лица, занимающие исполнительные должности в самом обществе, управляющей компании, аффилированных лицах, не могут составлять более половины состава правления.

В однозвенной модели лица, занимающие исполнительные должности в самом обществе, управляющей компании, аффилированных лицах, не могут составлять более половины состава совета директоров. Единоличный исполнительный орган или представитель управляющей компании (управляющий) не должны иметь право быть членом совета директоров.

*Исполнительный орган.* В соответствии с п. 3 ст. 103 и п. 1 ст. 91 ГК РФ исполнительный орган общества может быть коллегиальным и/или единоличным. Он осуществляет текущее руководство деятельностью общества и подотчетен совету директоров и общему собранию акционеров. Иными словами, в соответствии с ГК в обществе может быть: 1) только коллегиальный исполнительный орган; 2) только единоличный исполнительный орган; кроме того, 3) исполнительный орган может быть и коллегиальным, и единоличным.

Статья 69 Закона об АО и ст. 40–41 Закона об ООО предусматривают, что руководство текущей деятельностью общества осуществляет единоличным исполнительным органом общества или единоличным

исполнительным органом и коллегиальным исполнительным органом общества. Иными словами, в хозяйственном обществе исполнительный орган может быть: 1) единоличным; 2) единоличным и коллегиальным.

Налицо расхождение между ГК и федеральными законами. Предлагаемая нами структура управления в Законе о хозяйственных обществах снимает это противоречие.

На исполнительный орган возлагается руководство текущей деятельностью. Исполнительный орган отвечает за каждодневную работу общества и ее соответствие финансово-хозяйственному плану, а также добросовестно, своевременно и эффективно исполняет решения совета директоров или правления и общего собрания. Исполнительные органы должны действовать в соответствии с финансово-хозяйственным планом общества, ежегодно утверждаемым советом директоров. «К компетенции исполнительных органов общества относятся все вопросы руководства его текущей деятельностью, за исключением отнесенных к исключительной компетенции общего собрания или совета директоров общества».<sup>17</sup>

Как обозначено выше, единоличный исполнительный орган должен иметь компетенцию, установленную законом, и компетенцию, делегированную ему советом директоров (правлением) или общим собранием. Целесообразно включить в предлагаемый Закон положение о том, что уставом общества к компетенции исполнительных органов может быть отнесено утверждение внутренних документов общества, если законом утверждение таких документов не отнесено к компетенции общего собрания или совета директоров (правления).<sup>18</sup> Кроме того, уставом общества к компетенции исполнительных органов может быть отнесено принятие решений об участии и о прекращении участия общества в других организациях.

Актуальным до сих пор остается вопрос о передаче полномочий единоличного исполнительного органа управляющей организации. Некоторые авторы считают, что при этом заключается агентский договор.<sup>19</sup> Н. В. Козлова считает этот договор смешанным.<sup>20</sup> По нашему мнению, такой договор точно не является договором доверительного управления имуществом, так как «доверительно» можно управлять имуществом, но нельзя управлять юридическим лицом. Наиболее верной представляется точка зрения С. Д. Могилевского, согласно которой «это должен быть гражданско-правовой договор на оказание услуг либо договор подряда».<sup>21</sup>

Директор (генеральный директор) — единоличный исполнительный орган коммерческой организации — это лицо, которому акционеры (участники) доверили руководство текущей деятельностью общества, т. е. ежедневное решение вопросов, связанных с повседневной хозяйственной деятельностью. В связи с этим значение имеют не только профессиональные и деловые качества генерального директора, но и наличие у него достаточного времени заниматься делами общества. Необходимо

<sup>17</sup> Корпоративное право. С. 344.

<sup>18</sup> Например, Уставом ОАО «Ленэнерго» предусмотрено, что «Генеральный директор утверждает Положения о филиалах и представительствах общества, Положения о структурных подразделениях общества, Положение о премировании работников общества».

<sup>19</sup> Степанова Д. И. Компания, управляющая хозяйственным обществом // Хозяйство и право. 2000. № 10. С. 60–73.

<sup>20</sup> Козлова Н. В. Гражданско-правовой статус органов юридического лица // Там же. 2004. № 8. С. 51–52.

<sup>21</sup> Могилевский С. Д. Органы управления хозяйственными обществами. С. 292.

в предлагаемом Законе разрешить совмещение генеральным директором должностей в органах управления других организаций только с согласия совета директоров (наблюдательного совета) или общего собрания, если оно избирает генерального директора. Более того, Кодекс корпоративного поведения рекомендует включать в устав положение о том, что генеральный директор не имеет права осуществлять никакую иную деятельность, помимо руководства текущей деятельностью общества.

Выше мы касались вопроса о прекращении полномочий исполнительного органа. Это может сделать либо наблюдательный совет (двухзвенная модель), в случае когда избрание исполнительного органа относится к компетенции правления, либо общее собрание. Совет директоров вправе сделать это, если уставом решение таких вопросов не отнесено к компетенции общего собрания.

*Ревизионная комиссия.* А. Абакшин отмечает возрастающую роль ревизионной комиссии (РК) в деятельности хозяйственных обществ.<sup>22</sup> По его мнению, ревизионная комиссия — реальный инструмент для осуществления акционерами контроля над деятельностью хозяйственного общества и его органов управления. Учтитывая, как часто уставами хозяйственных обществ расширяется компетенция этого органа, следует согласиться с этой точкой зрения.

Необходимо установить в предлагаемом Законе о хозяйственных обществах норму об обязательном избрании РК (ревизора). Если акционеров (участников) более 50, РК должна состоять из трех членов. Ревизионная комиссия должна ежегодно переизбираться на годовом общем собрании акционеров. Срок ее полномочий истекает в день проведения следующего годового общего собрания. Если по каким-либо причинам РК не была переизбрана на годовом общем собрании акционеров, то срок ее полномочий считается истекшим, и обществом должно быть созвано внеочередное собрание для избрания нового легитимного органа.

В вопросе определения компетенции ревизионной комиссии (РК) необходимо обратить внимание на следующее. Статья 85 Закона об АО устанавливает, что компетенция РК (ревизора) по вопросам, не предусмотренным самим Законом, определяется уставом. Порядок деятельности РК (ревизора) определяется внутренним документом, утверждаемым общим собранием. Закон об ООО также устанавливает, что порядок работы РК (ревизора) определяется уставом и внутренними документами. Тем не менее создатели внутренних документов не обращают внимание на императивное правило закона и прописывают компетенцию РК именно в Положении о РК.<sup>23</sup>

В качестве примера можно привести ст. 15.8 Устава ОАО «Сбербанк», в которой отмечено: «Порядок работы Ревизионной комиссии и ее компетенция определяются Положением о Ревизионной комиссии Банка, утверждаемым Общим собранием акционеров».<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Абакшин А. Создание ревизионной комиссии акционерного общества // Право и экономика. 2005. № 4.

<sup>23</sup> Например, мы не обнаружили описания компетенции РК в уставе ОАО «Ростелеком». Этот вопрос рассмотрен в Положении ОАО «Ростелеком» о РК. На наш взгляд, подобное положение делает РК заранее неспособной. Выходом из ситуации является ссылка непосредственно в уставе акционерного общества на то, что вопросы компетенции РК определяются соответствующим положением о РК.

<sup>24</sup> Устав Акционерного коммерческого Сберегательного Банка Российской Федерации (открытого акционерного общества), утв. годовым общим собранием акционеров, протокол № 17 от 24 июня 2005 г. // [http://www.sbrf.ru/ru/about/normative\\_documents/](http://www.sbrf.ru/ru/about/normative_documents/).

В Законе об ООО компетенция РК (ревизора) еще более значительна. Так, согласно п. 3 ст. 47 Закона об ООО ревизионная «комиссия (ревизор) общества в обязательном порядке проводит проверку годовых отчетов и бухгалтерских балансов общества до их утверждения общим собранием участников общества. Общее собрание участников общества не вправе утверждать годовые отчеты и бухгалтерские балансы общества при отсутствии заключений ревизионной комиссии (ревизора) общества». В Законе об АО такой нормы не содержится, а в предлагаемом Законе о хозяйственных обществах ее быть не должно, так как подобные положения превращают орган контроля в орган управления, давая дополнительный инструмент давления нечестным ревизорам.

Закон об ООО не содержит положения о вознаграждении ревизоров. Полагаем, что вопрос о вознаграждении ревизоров должен решаться органом, которым они избраны.

Для обеспечения независимости ревизоров предлагаемый Закон об хозяйственных обществах должен устанавливать, что членом РК (ревизором) может быть только физическое лицо, не занимающее исполнительных должностей в самом обществе, управляющей компании, аффилированных лицах, не являющееся членом совета директоров, правления и наблюдательного совета. А главное — ревизор не должен быть акционером (участником) общества!

Таким образом, принятие единого закона «О хозяйственных обществах» способно оптимизировать структуру органов управления хозяйственных обществ. Концепция разделения полномочий на распорядительные и контрольные может быть реализована тем самым в должной мере. Отсутствие нескольких исполнительных органов во многом снимает проблему конфликта интересов внутри компании. В наших предложениях мы старались учесть интересы широкого круга возможных участников общества, так как одна из главных задач любого государства — привлечение личных накоплений граждан в экономический оборот.

## О РОЛИ СРАВНИТЕЛЬНОГО ПРАВОВЕДЕНИЯ В СОВРЕМЕННОЙ ПРАВОВОЙ ЖИЗНИ

А. В. МАЛЬКО, А. Ю. САЛОМАТИН

Чуть более века назад в жизни юристов всего мира произошло знаменательное событие — в Париже в 1900 г. собрался первый Международный конгресс по сравнительному правоведению. Это беспрецедентное научное мероприятие стало возможным благодаря возникновению профессиональных научных обществ и изданий в разных странах мира, изучающих иностранное право. Подобный интерес к зарубежному правовому опыту был результатом ускорения экономического развития и интернационализации общественной жизни, связанной с индустриализацией и модернизацией общества. Через четыре года специалисты по сравнительному правоведению организовали новую международную встречу — на сей раз в Сент-Луисе (США). На Всеобщем конгрессе адвокатов и юристов, проводившемся в честь столетнего юбилея по случаю приобретения американцами территории Луизиана, были в большей степени представлены специалисты-практики (почти 500 делегатов) во главе с членом Верховного Суда США Д. Брюиром из 15 стран Европы и Латинской Америки. Наконец, качественно новый шаг в международном сотрудничестве юристов разных стран был сделан после Первой мировой войны, когда по инициативе ряда правоведов — Э. Баллога (1881–1955), А. Вайсса (1858–1928), Э. Леви-Ульманна (1870–1947), А. Бустаманте (1865–1951) — была создана Международная академия сравнительного права, первоначально включившая в свой состав 30 полных членов, разбитых по четырем секциям — латинского, англо-американского, центрально- и северо-европейского, восточного и колониального права. Численно среди академиков преобладали французы, однако уже на первых двух



Малько Александр Васильевич, Заслуженный деятель науки РФ, д. ю. н., профессор, директор Саратовского филиала ИГП РАН



Саломатин Алексей Юрьевич, д. и. н., д. ю. н., профессор, руководитель Центра сравнительного правоведения, политического и социально-правового мониторинга, зав. кафедрой «Политология и основы права» Пензенского государственного университета

международных конгрессах, организованных Академией, доминировать начинают американцы. На конгрессе в Гааге в 1932 г. из 305 делегатов, представлявших 31 страну, 72 приехали из США. На втором конгрессе в 1937 г. в той же Гааге, где были представлены 35 государств, на долю американцев приходилось 47 делегатов из 240.<sup>1</sup>

Первоначально в адрес Академии сравнительного права звучала критика в связи с несоответствием между масштабностью задач, связанных со сравнением права различных стран и выработкой рекомендаций по его унификации, но немногочисленностью членов Академии (в частности, с подобной критикой выступал выдающийся американский юрист Дж. Уигмор).<sup>2</sup> Однако впоследствии стали ясны оптимальность и гибкость модели, при которой основные исследования осуществляли национальные организации Академии (в настоящее время их более 50), а Академия была призвана играть координирующую роль и роль организаторов международных конгрессов. После Второй мировой войны они проходят регулярно, через каждые четыре года, в различных городах мира (Лондон, Париж, Брюссель и т. д.). XVI конгресс (предпоследний) прошел в Брисбене (Австралия), XVII конгресс (последний) — в Утрехте (Нидерланды). Очередной конгресс соберется в Вашингтоне (США) в 2010 г.

Конгрессы характеризуются широким охватом тем, раскрываемых как в национальных, так и проблемных докладах.<sup>3</sup> По мнению Ю. А. Тихомирова, последний из конгрессов демонстрирует несколько характерных тенденций: в частности, «заметно усиливается регионализм в сравнительном правоведении, отражающий повышение роли региональных межгосударственных объединений и их институтов и норм... по-прежнему сохраняется устойчивая тенденция рассмотрения юридических институтов стран на широкой сравнительно-правовой основе... Заметно акцентируется внимание на некоей унифицированности институтов и норм, в меньшей степени — на национально-правовых особенностях... наблюдается повышенное внимание и к проблематике соотношения и взаимодействия международного и национального права при явном гегемонизме глобальных норм».<sup>4</sup>

В России интерес к сравнительно-правовому методу возникает примерно в то же время, что и на Западе, и связан он первоначально с идеями панславизма и продолжения византийской культурно-государственной традиции.<sup>5</sup> Чуть позже по мере вызревания элементов гражданского общества и появления необходимости в приспособлении законодательства к потребностям индустриализации идеи модернизации приобретают преимущественно западнический оттенок. Особо в связи с этим следует упомянуть

<sup>1</sup> Clark D. S. The Modern Development of American Comparative Law: 1904–1945 // The American Journal of Comparative Law. Vol. 55. 2007. N 4. Fall. P. 612–613.

<sup>2</sup> Clark D. S. American Participation in the Development of the International Academy of Comparative Law and Its First Two Hague Congresses // Ibid. Vol. 54 (supplement). 2006. P. 10–12.

<sup>3</sup> Например, в связи с XVII конгрессом были опубликованы доклады американских, бельгийских, германских, японских, нидерландских, польских, швейцарских компаративистов, а также ряд докладов по отдельным проблемам и отраслям права: *Tensions, Between Legal, Biological and Social Conception of Parentage* / ed. by I. Schwenzer. Antwerp; Oxford, 2007; *Progress and Precautionary Principle in Administrative law* / ed. by M. Plaques. Brussels, 2007; *Precedent and the Law* / ed. by E. Hondius. Brussels, 2007; и др.

<sup>4</sup> Тихомиров Ю. А. Международный конгресс компаративистов // Журнал российского права. 2006. № 10. С. 151.

<sup>5</sup> Бойцова В. В., Бойцова Л. В. Исторические традиции российской школы сравнительного права // Там же. 2003. № 7. С. 133–135.

медиевиста и историка права П. Г. Виноградова, вступившего в конфликт с царской бюрократией и уехавшего в Великобританию, где ему было предложено заведовать кафедрой сравнительного правоведения в Оксфордском университете.<sup>6</sup> Молодой выпускник Харьковского университета и будущий член Государственной Думы М. М. Ковалевский попытался обосновать задачи и методологию сравнительного правоведения, а затем применил сравнительно-правовой метод в практических и академических исследованиях.<sup>7</sup>

К сожалению, темпы становления новой дисциплины в нашей стране в XX в. замедлились, и мы всерьез можем говорить о возрождении интереса к ней лишь в последние десятилетия прошлого века. В это время издаются серьезные труды не только отечественных, но и зарубежных авторов. Сравнительно-правовая проблематика обозначает себя на страницах общетеоретических и отраслевых юридических журналов. Создано Общество сравнительного права, выходят ежегодники по сравнительному правоведению. Большой теоретический и практический опыт в изучении и сравнении зарубежного права накоплен Институтом законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ, осуществляющим экспертизу в связи с разработкой нового законодательства. Институт выпускает «Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения». Новый свет на теорию сравнительного права проливает украинский юрист А. Д. Тихомиров, который пытается установить междисциплинарные связи для этой дисциплины с другими гуманитарными науками и выдвигает тезис о расширении сферы сравнительного права в условиях глобализации.<sup>8</sup>

К настоящему времени большинство специалистов — во всяком случае из стран романо-германской правовой семьи<sup>9</sup> — считают, что на базе использования сравнительно-правового метода сложилась «относительно самостоятельная и обособленная от всех других гуманитарных наук юридическая научная и учебная дисциплина, имеющая свой собственный предмет, метод, сферу применения».<sup>10</sup> Вместе с тем есть основания в какой-то степени согласиться с видным американским компаративистом М. Рэйманном, озабоченным тематическим и методологическим изобилием компаративистских работ. Опубликованные труды, по его мнению, можно разделить на: 1) работы по иностранному праву, преимущественно описательного характера с элементами сравнения; 2) работы по мировой географии правовых систем; 3) работы о целях, методах и недостатках сравнительно-правового метода. Рэйманна смущает, что различные авторы якобы не видят себя представителями единой дисциплины и работниками общего профессионального цеха.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> *Погодин С. Н., Малинов А. В.* П. Г. Виноградов — историк-медиевист и методолог, университетский профессор и общественный деятель // Вопросы истории. 2005. № 12. С. 149.

<sup>7</sup> *Ковалевский М. М.* 1) Историко-сравнительный метод в юриспруденции и прием изучения истории права. М., 1880; 2) Современный обычай и древний закон. Обычное право осетин в историко-сравнительном освещении. Т. 1–2. М., 1886; 3) Происхождение современной демократии. Т. 1–4. М., 1895–1897; и др.

<sup>8</sup> *Тихомиров А. Д.* Юридическая компаративистика: философские, теоретические и методологические проблемы. Киев, 2005.

<sup>9</sup> *Осакве К.* Размышления о природе сравнительного правоведения: некоторые теоретические вопросы // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2006. № 3. С. 55.

<sup>10</sup> *Марченко М. Н.* Курс сравнительного правоведения. М., 2002. С. 21.

<sup>11</sup> *Reimann M.* The Progress and Failure of Comparative Law in the Second Half of the Twentieth Century // The American Journal of Comparative Law. 2002. Vol. 50. N 4. P. 686–697.

И все же многоаспектность сравнительного правове­дения — это скорее сильная, чем слабая сторона, которая объединяет юристов — представи­телей разных отраслей права. Другой вопрос, что она вызывает определенные трудности с определением ее теоретико-методологических основ и структу­ры, содержания ее преподавания, порождая многочисленные дискуссии. Как нам представляется, следует согласиться с мыслью К. Цвайгерта и Х. Кётца о выделении «горизонтального сравнительного правове­дения» (т. е. срав­нения современных правовых систем) и «вертикального сравнительного правове­дения», представляющего сравнительную историю права.<sup>12</sup> Причем, как мы полагаем, «вертикальное сравнительное правове­дение» выполняет скорее вспомогательную, хотя и весьма важную роль, позволяя усмотреть истоки плюрализма правового развития в общепланетарном масштабе. Главным же для сравнительного правове­дения является изучение правовых систем разных стран и их элементов в сравнительном сопоставлении для решения ряда теоретических и практических задач. Эти задачи реализуют себя в следующих функциях, которые выполняет данная дисциплина: «... познавательная (связанная с глубоким и масштабным изучением правовых явлений в различных государствах); информационная (получение точных сведений о качественных моментах зарубежного права и их использование в отечественной юридической практике); аналитическая (обнаружение истоков правовых явлений в зарубежных системах права и выявление тенденций их развития); интегративная (четкая ориентация в разработке способов гармонизации и сближения правовых систем); критическая (конструктивный анализ отдельных институтов зарубежного права и его сопоставление с аналогичными институтами российского права); пропагандистская (информиро­вание о значимости правовой системы страны)».<sup>13</sup>

Следует иметь в виду, что популярность сравнительного правове­дения в наши дни растет по нескольким причинам. Существуют определен­ные надежды (и они имеют под собой определенное обоснование) на сбли­жение национальных правовых систем и правовых семей (по крайней мере в рамках отдельных отраслей права и правовых институтов). Сторонники сближения полагают, что сравнительно-правовые исследования позволят им интенсифицировать этот процесс.

В то же время, если говорить даже не о сближении, а о преодолении различных трудностей, с которыми сталкиваются большинство правовых систем государств мира, то изучение чужого опыта по их преодолению и сопоставление правовой жизни в разных уголках нашей планеты — это насущная необходимость.

«Парадоксально то, что современная мировая литература по юри­дической компаративистике необъятна, но в значительной мере это кон­кретные сравнительные исследования права тех или иных стран, отдель­ных отраслей и институтов права или даже отдельных правовых норм. Теория (или точнее методология) сравнительного правове­дения бедна».<sup>14</sup> Столь же немногочисленна, по нашему мнению, и учебная литература. Если российские учебники по различным отраслям права насчитывают

<sup>12</sup> Zweigert K., Kötz H. An Introduction to Comparative Law. Oxford, 1987. P. 9.

<sup>13</sup> Черноков А. Э. Введение в сравнительное правове­дение. СПб., 2004. С. 9–10.

<sup>14</sup> Саидов А. Х. Методология современного сравнительного правове­дения: новые парадигмы и перспективы // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правове­дения. 2006. № 4. С. 50.

многие десятки наименований, то авторов учебников по сравнительному правоведению можно перечислить в одном абзаце.

Одними из первых учебников по сравнительному правоведению стали книги выдающегося юриста из Узбекистана А. Х. Саидова, известного своей классификацией национальных правовых систем.<sup>15</sup> Причем в своей работе «Сравнительное правоведение. Краткий учебный курс» он концентрирует внимание не только на развитии права различных стран, но иногда и на развитии судов.<sup>16</sup> «Курс сравнительного правоведения» Ю. А. Тихомирова рассматривает содержание и некоторые закономерности сравнительного права, механизмы сближения национальных правовых систем. Он дает классификацию правовых семей, описывает развитие некоторых отраслей в различных странах, включая Россию. В качестве материала для сравнительно-правового анализа публикуются некоторые законодательные акты зарубежных государств.<sup>17</sup> Профессор МГУ М. Н. Марченко опубликовал несколько книг о современных системах права.<sup>18</sup> Он уделяет особое внимание влиянию глобализации на развитие государства и права.<sup>19</sup> Его монументальная книга «Курс сравнительного правоведения» объемом свыше 1000 страниц снабжена рекомендациями по преподаванию отдельных тем и документальными вставками-извлечениями из работ известных юристов.<sup>20</sup> Наконец, наиболее краткое изложение дисциплины можно найти в работе компаративиста из Санкт-Петербурга А. Э. Чернокова,<sup>21</sup> а синтез лекционного материала с планами семинарских занятий и рекомендациями по их проведению дает учебно-методический комплекс авторов настоящей статьи.<sup>22</sup>

При наличии нескольких учебников и учебных пособий по сравнительному правоведению и в отсутствие жесткого стандарта (поскольку дисциплина не является обязательной) перед преподавателем встает вопрос выбора содержания данного учебного курса. Например, доцент Нижегородского государственного университета В. Лузин знакомил студентов «с различными правовыми системами мира (системой континентального права, системами общего и обычного права). Темами для обсуждения в классе стали: источники права в различных правовых системах, судебный контроль, модели разделения властей, право на неприкосновенность частной жизни (регулирование объектов и арестов, право на аборт, право на смерть, право сексуальных меньшинств и т. д.). Перечень стран, законодательство и судебная практика которых использовались, включал США, Великобританию, Францию, Германию и Россию».<sup>23</sup>

<sup>15</sup> Саидов А. Х. 1) Сравнительное правоведение и юридическая география мира. М., 1993; 2) Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности). М., 2000.

<sup>16</sup> Садов А. Х. Сравнительное правоведение. Краткий учебный курс. М., 2006.

<sup>17</sup> Тихомиров Ю. А. Курс сравнительного правоведения. М., 1996.

<sup>18</sup> Марченко М. Н. 1) Сравнительное правоведение. Общая часть. М., 2001; 2) Правовые системы современного мира. М., 2001; 3) Правовые системы современного мира. М., 2008.

<sup>19</sup> Марченко М. Н. Государство и право в условиях глобализации. М., 2009.

<sup>20</sup> Марченко М. Н. Курс сравнительного правоведения. М., 2002.

<sup>21</sup> Черноков А. Э. Введение в сравнительное правоведение. СПб., 2004.

<sup>22</sup> Малько А. В., Саломатин А. Ю. Сравнительное правоведение. Учебно-методический комплекс. М., 2008.

<sup>23</sup> Лузин В. Реформа юридического образования в России. Личный опыт // Юридическое образование в посткоммунистических государствах: профессиональная подготовка в условиях переходного периода. Йошкар-Ола, 2001. С. 15.

По нашему мнению, подобный подход очень ограничен. Во-первых, для сравнительного анализа следует взять большее число стран. Во-вторых, учебный план должен быть нацелен не на раскрытие разрозненных, хотя и важных элементов в правовой системе, а на выявление тенденций в развитии государства и права благодаря сравнению национальных правовых систем. Мы полностью согласны с Ю. А. Тихомировым в том, что исключительное внимание к законодательству в процессе сравнения оставляет в тени другие очень важные моменты правовой жизни. «Ведь правоведение не синоним права и оно охватывает все источники права, государственные и иные институты, юридические учреждения, правоприменение, юридическое образование и науку».<sup>24</sup> По справедливому замечанию авторов фундаментального исследования о немецком праве, правовая система — это выросшее из прошлого настоящее, проявляющееся... в правилах, в текстах, где эти правила записаны, в людях, реализующих правовые нормы, в органах власти, учреждениях, юридических лицах, иных коллективных участниках правового оборота, в которых работают эти люди, в огромном количестве самых различных решений, поступков, вызванных реализацией правовых норм».<sup>25</sup>

В зарубежных странах преподавание сравнительного правоведения осуществляется достаточно широко и базируется на работе многочисленных исследовательских центров. Например, во Франции компаративистикой занимаются не менее 10 университетов (в Париже, Бордо, Марселе, Лионе, Страсбурге, Тулоне и др.).<sup>26</sup> Учебники и учебные пособия могут иметь разную структуру. Например, 5-е изд. книги М. Фромона «Крупные системы зарубежного права» ограничивается рассмотрением преимущественно систем права европейских стран (Германии, Италии, Испании, Нидерландов, Швейцарии) и неевропейских государств (США, Китая, Японии, России) и лишь в незначительной степени обращается к судебным системам.<sup>27</sup> Зато другая книга почти с аналогичным названием — «Крупные системы современного права», написанная другим французским юристом — Ж. Куниберти, в меньшей степени ориентирована на европейскую проблематику и более глубоко раскрывает правовую систему, затрагивая вопросы о представителях юридической профессии (судьях и адвокатах), а также о юридическом образовании.<sup>28</sup> Однако обоим авторам в равной мере присуще большое внимание к истории права каждой страны и структуре органов власти (исполнительной и законодательной). Стремится выйти за узкие рамки чисто правовых вопросов, уделяя внимание организации судов и юридической профессии, и 3-е изд. учебника Р. Серусси «Введение в сравнительное правоведение».<sup>29</sup> Издается во Франции литература и более частного характера, например, посвященная антиподу европейского континентального права — англо-американскому праву. Это учебные тексты, снабженные правовыми документами и подробной библиографией, предназначенные для работы на семинарских занятиях.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> Тихомиров Ю. А. Сравнительное правоведение: развитие концепций и сравнительной практики // Журнал российского права. 2006. № 6. С. 6.

<sup>25</sup> Жалинский А., Пёрихт А. Введение в немецкое право. М., 2001. С. 20–21.

<sup>26</sup> *Le Devenir de Droit Compare en France / sous la dir. de Jean du Bois de Gaudusson. Journee d'etudes a l'Institut de France 23 Juin 2004.* Puam, 2005.

<sup>27</sup> Fromont M. *Grand Systemes de Droit Etrangers.* 5 ed. Paris, 2005.

<sup>28</sup> Cuniberti G. *Grand Systemes de Droit Contemporains.* Poitiers, 2007.

<sup>29</sup> Seroussi R. *Introduction au Droit Compare.* Paris, 2008.

<sup>30</sup> Frison D., Hutchinsson W., Moisan J.-F., Weil F. *English Law and British Institutions.* Paris, 2005; *Servidio-Delabre E. Common Law. Introduction to the English and American Legal Systems.* Paris, 2004.

Логика правовой жизни со всем присущим ей многообразием и динамизмом, а также зарубежный опыт преподавания сравнительного правове­дения побуждает нас учитывать в его содержании не только чисто право­вой, нормативный материал, но и проблемы развития судебной системы, юридической профессии (включая юридическое образование) и правовой культуры. Причем из всех перечисленных структурных элементов раскры­тие правовой культуры в правовой системе того или иного государства — наиболее сложная задача ввиду трудности ее идентификации и описания.

Должны быть проработаны и межпредметные связи. Прежде всего это касается таких основополагающих дисциплин, как история государства и права зарубежных стран и конституционное право зарубежных стран. Они вооружают студентов необходимым минимумом предварительных знаний о становлении систем права в различных странах и о закономерностях его развития в целом, о конституционно-правовых системах современности и о судебной власти в них.

Немало точек соприкосновения у сравнительного правове­дения и международного права. Сравнительное правове­дение сопоставляет различные правовые системы, международное публичное право изучает отношения между субъектами международного права, каждый из кото­рых обладает своей национальной правовой системой. Международное публичное право привносит в сравнительное правове­дение прежде всего знания о государственных органах и национальном праве участниц меж­дународных отношений, а международное публичное право предостав­ляет в распоряжение сравнительного правове­дения технику переговоров и формальный порядок заключения договоров, унифицирующих правовые нормы различных государств. Существует также связь между сравни­тельным правове­дением и международным частным правом как отраслю права, приводящей в соответствие нормы национального и иностранного права. С одной стороны, международное частное право привлекает срав­нительный метод как «инструментарий, позволяющий правильно постро­ить систему национального гражданского права», а с другой — междуна­родное частное право «расширяет сферу сравнительного правове­дения, поставляет ему “сырье”, первичный материал для дальнейших сравнитель­но-правовых исследований».<sup>31</sup>

В свете сказанного мы предлагаем следующий учебный план для дисциплины «Сравнительное правове­дение». Он исходит из приоритета рассмотрения национальных правовых систем ведущих стран мира, сгруп­пированных в правовые семьи (см. табл. 1).

В результате изучения дисциплины студент должен:

— получить представление о правовых семьях, структуре националь­ных правовых систем и основных тенденциях развития права в современ­ном мире;

— ознакомиться со спецификой систем права, судебных систем, структурой юридической профессии ведущих зарубежных государств;

— уметь применять сравнительно-правовой метод в своей профессио­нальной деятельности.

Основные положения дисциплины могут быть использованы при изучении спецкурса «Проблемы теории государства и права», подготовке к государственному экзамену по теории государства и права и дипломной работы.

<sup>31</sup> Саидов А. Х. Сравнительное правове­дение. Краткий учебный курс. С. 189–194.

Таблица 1

## Учебный план дисциплины «Сравнительное правоведеление»

Тема	Количество академических часов	
	лекционных	практических
Предмет и задачи сравнительного правоведеления	1	1
История сравнительного правоведеления	2	3
Основные приоритеты сравнительно-правовых исследований	1	2
Правовая система Англии	4	4
Правовая система США	6	6
Правовые системы стран Британского Содружества (на примере Канады и Австралии)	3	2
Романо-германская правовая семья	5	4
Правовые системы Скандинавских стран	2	2
Мусульманское право	2	2
Индусское право	2	2
Дальневосточная правовая семья	3	3
Правовые системы стран Латинской Америки и Африки	3	3
Значение сравнительного правоведеления для современной России	2	2
Итого	36	36

Впрочем преподавание сравнительного правоведеления на старших курсах, в рамках системы бакалавриата — это лишь задача-минимум. Задача-максимум могла бы включать в себя эту дисциплину в нескольких ипостасях. «Введение курсов лекций по Общей и Особенной частям сравнительного правоведеления в сочетании с курсами зарубежного конституционного, гражданского, уголовного и иных отраслей права, несомненно, будет способствовать преодолению известной ограниченности и провинциальной замкнутости современного высшего юридического образования в нашей стране». <sup>32</sup> На I–II курсах студент — будущий бакалавр мог бы изучать введение в сравнительное правоведеление, предварительно знакомясь со сравнительно-правовым методом и классификацией правовых семей. На выходе из бакалавриата, после изучения международного публичного права и международного частного права, следовало бы дать дисциплину «Правовые системы современного мира», ориентирующую студентов на материал о конкретных национальных правовых семьях и на возможность их сравнения. Завершающим аккордом сравнительно-правовой подготовки стал бы отраслевой курс в рамках сравнительного правоведеления в зависимости от магистерской специализации: например, для цивилистов — сравнительное гражданское право, для магистров по кафедре уголовного права — сравнительное уголовное право и т. д.

Несомненно, для развития преподавания сравнительного правоведеления в нашей стране еще много предстоит сделать. Необходимо точнее

<sup>32</sup> Марченко М. Н. Правовые системы современного мира. С. 3.

определиться с методикой преподавания, выпустить хрестоматии и сборники документов, осуществить переподготовку преподавательских кадров. Возможно, ввиду дефицита специалистов на первом этапе следует подумать об использовании приглашаемых профессоров из крупных вузов, о проведении занятий методом коллективного лектора (т. е. силами двух и более преподавателей), что повышает дискуссионность занятий и интерес к ним. Все это, конечно, потребует немалых организационных и материальных затрат.

Но, как отмечает итальянский юрист А. де Вита, следует понимать, что «юрист, будущий преподаватель, практик или государственный служащий обязательно должен изучать дисциплину, которая поможет ему лучше понять свою собственную правовую систему и внушит ему неприятие любого догматизма. Правовая система не будет в этом случае представляться как нечто нерушимое и непоколебимое (здесь я имею в виду прежде всего юридическое образование в университетах континентальной Европы); ее можно если не любить, то ценить, относясь к ней как к живому организму с присущими ему слабостями, достоинствами и недостатками. Студент должен будет понять, что любое правило, любой институт или механизм созданы в силу определенных причин разного порядка. Поэтому у него возникает естественное стремление понять всю социально-культурную реальность, обуславливающую соответствующую правовую систему».<sup>33</sup>

Сравнительное правоведеление, возникнув в момент перехода от общества традиционного к обществу современному (т. е. чуть менее двух веков назад), с одной стороны, как прагматичное желание разобраться в иностранном праве, а с другой — как идеалистическое стремление подвергнуть право разных народов интеграции или, по крайней мере, частичной унификации, в условиях глобализации демонстрирует возрастающую значимость и популярность в юридическом мире. Теперь оно уже выглядит не как оригинальный метод, а как встающая над другими отраслями права дисциплина, привносящая в правовую жизнь должную системность и структурированность, общепланетарный ракурс вместе с уважительным отношением к собственным и чужим правовым реалиям.

---

<sup>33</sup> Вита А., де. Место изучения сравнительного права зарубежных стран в подготовке юристов // Юридическое образование: новые подходы в России и Западной Европе. М., 2001. С. 83.

## ПРАВОВЫЕ МЕТОДЫ ВОЗДЕЙСТВИЯ НА НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ ПРАВОНАРУШИТЕЛЕЙ В СТРАНАХ ЗАПАДА: СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

Е. В. МАРКОВИЧЕВА



Марковичева  
Елена Викторовна,  
к. ю. н., декан юридического  
факультета Орловского  
государственного университета

На рубеже XX–XXI вв. к концептуальным идеям воздействия на несовершеннолетних правонарушителей стал проявляться значительный как научный, так и практический интерес. Обращение к проблемам профилактики подростковой преступности, ресоциализации юных правонарушителей, создания особой системы правосудия для несовершеннолетних в России конца прошлого века сопровождалось изучением опыта организации ювенальной юстиции в зарубежных странах.

Такая ситуация вполне оправданна, поскольку изучение плюсов и минусов сложившейся в том или ином государстве системы социального контроля за преступностью несовершеннолетних должно лечь в основу определения приоритетов ювенальной политики в современной России. К сожалению, нередко исследователи данного вопроса впадают в определенного рода крайности, начиная от идеализации той или иной зарубежной модели

ювенальной юстиции и заканчивая предложениями по механической экстраполяции идей и программ, оформившихся в других государствах, в российскую правовую жизнь. Очевидно, что на сегодняшний день предпочтительнее должно быть отдано конструктивному процессу анализа зарубежного опыта в области определения стратегий воздействия на несовершеннолетних правонарушителей, «поскольку сравнительное право, подчеркивая глубокое различие в организации современных юридических систем, допускает возможность их сопоставления, выделения в них моментов, на которых могла бы основываться их конвергенция, и опираясь на примеры, заимствованные у иностранных правовых систем, — качественного улучшения национальных законов».<sup>1</sup>

Подавляющее большинство современных моделей ювенальной юстиции сложилось в рамках так называемого «западного права». Сразу оговоримся, что данный термин, как и большинство дефиниций, используемых в компаративистике, носит условный характер и используется

© Е. В. Марковичева, 2009

<sup>1</sup> Бертельс Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 238.

исключительно для удобства классификации существующих правовых семей и национальных правовых систем. Следует упомянуть и о том, что правовые семьи «представляют собой совокупность национальных правовых систем, объединенных общностью исторического развития, структуры, источников ведущих отраслей и правовых институтов, правоприменения, понятийно-категориального аппарата юридической науки».<sup>2</sup> Есть все основания полагать, что существующие сегодня национальные правовые системы сформировались в определенных культурных условиях. В ходе этого процесса право претерпело ряд значительных метаморфоз. Специфика источников права, правосознания, механизма реализации права, системы правовых санкций во многом определяет и особенности формирования стратегий борьбы с преступностью и социального контроля за противоправным поведением. Одни и те же действия в различных культурах могут либо попадать в разряд правомерных, либо являться правонарушением. Значительно различаются и определения преступления.

Для западной цивилизации характерно признание права в качестве одной из основополагающих социальных ценностей, что весьма точно было подмечено классиком отечественного правоведения С. С. Алексеевым: «Сообщество людей как существ разумных может существовать и функционировать лишь при том совершенно обязательном условии, что важнейшим, а в чем-то и центральным звеном их бытия, их жизни будет право».<sup>3</sup> Западная модель проецирует развитие индивидуалистического общества, что отражается и на конструировании механизма социального воздействия на поведение людей.

На сегодняшний день в западной правовой культуре сложилось огромное количество моделей воздействия на несовершеннолетних правонарушителей, представленных различными национальными системами ювенальной или молодежной юстиции. Не имея возможности в рамках данной работы детально описать это многообразие, позволим себе остановиться на отдельных значимых моментах.

Идеи альтернативного, отличного от традиционного обращения с несовершеннолетними правонарушителями, ювенальной юстиции, правосудия для несовершеннолетних, как и сама концепция охраны прав ребенка, являются продуктом западной культуры. Следует отметить, что динамичность современной европейской культуры приводит как к позитивным, так и к негативным последствиям. Развитие современных ювенальных процедур в государствах западного мира как проявление способов правового воздействия во многом есть следствие того состояния, которое в свое время Г. Дж. Бернам «назвал кризисом западной традиции права», проявляющимся в том, что «критические изменения в природе и сфере распространения преступности сопровождалась столь же важными изменениями в теориях преступления и наказания и в практике наблюдения за соблюдением законов».<sup>4</sup> Реалией сегодняшнего дня для большинства стран Запада стало делинквентное поведение подростков и нахождение многих детей в условиях социальной депривации, которая нередко проявляется в подростковом возрасте так называемыми задержками психического развития биосоциокультурного генеза. В связи с этим позволим себе небольшое историческое отступление.

<sup>2</sup> Черников А. Е. Введение в сравнительное правоведение. СПб., 2004. С. 26.

<sup>3</sup> Алексеев С. С. Право на пороге нового тысячелетия. Некоторые тенденции мирового правового развития — надежда и драма современной эпохи. М., 2000. С. 12.

<sup>4</sup> Бернам Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 50.

Возникший в конце XVIII — начале XIX в. в рамках западной культуры общественный интерес к особенностям уголовного преследования и наказания несовершеннолетних правонарушителей был спровоцирован высоким уровнем детской и подростковой преступности, суровыми условиями содержания малолетних заключенных, неэффективностью существующей системы уголовного преследования и наказания несовершеннолетних и рядом других факторов. Ограниченные возрастные возможности в плане защиты своих прав ставили несовершеннолетнего правонарушителя изначально в худшее положение в сравнении с взрослыми преступниками. Несовершеннолетнего легче было обвинить в совершении преступления фактически без наличия соответствующих доказательств его виновности. В итоге просвещенная Европа и США имели к этому времени огромное количество заключенных несовершеннолетних, которые выходили на свободу, чтобы совершить следующее преступление. К середине XIX в. ряд проблем, связанных с определением процедур воздействия на несовершеннолетних правонарушителей, стали предметом пристального внимания целого ряда общественных организаций и во многом способствовали появлению так называемой ювенальной юстиции.

Родоначальницей ювенальной юстиции принято считать США, где в конце XIX в. правовой новеллой стало появление первого в мире суда по делам несовершеннолетних. Становление ювенальных судов в этой стране было подготовлено логикой и противоречиями развития самой американской правовой системы. С одной стороны, сказалось следование традициям английского обычного права в организации судопроизводства и уголовно-правовых процедур, с другой — американская система уголовного процесса и уголовного судопроизводства развивалась в условиях федеративного государства. На практике это привело к тому, что фактически в каждом штате сформировалась своя особая судебная система, отличавшаяся значительной специализацией.<sup>5</sup> В качестве контраргумента «взрослой» репрессивной модели уголовного процесса была предложена модель ювенальных судов. Ее создатели и сторонники исходили из того, что для несовершеннолетнего правонарушителя важно не само по себе наказание, а возможность ресоциализации, выхода из криминальной среды и «возвращение» к нормальной жизни. Социальная политика США конца XIX — начала XX в. начала ориентироваться не на борьбу с детской преступностью, а на борьбу с причинами противоправного поведения несовершеннолетних. Так начали закладываться первые камни в фундамент американского консеквенциализма, а «ювенальная юстиция возникла в тот момент, когда реабилитационные схемы обращения с подростками были универсализированы и распространены на подростковую преступность. При этом они заняли то место, которое традиционно занимали способы карательной реакции на преступления».<sup>6</sup> Характерно, что в отношении несовершеннолетних нередко термин «*criminal*» (преступник) стал заменяться термином «*delinquent*» (правонарушитель), а под понятие делинквентов стало подпадать большинство несовершеннолетних правонарушителей.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Саломатин А. Ю. История государства и права в США, конец XVII–XIX вв. М., 2006. С. 94.

<sup>6</sup> Ювенальная юстиция в Российской Федерации: криминологические проблемы развития. СПб., 2006. С. 389.

<sup>7</sup> Максудов Р., Флямер М. Г. Ювенальная юстиция: взаимодействие государства и общества в реагировании на правонарушения и отклоняющееся поведение несовершеннолетних (исторический экскурс и методологический анализ) // Материалы заседа-

Это обстоятельство было подмечено еще в начале XX в. известным российским исследователем проблем преступности несовершеннолетних П. И. Люблинским.<sup>8</sup>

Необходимо признать, что создание в США ювенальной юстиции было ценным не само по себе, а скорее как импульс для пересмотра отношения к несовершеннолетнему правонарушителю. «Это был прежде всего переворот в мышлении и деятельности, который позволяет говорить о возникновении ювенальной юстиции как новой практики, созданной человечеством в XIX в. Произошло закрепление новых деятельных связей суд-попечительство-общественность в определенной структуре знания, куда входило знание о причинах отклоняющегося поведения детей и знание о способах работы с такими детьми».<sup>9</sup> Первый опыт американского ювенального правосудия оказал позитивное воздействие на весь процесс дальнейшего развития ювенальной юстиции в различных странах: в 1904 г. в Ирландии создали специальные сессии общего суда и суды для несовершеннолетних в Египте; в 1905 г. ювенальные суды стали создаваться в Англии и Уэльсе и в Нидерландах; в 1907–1908 гг. в крупных городах Германии объединили функции опекунского суда и судьи по уголовным делам о несовершеннолетних; в 1908 г. специализированные суды были созданы в Австрии, Италии, Венгрии; в 1910 г. была создана система правосудия для несовершеннолетних в России; в период с 1911 по 1926 г. ювенальные суды были созданы в Португалии (1911), Румынии (1913), Швейцарии (1911–1919), Польше (1919), Японии (1923), Греции (1924), Австралии (1907–1926) и Новой Зеландии (1925).<sup>10</sup>

В современном мире наблюдается известное многообразие в моделях ювенальной юстиции. Последняя представляет собой сложный и многогранный социальный феномен, который можно рассматривать как «комплекс концепций и “схем” влияния на подростков, массу конкретно-практических ситуаций воздействия на человека, семью, первичные группы (непосредственное окружение подростка) и социальные институты».<sup>11</sup> Примечательно и то, что определенные альтернативные процедуры воздействия на правонарушителя, первоначально формировавшиеся в рамках ювенальной юстиции, со временем распространились на практику применения их к взрослым преступникам.<sup>12</sup>

Модели ювенальной юстиции обусловлены особенностями той или иной национальной правовой системы. Поскольку на сегодняшний день отсутствует единая классификация национальных правовых систем, то деление ювенальных процедур в зависимости от принадлежности к той или иной правовой системе в определенной степени затруднительно. Наиболее крупная классификация типов ювенальной юстиции предполагает деление ее на модель стран системы *общего права (common law)* и системы

---

ния круглого стола «Ювенальная юстиция: законодательное регулирование вопросов, связанных с полномочиями, порядком образования и деятельностью ювенальных судов». М., 2003. С. 15.

<sup>8</sup> Люблинский П. И. Суды для несовершеннолетних в Америке как воспитательные и социальные центры // Вестник воспитания. Кн. III. М., 1914. С. 96.

<sup>9</sup> Максудов Р., Флямер М. Г. Ювенальная юстиция... С. 17.

<sup>10</sup> Мельникова Э. Б. Исторический путь ювенальной юстиции: ювенальные технологии / под ред. О. В. Зыкова, Н. Л. Хананашвили, А. С. Автономова. М., 2002. С. 295.

<sup>11</sup> Ювенальная юстиция в Российской Федерации. С. 387.

<sup>12</sup> См., напр.: Головкин Л. В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002. С. 388–389.

континентального права. Однако в рамках такой классификации возникает риск того, что из поля зрения исследователя выпадет специфика правового воздействия на несовершеннолетних правонарушителей в рамках национального права отдельных государств. Несомненно, что технологии социального контроля подростковой и молодежной преступности существенно различаются как в странах континентальной Европы, так и в странах общего права.

Нередко те позитивные наработки, которые составляют достижения национальной правовой политики того или иного государства, оказываются незамеченными, поскольку излишние обобщения ведут к известному примитивизму в изучении западного опыта в сфере ювенальной юстиции. Стремление исследователя поместить ту или иную ювенальную технологию в прокрустово ложе уже известных и описанных моделей способно привести к выхолащиванию как ее сути, так и ее специфики. В то же время необходимо считаться и с тем, что нередко в рамках национальных правовых систем функционируют несколько моделей правового воздействия на несовершеннолетних правонарушителей. В первую очередь это касается стран общего права. Система ювенальной юстиции в различных штатах США или исторических провинциях Великобритании имеет свою специфику.

Одно из ведущих направлений правовой политики большинства западных государств — определение национальных приоритетных направлений сокращения показателей молодежной преступности. Например, в 2002 г. в Шотландии была разработана программа совершенствования системы ювенальной юстиции, ставившая в качестве одной из приоритетных целей снижение к 2006 г. показателей молодежной преступности до 10 %.<sup>13</sup>

Обращает на себя внимание и то обстоятельство, что концепции ювенальной юстиции не являются чем-то статичным и постоянно подвергаются определенным изменениям. Поэтому уяснение сущности различных моделей правового воздействия на несовершеннолетних правонарушителей требует рассмотрения данных явлений как в синхронном, так и в диахронном аспекте. Например, исследование системы ювенальной юстиции в Канаде вполне логично начать с периода создания первого суда по делам несовершеннолетних в 1908 г., отслеживая эволюцию данного социального института на протяжении всего XX в. вплоть до нормативного закрепления 19 февраля 2002 г. системы молодежного правосудия и принципов обращения с несовершеннолетними делинквентами в Законе «Об уголовной молодежной юстиции».<sup>14</sup> Кроме того, политика в сфере воздействия на преступность несовершеннолетних, как и всякая иная политика, характеризуется сложной многослойной структурой, в которой попеременно могут преобладать те или иные направления. Например, описывая политику современной Великобритании в области ювенальной юстиции, отдельные авторы отмечают, что, «хотя ее общие контуры могут быть легко различимы, фактически точная природа молодежного правосудия и предупреждения преступности, определенная Новой лейбористской

<sup>13</sup> *National Standards for Scotland's Youth Justice Services. A Report by the Improving the Effectiveness of the Youth Justice System Working Group* // [www.scotland.gov.uk/Publications/2002/12/16030/15870](http://www.scotland.gov.uk/Publications/2002/12/16030/15870) (2008. 22 дек.).

<sup>14</sup> *Youth Criminal Justice Act (2002)* // <http://laws.justice.gc.ca/en/Y-1.5/index.html> (2008. 25 дек.).

партией, настолько хитроумна, что ее сложно охарактеризовать».<sup>15</sup> Кроме того, в самой Великобритании фактически функционируют несколько систем ювенальной юстиции: система, получившая распространение в Англии и Уэльсе, во многом схожая с ней система ювенальной юстиции Северной Ирландии и специфическая система ювенальной юстиции Шотландии.

Кроме того, в то время как в России конца XX в. возник ажиотажный спрос на ювенальную юстицию с «ее радикальными идеями, формами и направлениями деятельности»,<sup>16</sup> во многих странах Запада обнаружилась другая тенденция, связанная с усилением карательной направленности правового воздействия на несовершеннолетних правонарушителей. Вследствие критических нападок претерпела изменения деятельность судов по делам несовершеннолетних, и в ряде случаев они «стали «криминализованными» или «карательными судами для несовершеннолетних»».<sup>17</sup> Действительно 1980–90-е гг. ознаменовались многочисленными попытками «вживления» карательных методов в систему ювенального правосудия, начиная от снижения возраста уголовной ответственности до участвующейся передачи уголовных дел в отношении несовершеннолетних из специализированных ювенальных судов в общеуголовные суды. Очевидно, причиной таких ужесточений можно считать отмеченную зарубежными криминологами диспропорцию между вредом, причиненным юными преступниками, и способами рассмотрения этих дел в судах по делам несовершеннолетних.<sup>18</sup> Такую точку зрения следует рассматривать как особенность правового сознания западного общества, недовольного достаточно высокими показателями подростковой преступности, поскольку никакими достоверных социологических и статистических данных, подтверждающих эффективность передачи несовершеннолетних правонарушителей в систему «взрослого» правосудия для общественной безопасности, так и не было выявлено. Однако реальные недостатки в функционировании системы ювенальной юстиции действительно были зафиксированы в результате значительной аналитической работы во многих государствах, следствием чего стало изменение законодательства и реформирование национальных систем ювенальной юстиции.

В частности, в США наметился некий отход от принципа конфиденциальности при рассмотрении уголовных дел несовершеннолетних правонарушителей, поскольку нередко в силу действия данного принципа не удавалось зафиксировать рецидив, и определенные затруднения возникали с подбором соответствующих программ социальной реабилитации юного правонарушителя. Такие программы зачастую разрабатывались применительно к конкретному правонарушителю без соответствующей опоры на материалы уголовного дела.<sup>19</sup> Нередко исследователи вообще вели речь о неэффективности самостоятельной системы ювенальной юстиции в решении задач профилактики подростковой и молодежной преступности,

<sup>15</sup> *Youth Justice: Critical Readings* / ed. by J. Muncie, G. Hughes, E. McLaughlin. London; New Delhi, 2006. P. 453.

<sup>16</sup> Мельникова Э. Б. Ювенальная юстиция: Проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминологии. Учебное пособие. М., 2000. С. 7.

<sup>17</sup> Бэйзмор Г., Умбрайт М. Переосмысление функции наказания в суде для несовершеннолетних: карательный или восстановительный подход к подростковой преступности // Правосудие по делам несовершеннолетних. Мировая мозаика и перспективы в России. Вып. 2 / под ред. М. Г. Флямера. В 2 кн. Кн. 1. М., 2000. С. 9.

<sup>18</sup> Conklin J. E. *Criminology*. Massachusetts, 1995. P. 490.

<sup>19</sup> *Ibid.*

причем вне зависимости от того, карательной или реабилитационной являлась данная модель специализированной юстиции.<sup>20</sup>

Критическим нападкам подвергались и системы ювенальной юстиции, сложившиеся во многих европейских государствах. Это привело в свою очередь к тому, что в конце XX — начале XXI в. стали практически повсеместно разрабатываться и законодательно внедряться реформированные модели ювенальной юстиции. Изменения претерпела даже терминология. В частности, в законах, материалах судебной практики и научных работах речь чаще всего идет не о ювенальной юстиции в чистом виде (*juvenile justice*), а о молодежной юстиции (*youth justice*), поскольку принципы обращения с несовершеннолетними правонарушителями стали применяться к совершеннолетним молодым людям. В частности, Закон Великобритании об уголовной юстиции 1991 г. заменил термин «*Juvenile Court*» на термин «*Youth Court*» и увеличил верхнюю возрастную границу подростков с 17 до 18 лет.<sup>21</sup> Во многом такой подход оправдан, поскольку позволяет реализовать идею «плавного» перехода к взрослой юстиции. Это оправданно и потому, что законодательство ряда западных государств в отличие от законодательства России содержит весьма расплывчатые границы, определяющие возраст уголовной ответственности.

При анализе методов профилактики подростковой и молодежной преступности и определении соответствующих стратегий речь идет о первичной и вторичной превенции.

Первичная превенция нацелена на предотвращение молодежной преступности, вторичная — на реабилитацию юного правонарушителя, защиту его прав и предотвращение повторного правонарушения.<sup>22</sup> При этом в первом случае, как правило, речь идет о воздействии на факторы риска, способствующие молодежной преступности, с опорой на детерминанты поведения в подростковом возрасте. Для значительной части юных правонарушителей западной цивилизации характерны импульсивность, отставание в интеллектуальном развитии, систематическое непосещение школы, отсутствие адекватного контроля за их поведением со стороны родителей, семейные конфликты, вхождение подростка в делинквентную группу, употребление наркотиков и алкоголя. На формирование противоправного поведения подростков и молодых людей существенное влияние оказывает и антиобщественное поведение взрослых. Вероятность противоправного поведения ювенального субъекта тем выше, чем большее количество перечисленных факторов воздействует на него. В связи с этим основная цель первичной превенции — решение вышеперечисленных проблем на основе многоаспектного подхода. Например, в Великобритании приоритеты отдаются долгосрочным программам-стратегиям, нацеленным на одновременную работу с семьей, школой и кругом общения подростка. К сожалению, нередко эти программы справедливо критикуются за отсутствие оценки комплексной долгосрочной перспективы их эффективности в плане предупреждения преступности среди несовершеннолетних.<sup>23</sup> В последнее время все чаще речь идет о необходимости учета корреляции

<sup>20</sup> Jenson J. M., Howard M. O. Youth Crime, Public Policy and Practice in the Juvenile Justice System: Recent Trends and Needed Reforms // Social Work. 1998. Vol. 43. P. 324–334.

<sup>21</sup> Criminal Justice Act 1991 // [www.uklaws.org/acts\\_uk/document36/index.htm](http://www.uklaws.org/acts_uk/document36/index.htm) (2009. 8 янв.).

<sup>22</sup> O'Mahony D., Deazley R. Juvenile Crime and Justice. P. 12.

<sup>23</sup> Ibid. P. 13.

между программами первичной превенции и показателями преступности или показателями факторов преступности. Традиционно с целью воздействия на проблемы несовершеннолетних правонарушителей используются семейные программы, включающие семейную терапию и семейные тренинги, развивающие школьные программы, внедрение в молодежную среду и закрепление в ней адекватных социальных норм и правил поведения, использование социальных тренингов по формированию у молодого человека представлений о различных способах решения социально значимых ситуаций, контроль за поведением подростка во внешней среде, вплоть до контроля за выполнением домашнего задания.

Вторичная превенция строится на реабилитационных программах, которые должны быть адекватны факторам риска. По данным отдельных исследователей, благодаря таким программам уровень рецидива среди молодежи удается снизить с 50 до 32–38 %.<sup>24</sup> Эти программы: направлены на корректировку криминогенных сторон подросткового поведения, изменение поведенческих целей; основываются на социальном взаимодействии, цель которого состоит в устранении дефицита социально значимых навыков (например, чтения и письма); имеют многомодальный характер, объединяющий целый ряд стратегий; отличаются терапевтической целостностью, т. е. разрабатываются и реализуются с четко поставленными целями специально обученными людьми и имеют относительно длительный терапевтический эффект; в первую очередь ориентированы на юных правонарушителей, входящих в группу повышенного риска рецидива противоправного поведения; опираются на усилия местного сообщества, без поддержки которого невозможна эффективность ювенальной юстиции.<sup>25</sup> Традиционные интенсивный надзор и воспитательно-исправительное воздействие на несовершеннолетних правонарушителей без восстановительных программ индивидуальной направленности с ориентацией на соответствующие факторы риска менее эффективны и не могут противостоять рецидиву.

В странах системы *континентального права* и системы *общего права* сложилось различное отношение к нормам международного права, определяющим стандарты отправления правосудия в отношении несовершеннолетних и обращения с несовершеннолетними правонарушителями. Если для стран континентальной Европы преимущественно характерно монистическое отношение к нормам международного права, то страны системы общего права демонстрируют известный дуализм по отношению к международному праву. В первом случае речь идет об однозначном признании международного права в качестве части внутригосударственного права, а нормы международного права имеют приоритет перед нормами национального права (например, во Франции); во втором случае превалирует принцип парламентского суверенитета, в соответствии с которым международные нормы остаются вне внутригосударственного права, пока закон четко не объявит международный инструментарий в качестве части национального права (например, в Великобритании).<sup>26</sup> Это связано в первую очередь со спецификой правовых систем, поскольку в судах стран системы общего права невозможно автоматическое применение норм

<sup>24</sup> MacKenzie D. L. Criminal justice and crime prevention // Preventing crime: What works, what doesn't, what's promising. Report to U. S. Congress / Eds. L. W. Sherman, D. Gottfredson, D. MacKenzie, J. Eck, P. Reuter & S. Bushway. 1997. P. 661–709.

<sup>25</sup> Ibid. P. 20.

<sup>26</sup> Ibid. P. 23.

международного права. Поэтому, например, Северная Ирландия рассматривает три пути влияния норм международного права на ювенальную юстицию: 1) имплементацию международных процедур (воспитательные механизмы; международные отчеты и наблюдение над ювенальными процедурами); использование процедур примирения и процедур обжалования; 2) судебное толкование закона; 3) закон Северной Ирландии 1998 г., закрепляющий Билль о правах.<sup>27</sup> В принципе, в Великобритании обязательность распространяется только на нормы Европейской конвенции о защите прав человека и Конвенции о правах ребенка. Все остальные международные нормы носят рекомендательный характер и используются для системного толкования других норм и принципов международного права. В качестве аргумента в пользу такого подхода выдвигается тезис о том, что «многие положения Пекинских правил повторяют Конвенцию о правах ребенка, Эр-Риядские правила содержат нормы, содержащиеся в Международном пакте о гражданских и политических правах и Конвенции о правах ребенка», а значит, играют скорее «символическую и просветительскую роль в распространении международных идей о правах ребенка и информировании о практике молодежной юстиции».<sup>28</sup> Поэтому проблема применения международных стандартов в области отправления правосудия в отношении детей и молодежи является реальной проблемой для стран общего права, и ее решение зависит от многих, в том числе и чисто политических, факторов. Однако было бы преувеличением утверждать, что для государств континентальной Европы нормы международного права являются чем-то вроде истины в последней инстанции. В частности, наличие рекомендации ООН 2007 г. относительно неприемлемости установления возраста уголовной ответственности в 12 лет не помешало Франции, традиционно не имевшей фиксированного возрастного порога уголовной ответственности, в конце 2008 г. подготовить законодательные предложения, среди которых фигурировало и установление возраста уголовной ответственности в 12 лет.<sup>29</sup>

Если говорить о континентальной системе воздействия на несовершеннолетних правонарушителей, то речь должна идти в первую очередь о Франции. Французская система правосудия, имеющая дело с несовершеннолетними правонарушителями, во многом показательна и чаще всего рассматривается в качестве примера системы ювенальной юстиции, сформировавшейся в рамках континентального права. Это связано с тем, что она относительно стабильна уже на протяжении многих десятилетий.<sup>30</sup> Но французское общество не исключено полностью из научно-практической дискуссии по вопросам воздействия на несовершеннолетних правонарушителей. Смена парадигмы уголовной юстиции, характерная для большинства западных стран конца XX в., вызвала к жизни и соответствующую полемику о судьбе ювенальной юстиции.<sup>31</sup> Более того, сегодня Франция пытается перейти от чисто научных дискуссий к совершенствованию

<sup>27</sup> Ibid. P. 27.

<sup>28</sup> Ibid. P. 30.

<sup>29</sup> *Justice des enfants: Désinformation et double langage. Un projet déséquilibré et préoccupant* // [www.ijjo.org/documental\\_ficha.php?rel=S1&cod=2296&pag=030200pags=0&idioma=en](http://www.ijjo.org/documental_ficha.php?rel=S1&cod=2296&pag=030200pags=0&idioma=en) (2009. 8 янв.).

<sup>30</sup> *Blatier C. Juvenile justice in France. The evolution of sentencing for children and minor delinquents* // *British Journal of Criminology*. 1999. Vol. 39. N 2. P. 240.

<sup>31</sup> *Sobanet A. Silence in the Court and Testimony Behind Bars Juvenile Defendants and the French Judicial System* // *French Cultural Studies*. 2005. February 1. N 16(1). P. 21.

законодательства. Об этом заявила 3 декабря 2008 г. руководитель специальной комиссии по реформе ювенальной юстиции, министр юстиции Франции Рашида Дати.<sup>32</sup> В рамках законотворческой работы внесено около 70 предложений по изменению действующего законодательства в отношении несовершеннолетних правонарушителей. В первую очередь речь идет о реформировании Закона от 12 февраля 1945 г. и об установлении возраста уголовной ответственности в 12 лет. Реформы предполагают возможность помещения несовершеннолетнего в возрасте 12 лет под надзор и возможность лишения его свободы даже в случае впервые совершенного уголовного наказуемого деяния.

Справедливую критику вызвала предлагаемая диспропорция, когда к работе с несовершеннолетними правонарушителями активно привлекаются общественные некоммерческие организации, но фактически от этой работы отстраняется профессиональный ювенальный судья. Предложения содержат целый ряд общих принципов воздействия на несовершеннолетних, совершающих тяжкие преступления, однако при этом игнорируются формальная, процедурная сторона и вопросы судебной специализации при отправлении уголовного правосудия в отношении таких подростков. По мнению многих юристов, установление фиксированного возраста уголовной ответственности неоправданно, поскольку в судебной практике судья, прокурор, полицейский, адвокат каждый раз индивидуально решают вопрос о степени осознания несовершеннолетним противоправности совершенного им деяния.<sup>33</sup> Хотя предложения по совершенствованию законодательства нацелены на развитие восстановительного правосудия и форм, альтернативных уголовному преследованию, в целом данная реформа оценивается французскими юристами как реакционная и вызывает закономерную критику.

В частности, детский омбудсмен Франции Доминика Версини отметила, что такие нововведения не соответствуют международным обязательствам Франции и особенно Международной конвенции о правах ребенка;<sup>34</sup> она предложила установить возраст уголовной ответственности в 13 лет. В качестве аргументов ее приводятся данные исследований, подтверждающие низкую превентивную эффективность уголовного преследования в отношении 12–13-летних детей, а также указывается на неготовность французских мест заключения для содержания детей такого возраста. С подобной критикой уже 5 декабря 2008 г. выступил и премьер-министр Франции, подчеркнувший, что реформа несвоевременна, поскольку проблема не в законах, которые не нуждаются в реформировании, а в поиске средств для их реализации.<sup>35</sup>

В основе французской системы ювенальной юстиции лежит принцип единоличного рассмотрения дел о преступлениях несовершеннолетних и гражданских дел, затрагивающих интересы несовершеннолетних, судьей со специальной компетенцией. Более того, французский ювенальный суд фактически является разновидностью семейного суда, поскольку в его юрисдикцию входят и гражданские дела, затрагивающие интересы несовершеннолетнего. Главную роль в такой системе во многом играет судья, имеющий дело исключительно с детьми в гражданских делах

<sup>32</sup> *France. Juvenile Justice System reform* // [www.ijjo.org/news\\_oijj\\_fisha.php](http://www.ijjo.org/news_oijj_fisha.php) (2009. 8 янв.).

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> *Justice des enfants: Désinformation et double langage.*

и с юными преступниками в уголовных делах. Приоритет воспитательных мер воздействия перед уголовным наказанием стал выбором Франции, реализуемым в течение 50 лет. Чтобы достичь этой цели, были созданы специальные суды, функционировавшие вне основной уголовной системы и имеющие больше ресурсов для понимания и решения проблем подростков-делинквентов. Таким образом, французская ювенальная юстиция уникальна не только своей организованностью, ориентацией на права несовершеннолетнего, введением ряда запретов на передачу несовершеннолетнего правонарушителя в систему общеуголовной юстиции (например, при передаче уголовных дел в отношении 17-летних подростков на рассмотрение суда присяжных). Обращает на себя внимание то, что именно в ее недрах реально воплощены идеи альтернатив уголовному судопроизводству и восстановительного правосудия.

В связи с этим нельзя не сказать и о так называемой парадигме восстановительного правосудия, которое сейчас рассматривается как одна из предпочтительных моделей реакции общества на правонарушение, совершенное подростком. Восстановительная модель правосудия видится многим исследователям более конструктивной формой, которая «поощряет символическую компенсацию между жертвами и преступниками, поощряет подростков брать ответственность за совершенное действие, осмысливая переживания и вред, причиненный его действиями жертве».<sup>36</sup> Заслуживают внимания и данные о том, что восстановительное правосудие способствует повышению уважения к полиции, закону и системе уголовного правосудия.<sup>37</sup> При этом приоритет отдается индивидуальным процедурам перед общей формальной судебной процедурой.

Однако было бы преувеличением утверждать, что вся работа с несовершеннолетними правонарушителями сводится в современных странах Запада только к восстановительному правосудию. Л. В. Головкин<sup>38</sup> вполне уместно приводит высказывание французского ученого Ф. Казорла: «Система поддержания социального порядка не может базироваться исключительно на принципах “восстановительной юстиции”... Не существует конфликта между заточением, социальной реадaptацией, возмещением ущерба; эти идеи должны дополнять друг друга».<sup>39</sup> Интересно мнение и самих сторонников восстановительного правосудия, справедливо полагающих, что «в то время как восстановительные процедуры, кажется, показывают существенные преимущества, важно понять, что они не могут копироваться тождественно в разных странах».<sup>40</sup>

К сожалению, объем данной работы не позволяет более детально рассмотреть специфику существующих в рамках так называемого «западного» права моделей ювенальной юстиции. Поэтому позволим себе сделать определенные выводы и обобщения.

В современном мире одним из основных требований, предъявляемых к той или иной модели *juvenile justice*, или *youth justice*, следует считать «эффективность систем юстиции, лишенных карательной направленности».<sup>41</sup>

<sup>36</sup> O'Mahony D., Deazley R. Juvenile Crime and Justice. P. 33.

<sup>37</sup> Ibid.

<sup>38</sup> Головкин Л. В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002.

<sup>39</sup> Там же. С. 228.

<sup>40</sup> O'Mahony D., Deazley R. Juvenile Crime and Justice. P. 33.

<sup>41</sup> Youth Justice: Critical Readings / ed. by J. Muncie, G. Hughes, E. McLaughlin. P. 455.

Лишение несовершеннолетнего правонарушителя свободы, помещение его в тюрьму рассматриваются как исключительная мера.<sup>42</sup> Для большинства стран Запада одна из актуальных задач в этом контексте — уменьшение числа несовершеннолетних (подлежащих и не подлежащих уголовной ответственности), вовлекаемых в формальную систему уголовного правосудия. При этом в сферу молодежной и ювенальной юстиции все чаще вовлекаются негосударственные структуры, некоммерческие организации, представители общественности. Однако это не значит, что данные системы сплошь и рядом основываются на волонтерстве и сознательной позиции населения. В системе ювенальной юстиции работает достаточное количество профессионалов, получивших специальную базовую подготовку и имеющих опыт работы с подростками. Кроме того, несомненным достоинством этих структур является наличие хорошей системы сбора социально значимой информации о подростке-правонарушителе и обобщение и систематизация этой информации, в том числе и на уровне автоматизированных систем учета данных.

Интерес российских ученых и практиков к проблемам воздействия на подростковую и молодежную преступность в странах Запада вполне оправдан. Также оправданно и изучение моделей ювенальной юстиции, сложившихся в этих странах. Тем более, что еще в 1991 г. была разработана Концепция судебной реформы в России, которая обозначила направления совершенствования системы правосудия и поставила вопрос о развитии дифференциации уголовного судопроизводства.<sup>43</sup> Данный документ обращал внимание на необходимость учета зарубежного опыта при решении вопросов дифференциации судопроизводства. Примечательно и то, что параллельно с вопросами дифференциации ставились вопросы судебной специализации, в частности, создания специализированных судов по делам несовершеннолетних.

За последние десятилетия западное сообщество пришло к закономерному выводу о том, что правосудие в отношении несовершеннолетних должно основываться не на снисхождении к правонарушителю, а на таких мерах, которые: поощряют процесс изменения поведения, помогая подростку или молодому человеку почувствовать ответственность за свои поступки и понять, как они отражаются на других; способствуют социальной интеграции ребенка, а не его отчуждению в обществе; позволяют избежать официального судопроизводства, а по возможности избежать применения чисто карательных санкций, таких как лишение свободы, в пользу конструктивных мер общественного воздействия.<sup>44</sup>

Очевидно, что позитивный опыт зарубежных стран в сфере ювенальной юстиции должен быть осмыслен современной Россией, уже в течение десятилетия стоящей на пороге воссоздания собственной системы ювенальной юстиции, а его анализ позволит более четко и грамотно определять приоритетные направления современной российской ювенальной политики.

<sup>42</sup> *Justice des enfants: Désinformation et double langage.*

<sup>43</sup> Концепция уголовно-процессуального законодательства РФ // Государство и право. 1992. № 8. С. 46–55.

<sup>44</sup> *Cappelaere G., Verhellen E. Human Rights and Juvenile Justice. Ghent, 1998. P. 91.*

## IX ЕВРОПЕЙСКИЙ КОНГРЕСС ПО ТРУДОВОМУ ПРАВУ И ПРАВУ СОЦИАЛЬНОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ

Е. А. СЕРЕБРЯКОВА\*

С 16 по 19 сентября 2008 г. во Фрайбурге (ФРГ) состоялся IX Европейский конгресс по трудовому праву и праву социального обеспечения. Это событие совпало с 50-летним юбилеем Международной ассоциации трудового права и социального обеспечения, основанной в Брюсселе в 1958 г. Основные задачи ассоциации — научные исследования в области трудового права и права социального обеспечения как на национальном, так и на международном уровне, содействие обмену идеями и информацией, а также поддержка работы ученых и практикующих юристов, занимающихся вопросами трудового права и социального обеспечения.

Проводимые под эгидой Ассоциации Конгрессы по трудовому праву и праву социального обеспечения служат выполнению стоящих перед Ассоциацией задач. Их материалы расширяют эмпирическую базу науки сравнительного права. Конгресс предоставляет специалистам возможность для дискуссий по актуальным вопросам трудового права и права социального обеспечения, в процессе которых происходит обмен накопленными знаниями и опытом.

В рамках Конгресса прошло заседание исполнительного комитета Международной ассоциации трудового права и социального обеспечения. На нем были подведены итоги работы Ассоциации за последние два года. Члены Комитета констатировали успешное проведение XVIII Международного конгресса по трудовому праву и праву социального обеспечения, прошедшего в 2006 г. в Париже (Франция), VII Американского конгресса, проводившегося в Санто-Доминго (Доминиканская Республика) в 2007 г., а также международных семинаров по трудовому праву и социальному обеспечению.

Знаковым событием в работе Исполнительного комитета стали выборы президента Международной ассоциации трудового права и социального обеспечения на период 2009–2012 гг. Президентом был избран проф. *Михал Северинский* (Польша), кандидатура которого с одобрения большинства ассоциаций Центральной и Восточной Европы выдвинута Польской ассоциацией трудового права и социального обеспечения.

На Комитете был одобрен следующий график проведения отраслевых международных научных форумов:

2009 г. — XIX Международный конгресс по трудовому праву и праву социального обеспечения, который пройдет в Сиднее (Австралия);

\* Серебрякова Елена Алексеевна — к. ю. н., доцент, кафедра ИБМ-5 МГТУ им. Н. Э. Баумана.

© Е. А. Серебрякова, 2009

2010 г. — VIII Американский конгресс по трудовому праву и праву социального обеспечения, который пройдет в Картахене (Колумбия);

2011 г. — X Европейский конгресс по трудовому праву и праву социального обеспечения, местом проведения которого определен город Севилья (Испания);

2012 г. — XX Международный конгресс по трудовому праву и праву социального обеспечения в Сантьяго-де-Чили (Чили).

По окончании заседания Исполнительного комитета и завершении регистрации участников Конгресса прошла церемония открытия. В Конгрессе приняли участие специалисты по трудовому праву и праву социального обеспечения более чем из 40 государств. Рабочие языки Конгресса: английский, французский, испанский, немецкий.

С приветственными словами к участникам Конгресса обратился президент Международной ассоциации трудового права и социального обеспечения, доктор наук, проф. *Казуо Сугено* (Япония), от принимающей форум страны выступили президент Немецкой ассоциации трудового права и социального обеспечения, доктор наук, проф. *Манфред Левеш* (Германия), член Федерального Парламента Германии, вице-премьер-министр и министр юстиции Баден-Вюртенберга, доктор наук, проф. *Юльрих Голь*, президент Федерального трудового суда *Ингрид Шмидт*, вице-ректор Альберт-Людвиг-Университета (Фрайбург) *Ханс-Йохен Шивер*.

За три дня в рамках Конгресса были проведены три пленарных сессии, два круглых стола и семинар.

Для обсуждения были предложены следующие темы: 1) применение принципа равноправия при найме на работу в странах — членах ЕС и ЕЭС; 2) правовое положение и защита работающих мигрантов; 3) влияние демографических тенденций на пенсионные системы в Европе; 4) влияние информационных и коммуникационных технологий на отношения в области труда; 5) распределение обязанностей и ответственности работодателя, осуществляющего деятельность в особых структурных формах; 6) системы обеспечения соблюдения закона в трудовом праве; 7) квалификация и деятельность юристов в сфере трудового права.

Первая пленарная сессия открылась приветственным словом мэра Фрайбурга, доктора наук *Дитера Саломона*, который рекомендовал участникам мероприятия за научными дискуссиями не забыть полюбоваться красотами города.

Перейдя к основной части повестки дня, участники Конгресса заслушали выступление основного докладчика по теме «Применение принципа равноправия при найме на работу в странах — членах ЕС и ЕЭС» *Ирен Ашер-Вонк* (Нидерланды). Докладчик отметила, что в своем развитии процесс имплементации принципа равноправия прошел несколько этапов, которые могут быть обозначены следующими временными рамками:

*Этап 1: 1957–1975 гг.* Начало этапа докладчик связала с подписанием Римского договора 1957 г., содержавшего положение относительно запрета дискриминации. Причем договором определялись не только основания дискриминации, такие как национальный признак, но и содержание понятия «дискриминация», в которое вкладывалось установление особых условий найма, заработной платы и других условий труда.

*Этап 2: 1975–1997 гг.* (до подписания Амстердамского договора). Этот этап характеризуется появлением вторичного законодательства о равноправии мужчин и женщин, на развитие которого повлияла Программа социальных действий (1974).

Этап 3: с 1997 г. по настоящее время. Данный этап связан с ревизией ранее принятых норм о запрете дискриминации, изменением подхода к содержанию различных понятий, а также расширением предусмотренных нормативными документами оснований, дискриминация по которым недопустима. На примере Директивы № 2000/43/ЕС о запрете дискриминации по расовому и этническому признаку докладчик проиллюстрировала расширение содержания понятия дискриминации. Так, согласно названной Директиве, различаются прямая и косвенная дискриминации по этническому и расовому признакам. Причем прямая дискриминация имеется в случае, когда в связи с этническим или расовым происхождением лица обращение с ним менее благоприятно, чем такое обращение есть, было и будет в отношении других лиц, находящихся в аналогичной ситуации. Под косвенной же дискриминацией понимаются случаи, когда формально нейтральные предписания, критерии, практика могут поставить лицо, в зависимости от его расового или этнического происхождения, в особые, невыгодные по сравнению с иными лицами условия, если только такие предписания, критерии, практика не являются объективно обоснованными законной целью, а средства достижения этой цели не являются соразмерными и необходимыми.

Особое внимание И. Ашер-Вонк обратила на Директиву № 2000/78ЕС, преамбула которой содержит ссылку не только на документы, принятые в рамках ЕС, но и на иные документы (принятые в рамках ООН, МОТ). В Директиве особо подчеркивается, что равноправие перед законом и защита от дискриминации базируются на фундаментальных правах, признанных Всеобщей декларацией прав человека, Конвенцией ООН о ликвидации всех форм дискриминации, Международными пактами о гражданских и политических правах и об экономических, социальных и культурных правах и Европейской конвенцией о защите прав человека и основных свобод.

После достаточно детального обзора европейских документов И. Ашер-Вонк остановилась на вопросе имплементации законодательства ЕС в национальное законодательство государств — членом ЕС и указала, что Европарламент не оставляет без работы национальных законодателей и иные ветви власти, ведь международное право не может быть просто автоматически перенесено на национальный уровень, оно требует соответствующей адаптации.

Объективно существует большое количество проблем имплементации европейского законодательства, которые могут быть выявлены различными путями. Например, такие проблемы становятся очевидными при запоздалом введении государством в действие соответствующих норм или при введении этих норм с оговорками. Самостоятельными индикаторами сложности, возникающих с применением норм ЕС внутри страны, являются споры, связанные с защитой прав граждан на равноправие, а также иски к государствам — членам ЕС о защите названных прав.

Причины указанных проблем достаточно разнообразны. Это и экономические условия, и сложившиеся традиции в национальном регулировании отношений, и иные причины. Так, в некоторых странах Европы (Австрия, Германия, Нидерланды, Франция) нормы, устанавливающие равноправие, вошли в противоречие с правилами, устанавливающими дифференцированные условия труда.

Конечно, проблема национальных меньшинств связана не только с несоответствием национального законодательства европейскому. Вместе с тем только на основе исследований, в первую очередь изучения сравнительного правоведения, возможно развитие законодательства

о равенстве, адаптированного к специфическим традициям и условиям каждого государства и легко имплементируемого в национальную правовую систему.

Содокладчики *Моника Шляхтер* (Германия) и *Ронни Эклунд* (Швеция) указали на отдельные вопросы, связанные с применением европейского законодательства. Отмечая актуальность вопроса, М. Шляхтер отдельное внимание уделила проблеме соотношения законодательства ЕС о недопущении дискриминации и законодательства Германии об установлении дифференцированных условий труда и занятости для отдельных категорий лиц, нуждающихся в специальной защите по объективным причинам, таким как состояние здоровья, наличие детей, беременность, возраст, отсутствие опыта работы и т. д. Ранее установленная система, предусматривавшая определенные привилегии отдельным категориям лиц, изжила себя. Это обусловлено объективными экономико-социальными условиями, в которых предоставление работнику особых прав, влекущее для работодателя дополнительные расходы, экономически невыгодно и нецелесообразно в условиях глобализации. При этом результатом установления дифференцированных условий труда становится не дополнительная защита отдельных категорий работников, а, напротив, фактическая невозможность этих лиц трудоустроиться. Именно поэтому национальное законодательство должно воспринять нормы, предлагаемые ЕС. Однако имплементация, безусловно, не должна быть автоматической и нуждается в определенной основе на национальном уровне.

Ронни Эклунд остановился на отдельных вопросах дискриминации по возрастному и гендерному признакам. Особое внимание было уделено проблемам преподавания трудового права в условиях несоответствия национального законодательства нормам ЕС.

Во второй половине дня прошел круглый стол, на котором были обсуждены актуальные вопросы защиты фундаментальных прав работников в современных условиях. Постановка проблемы обусловлена развитием и всеобщим применением средств телекоммуникаций и информационных технологий, позволяющих осуществлять дополнительный контроль за работниками и затрудняющих реализацию и обеспечение защиты таких основных прав работника, как право переписки, право на частную жизнь. Дискуссию провели *Рольф Бирк* (Германия), *Мэтью Финкин* (США), *Шелли Валах* (Израиль), *Сатоши Нишитани* (Япония).

Пленарная сессия второго дня Конгресса была посвящена вопросам правового статуса и защиты работающих мигрантов. Основным докладчиком была заявлена *Рут Нильсон* (Дания), которая не смогла присутствовать на заседании, но представила развернутое сообщение по теме. Участникам Конгресса была предоставлена возможность ознакомиться с этим сообщением, содержащим сравнительный анализ действующего законодательства и сложившейся практики стран ЕС и ЕЭС.

В сообщении уделено внимание таким вопросам, как свобода передвижения граждан ЕС из одной страны Союза в другую; реализация иностранцами способностей к труду в различных странах Европы; проблема дискриминации по признаку национальности и обратной дискриминации по признаку наличия гражданства (когда государство предоставляет для собственных подданных условия менее благоприятные, чем для иностранных граждан).

Европейский Союз в области регулирования трудовой миграции определил следующие основные цели: 1) совершенствование законодательства и механизма его реализации; 2) поддержка трудовой миграции; 3) укрепление системы обеспечения занятости.

Очень важно определение понятия «работник», так как именно от этого определения будет зависеть круг лиц, на которых распространяется действующее европейское законодательство, гарантирующее свободу перемещения работающих лиц по территориям стран ЕС. Такая свобода предоставлена лицам, выполняющим за вознаграждение работу в интересах другого субъекта и под его руководством. К ним относятся не только работники, занятые на условиях полного рабочего дня, но также временные работники, сезонные работники, работники, занятые на условиях неполного рабочего времени. Причем работник сохраняет свой статус, если он: 1) временно нетрудоспособен; 2) зарегистрирован в качестве лица, ищущего работу; 3) проходит профессиональное обучение.

Право иностранного работника на достойную оплату труда гарантируется соответствующим законодательством о минимальном размере оплаты труда. Такое законодательство, как отмечено в сообщении, имеется в 20 государствах — членах ЕС. Размер минимальной заработной платы не установлен национальным законодательством Норвегии, Швеции, Финляндии, Дании, Швейцарии, Германии, Австрии, Италии, Кипра. В этих странах минимальный размер оплаты труда — предмет коллективных переговоров между сторонами социального партнерства в сфере труда. Что касается абсолютных значений размера минимальной заработной платы, то они в странах ЕС различны. По состоянию на январь 2006 г. данная величина составляла от 129 евро (в Латвии) до 1503 евро (в Люксембурге).

В целом защищая свободу трудовой миграции, европейский законодатель столкнулся и с целым рядом проблем, среди которых, например, угроза национальной безопасности суверенных государств и распространение СПИДа. Решение первой проблемы видится в предоставлении государствам права определять перечень должностей, не подлежащих замещению иностранными гражданами. Пути решения второй из названных проблем до конца не определены. Хотя введение запретов на предоставление вида на жительство лицам, которые имеют определенные заболевания, признается законным и справедливым, установление требований по прохождению медицинских осмотров или тестирований для всех въезжающих в страну иностранцев будет противоречить принципу свободы передвижения.

В связи с отсутствием основного докладчика содокладчики *Рольф Бирк* (Германия), *Стефано Белломо* (Италия), *Мике Хоувертийль* (Нидерланды) получили возможность более полно изложить пути решения затронутых проблем, предлагаемые национальным законодательством.

Круг обсуждаемых вопросов был задан организаторами Конгресса, которые в процессе сбора информации относительно ситуации по каждой из заявленных для обсуждения тем распространили специальные вопросники. Вопросы в них касались не только норм права, действующих в государстве, но и практики применения таких норм, статистических данных. Это позволило докладчикам полно охарактеризовать состояние соответствующих отношений в государстве.

Следуя заданному организаторами ходу обсуждения второй темы Конгресса, *Стефано Белломо* рассказал о проблемах, возникающих у итальянских законодателей и правоприменителей в связи с процессами глобализации и изменением количества членов и границ ЕС. В целях оптимизации процесса адаптации национального рынка к работающим мигрантам правительство определило сроки (до января 2008 г.), в течение которых действовали отдельные ограничения, связанные с применением труда граждан стран, недавно присоединившихся к ЕС. При этом некоторые секторы экономики Италии (сельское хозяйство, гостиничный и туристический

бизнес, строительство, инженерия и др.) без ограничений принимали иностранных работников из Румынии и Болгарии.

Обращаясь к ограничениям, установленным для иностранных работников, докладчик пояснил, что в Италии нет абсолютного запрета на доступ иностранцев к государственной службе. Вместе с тем на законодательном уровне установлен перечень должностей, связанных с осуществлением лицами, их замещающими, государственных властных полномочий. Эти должности не могут быть замещены лицами, не имеющими итальянского гражданства. К ним, в частности, относятся должности судей, государственных защитников, государственных обвинителей и многие другие.

Кусовно дискриминационным требованиям, предъявляемым к иностранным работникам в Италии, С. Белломо отнес требование владения итальянским языком.

Обращаясь к правам трудящихся мигрантов на социальное обеспечение, выступающий отметил, что в этих правах иностранцы уравниваются с итальянскими работниками, причем в ряде случаев возможность реализации таких прав не зависит от отношения к труду. Так, итальянская государственная система здравоохранения действует на принципах солидарности и универсальности. При выполнении определенных, не слишком сложных требований (например, работа или проживание на территории страны в течение более трех месяцев, а для граждан стран ЕС — в течение меньшего срока) доступ к этой системе открыт каждому.

Отдельная часть доклада была посвящена особенностям занятости и обеспечения прав работников — граждан государств, не входящих в ЕС. Правила въезда таких лиц в Италию с целью осуществления трудовой деятельности и условия осуществления такой деятельности зависят от вида деятельности и ее предполагаемого срока. Однако по общему правилу в случае потери работы данные субъекты имеют равные с итальянцами права в области занятости, которые ограничены лишь сроком их реализации, оканчивающимся одновременно с истечением срока действия въездной визы или разрешения на временное проживание. Ограничения прав на воссоединение семьи таких иностранных работников установлены с учетом необходимости соблюдения общественного интереса: наличие семьи не должно быть основанием для въезда в страну с нарушением установленных правил. В целом законодательство и практика Италии идут по пути снижения требований, предъявляемых к работающим иностранцам в целях воссоединения их семей, и одновременного расширения содержания понятия «член семьи иностранного работника». Условия социального обеспечения данной группы работающих иностранцев те же, что и условия социального обеспечения итальянцев: им предоставляется обеспечение в случае инвалидности, старости, потери кормильца, временной нетрудоспособности, материнства, безработицы и др. Законом предусмотрено, что при выезде из Италии иностранный гражданин имеет право на получение накоплений, хранящихся в фонде социального обеспечения на персонализированном счете этого лица. Такая мера — дополнительный стимул для добровольного выезда иностранных граждан из Италии.

*Рольф Бирк и Мике Хоувейтиль* вкратце осветили вопросы, связанные с применением труда иностранных работников в их государствах.

Выступления докладчиков вызвали оживленную дискуссию, в ходе которой участники Конгресса пришли к выводу об актуальности затронутой темы и необходимости проведения специальных конференций, ей посвященных.

Во второй половине дня прошел круглый стол, на котором обсуждались вопросы ответственности работодателя. Участники Конгресса

поддержали начатую Карлосом Паломеке Лопесом (Испания), Рюдигером Краусе (Германия), Умберто Карабелли (Италия) и Хесусом Крузом Вий-алоном (Испания) дискуссию о вызванных к жизни экономическими реалиями новых формах деятельности работодателей.

Третий день работы Конгресса начался с сессионного заседания, посвященного взаимосвязи демографических тенденций и изменений пенсионных систем. Основной докладчик Томас Давулис (Литва) обратил внимание участников Конгресса на то, что страны Восточной и Центральной Европы столкнулись с одной из основных проблем современности: принцип солидарности поколений, заложенный в основу построения механизмов пенсионного обеспечения во многих странах, уже не оправдывает себя. Это связано не только со старением населения, но и с уменьшением количества работающих трудоспособных лиц, обусловленным в свою очередь безработицей и объективными процессами трудовой миграции.

Вопрос, связанный с необходимостью реформирования подхода к пенсионному обеспечению, уже перерос масштабы национальной проблемы и стоит перед международным сообществом. Решение данной задачи осложняется тем, что пенсионные реформы требуют долгосрочных стратегий и объединения усилий всех социальных партнеров. Кроме того, существуют конституционно заданные границы преобразования систем пенсионного обеспечения — необходимость соблюдения принципа социального государства и прав граждан на социальное обеспечение.

Мероприятия, которые проводятся европейскими государствами для решения стоящей задачи, по мнению докладчика, могут быть сведены к следующим: 1) увеличение возраста выхода на пенсию; 2) сокращение социального обеспечения; 3) изменение круга лиц, подлежащих социальному обеспечению; 4) изменения системы финансирования социального обеспечения; 5) переход на частные формы социального обеспечения.

На сентябрь 2008 г. в европейских странах пенсионный возраст варьируется от 60 лет (во Франции, Эстонии, Греции и т. д.) до 65 лет (в Португалии, Швеции, Финляндии и др.), причем некоторые государства уже заявили о повышении пенсионного возраста в ближайшее время (например, Германия вводит 67-летний возраст для выхода на пенсию с 2012 г.).

В основном сохраняется гендерная разница при установлении названных возрастных ограничений: пенсионный возраст женщин в среднем на 1–3 года меньше, чем установленный для мужчин. Несмотря на то что сегодня единый пенсионный возраст установлен в небольшом количестве государств (Германия, Франция, Ирландия, Латвия, Португалия, Швеция, Швейцария, Испания, Словакия, Венгрия, Кипр), докладчик полагает, что одной из тенденций развития современных систем пенсионного обеспечения будет именно выравнивание пенсионного возраста для мужчин и женщин.

Докладчик отметил, что зачастую государства в целях регулирования реального возраста выхода на пенсию вводят дополнительные стимулы (в виде соответствующих повышений размеров пенсий) для лиц, выходящих на пенсию позднее установленного срока, и, напротив, правила уменьшения размеров пенсий, назначаемых досрочно. Одновременно вносятся изменения в законодательство, направленные на то, чтобы заинтересовать потенциальных пенсионеров и их работодателей в продолжении трудовых отношений: запрет увольнения в связи с достижением пенсионного возраста; запрет дискриминации по возрастному признаку; введение гибкого графика и частичной занятости; изменение правил исчисления стажа, дающего права на пенсионное обеспечение; изменение правил

расчета заработной платы, принимаемой для расчета размера пенсии; изменение правил зачисления иных периодов в стаж, дающий право на получение пенсии, и др.

Тенденции перехода государств к частным источникам финансирования пенсий, по мнению докладчика, очевидно просматриваются в появлении новых систем пенсионного обеспечения: 1) профессиональные пенсионные системы, которые образуются и действуют на основе соглашений сторон социального партнерства; 2) системы, основанные на индивидуальных инвестициях в частные пенсионные фонды; 3) накопительные системы, действующие в рамках государственных систем пенсионного обеспечения.

Последний вид интегрирован в ранее существовавшие системы государственного пенсионного страхования и введен во многих государствах бывшего социалистического лагеря: в Венгрии (с 1998 г.), в Польше (с 1999 г.), в Латвии (с 2001 г.), в Эстонии, Хорватии, России (с 2002 г.), в Литве (с 2004 г.), в Словакии (с 2005 г.). При наличии безусловно положительных черт у новых накопительных систем есть и большие недостатки, связанные, в частности, с возможностью покрытия государственным фондами текущих страховых выплат за счет накопительных взносов, рисками девальвации накоплений и минимальной эффективностью их инвестиций. При таких условиях новые системы не могут быть признаны решением озвученной выше проблемы.

Содокладчик *Сийбрен Куипер* (Нидерланды) рассказал о современной системе пенсионного обеспечения, действующей в его стране и включающей в себя три уровня обеспечения: государственный, профессиональный, частный.

Государственная пенсия назначается и выплачивается в соответствии с Законом 1957 г. Каждый год проживания лица в возрасте от 15 до 65 лет на территории страны увеличивает размер будущей пенсии на 2 %. Полный размер пенсии составит 50–90 % от минимальной заработной платы, причем зависит этот размер от семейного положения пенсионера. В результате размер пенсии одинокого человека будет равен приблизительно 930 евро в месяц.

Профессиональные пенсионные программы формально не являются обязательными, тем не менее приблизительно 90 % рабочих принимают в них участие. Это связано с тем, что зачастую такое участие признается установленным сторонами социального партнерства существенным условием работы на предприятии.

Наконец, третий уровень представлен частными схемами пенсионного обеспечения, предлагаемыми страховыми компаниями (а с 2008 г. — и банками). Право на такое пенсионное обеспечение не связано с трудовой деятельностью и реализуется в порядке, установленном законодательством о страховании.

После выступления докладчиков и прений состоялся семинар, на котором рассматривались вопросы обеспечения законности в трудовом праве и квалификации и деятельности юристов в области трудового законодательства. В ходе семинара выступили *Штейн Эвью* (Норвегия), *Костас Пападимитриу* (Греция), *Кирилл Томашевский* (Беларусь), *Рейнард-Юльрич Ворбау* (Германия) и *Роланд Вольф* (Германия).

Итоги Конгресса подвел президент Международной ассоциации трудового права и социального обеспечения *Казуо Сугено*, указавший на значение форума для сравнительного трудового права и социального обеспечения.

## ЭВОЛЮЦИЯ НАУЧНОГО ЗНАНИЯ ПО ПРОБЛЕМЕ ПРАВА И ВРЕМЕНИ

Н. М. ЮРАШЕВИЧ



Юрашевич  
Надежда Михайловна,  
к. ю. н., доцент, зав. кафедрой  
теории и истории государства  
и права Академии управления  
при Президенте Республики  
Беларусь

Проблема права и времени — один из слабо разработанных вопросов в теории права, хотя актуальность и необходимость ее исследования уже доказана и никем не ставится под сомнение.

Изучение проблем права и времени в юридической науке началось с вопросов действия нормативных правовых актов во времени, прежде всего в прикладном аспекте — действия актов отдельных отраслей права. Научные работы, в которых исследовалась проблема права и времени в понимании современной теории права, появились только к середине XIX в., что было обусловлено невыделенностью теоретико-правового знания в качестве самостоятельной отрасли юриспруденции.

В русскоязычной научной литературе XIX в. вопрос действия законов во времени исследовался сторонниками разных школ и направлений: А. Д. Градовским, Н. М. Коркуновым, С. В. Пахманом, А. А. Рождественским,

В. М. Хвостовым, Г. Ф. Шершеневичем и др.<sup>1</sup>

На рубеже XIX–XX вв. можно выделить два основных подхода к исследованию действия нормативных актов во времени: связанные с изучением проблем правоприменения (1) или источников права (2).

Представитель *первого подхода* Н. М. Коркунов рассматривал соотношение «разномастных и разновременных законов» в главе «Применение положительного права». <sup>2</sup> Той же позиции придерживался В. М. Хвостов, поскольку исследовал вопросы действия актов норм права во времени и их обратную силу как один из аспектов правоприменения и структурно

© Н. М. Юрашевич, 2009

<sup>1</sup> Градовский А. О действии законов во времени // Журнал гражданского и уголовного права. Кн. IV. 1873. С. 10; Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. 4-е изд. СПб., 1897; Пахман С. В. Гражданское право: общая часть. Лекции. СПб., 1868/69. С. 95–110; Рождественский А. А. 1) Общая теория права. М., 1909; 2) Основы общей теории права. Курс лекций, читанных на Высших женских юридических курсах в Москве. М., 1912; Хвостов В. М. Общая теория права: элементарный очерк. М., 1905; Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Т. 1. М., 1910. — См. подробнее: Капустина М. А. Действие законов во времени: историографический обзор // Правоведение. 1996. № 1. С. 30.

<sup>2</sup> Коркунов Н. М. Лекции по общей теории права. С. 336–342.

размещал материал в главе «Происхождение, разделение и применение права».<sup>3</sup>

А. А. Рождественский, будучи сторонником *второго подхода*, исследовал действие законов как составляющую проблемы объективного положительного права, выделяя ее следующие аспекты: действие законов как юридическое явление, соотношение между старыми и новыми законами одного содержания, отмена закона и прекращение его действия.<sup>4</sup> Г. Ф. Шершеневич также рассматривал действие закона во времени применительно к исследованию форм права.<sup>5</sup>

Отмеченное выше показывает, что дискуссия о действии во времени норм права или нормативных правовых актов, возобновленная в настоящее время, начата еще в конце XIX в.

Советская теория государства и права восприняла то же видение проблемы «право и время», которое выражалось в исследовании действия нормативных правовых актов (закона) во времени. Это обусловлено аксиомой советской науки: право — результат деятельности государства, продуктом которой выступают нормативные правовые акты. Соответственно, совершенно закономерно требовали исследования вопросы действия нормативных правовых актов во времени.

Первой диссертацией в СССР, в которой исследовались вопросы действия нормативных правовых актов во времени, стала работа Б. П. Кравцова «Советский закон и указ», содержавшая параграф «Действие и применение советских законов во времени»,<sup>6</sup> хотя автор лишь тезисно и фрагментарно изложил отдельные аспекты действия законов во времени, поскольку это не было целью диссертационной работы.

Диссертация Ю. А. Соколова «Действие советских законов во времени» (М., 1949) специально посвящена исследованию принципов и правил введения в действие, отмены таких нормативных правовых актов, как законы; ее можно считать первой специально исследующей действие нормативных правовых актов во времени в советской теории государства и права.

Кроме того, отдельные аспекты действия нормативных актов во времени изучались при исследовании вопросов правореализации, прежде всего правоприменения, поскольку было доказано, что правильный выбор нормы, подлежащей применению в конкретной жизненной ситуации, обусловлен ее действием во времени.

С. С. Студеникин положил начало исследованию значения правильного выбора нормы права, подлежащей применению, в том числе в связи с действием ее во времени. Хотя его докторская диссертация «Советская административно-правовая норма и ее применение» (М., 1949) посвящена применению норм административного права, в ней, конечно, содержатся теоретико-правовые положения, а потому С. С. Студеникин внес вклад в развитие не только советского административного права, но и советской теории государства и права.

В учебной литературе 1940-х годов действие правовой нормы во времени освещалось в рамках учения о правовой норме. Так, С. А. Голунский и М. С. Строгович поддерживали идею о действии норм, а не актов во

<sup>3</sup> Хвостов В. М. Общая теория права. Элементарный очерк. М., 1905. С. 168–171.

<sup>4</sup> Рождественский А. А. 1) Общая теория права. С. 70–81; 2) Основы общей теории права. С. 50–55.

<sup>5</sup> Шершеневич Г. Ф. Общая теория права. Т. 1. С. 397–409.

<sup>6</sup> Кравцов Б. П. Советский закон и указ. Дис. ... к. ю. н. М., 1946. С. 403–410.

времени.<sup>7</sup> В конце 1940-х годов наблюдается устойчивая тенденция к рассмотрению проблем действия норм во времени в связи с применением права. Так, А. И. Денисов правила действия юридической нормы по объектам и лицам, во времени и пространстве излагал в главе «Применение права».<sup>8</sup> Той же позиции придерживались авторы одного из учебников по теории государства и права М. А. Аржанов, С. Ф. Кечежян, Б. С. Маньковский, М. С. Строгович.<sup>9</sup>

Это предопределило единообразный подход к исследованию действия норм права во времени в 1950-х годах, когда проблемы действия норм права стали исследовать как составляющую правоприменения.<sup>10</sup>

В середине 1950-х годов в рамках разработки проблем применения норм советского права П. Е. Недбайло<sup>11</sup> считал проверку действия правовых норм во времени, пространстве и по отношению к лицам и учреждениям одной из составляющих правоприменительного процесса — отыскания правовых норм для применения и проверки их действия — и соответственно изучал вопросы действия норм во времени, чем доказал значимость изучения проблем действия актов во времени при исследовании проблем реализации права.

В конце 1950-х годов В. А. Туманов предпринял попытку обособить проблему действия норм права во времени, обозначить ее как самостоятельное научное направление. Автором исследовались теоретико-правовой и прикладной аспекты вступления норм права в юридическую силу. В частности, проводился анализ законодательства о вступлении в силу правовых норм до издания Указа Президиума Верховного Совета СССР от 19 июня 1958 г. «О порядке опубликования и вступления в силу законов СССР, постановлений Верховного Совета СССР, указов и постановлений Президиума Верховного Совета СССР», законодательных новаций Указа и обратной силы закона.<sup>12</sup>

Подобная тенденция наблюдалась и в учебной литературе середины — конца 1950-х годов. Она выражалась в исключении из учебников по теории государства и права соответствующих параграфов из глав, посвященных применению права, и робких попытках рассматривать темпоральные особенности права применительно к изучению норм права, где действие их в пространстве, во времени и по кругу лиц было критерием различения норм<sup>13</sup> или форм права.<sup>14</sup>

<sup>7</sup> *Голунский С. А., Строгович М. С.* Теория государства и права. М., 1940. С. 253–256; *Айзенберг А. М., Карева М. П.* Правовые нормы и правоотношения / под ред. К. А. Мокичева. М., 1949. С. 30–32.

<sup>8</sup> *Денисов А. И.* Теория государства и права / отв. ред. Н. Г. Александров, И. Т. Голяков. М., 1948. С. 482–485.

<sup>9</sup> *Теория государства и права* / науч. ред. М. П. Карева. М., 1949. С. 416–419.

<sup>10</sup> В 1950-е годы применение норм права — одна из самых актуальных и привлекавших внимание ученых проблем, о чем свидетельствует научная дискуссия в журнале «Советское государство и право» (1954–1955), а также монографии: *Ткаченко Ю. Г.* Нормы советского социалистического права и их применение. М., 1955; *Александров Н. Г.* Применение норм социалистического права. М., 1958.

<sup>11</sup> *Недбайло П. Е.* 1) Применение советских социалистических правовых норм. Дис. ... д. ю. н. М., 1956; 2) Применение советских правовых норм. М., 1960.

<sup>12</sup> *Туманов В. А.* Вступление в силу норм советского права // Ученые записки ВЮИОН. Вып. 7. М., 1958. С. 85–146.

<sup>13</sup> *Теория государства и права* / М. П. Карева [и др.]. М., 1954. С. 344–349; *Теория государства и права* / отв. ред. М. П. Карева, Г. И. Федькин. М., 1955. С. 353–357.

<sup>14</sup> *Теория государства и права* / Н. Г. Александров [и др.]. М., 1958. С. 222.

Итак, теории права 1950-х годов свойственны две тенденции в осещении проблем права и времени: с одной стороны, исследование действия норм права во времени применительно к проблемам правоприменения (в научной литературе), с другой — очередной виток рассмотрения проблем действия норм права во времени в связи с изучением феноменов правовых норм и форм права (в учебной литературе). Отмеченное является примером некоторой «разбалансированности» науки и использования ее достижений практикой.

Фундаментальным трудом, посвященным действию закона во времени и пространстве. Вопросы теории и практики советского законодательства и применения законов» (М., 1966). В его монографии,<sup>15</sup> изданной накануне защиты диссертации, исследуются природа и пути разрешения коллизий законов с точки зрения их действия во времени и пространстве. В названии этой работы, по сути, обозначены новое, не изученное теорией права научное направление и широкий взгляд на проблему права и времени. Тем не менее следует признать, что в содержании работы в большей степени раскрывается вторая часть названия монографии, поскольку анализируются добуржуазные и буржуазные теории действия законов во времени, основные положения вступления закона в силу, прекращения его действия, а также проблема обратной силы закона (в большей степени). Автором доказаны три основных вида действия закона во времени: немедленное действие (основной), переживание старого закона (применение в определенных случаях в период действия нового закона) и придание закону обратной силы (как исключение из общего правила).

Ученые-юристы, оценивавшие вклад А. А. Тилле в развитие юридической науки, подтвердили не только практическую значимость исследования проблемы действия нормативных правовых актов (закона) во времени, но и признали, что «представители науки общей теории права незаслуженно обходили ее стороной, и она была до настоящего времени (середина 1960-х годов. — Н. Ю.)... белым пятном в юридической науке».<sup>16</sup> Кроме того, А. А. Тилле было «реанимировано» исследование действия во времени актов, а не норм.

В конце 1960-х годов М. И. Блум и А. А. Тилле исследовали действие уголовного закона во времени, в том числе и его обратную силу.<sup>17</sup> Название их работы предполагает и теоретико-правовой аспект исследования. Тем не менее ее содержание в большей степени посвящено вопросам действия уголовного закона во времени: вступлению уголовного закона в силу и утраты им силы, принципам и схеме его действия, обратной силе и др. Данное исследование имело в основном прикладной характер и развивало науку уголовного права, в то время как теоретические аспекты проблемы права и времени затрагивались с тем, чтобы обосновать актуальность исследования проблем действия уголовного закона во времени.

Наряду с М. И. Блум и А. А. Тилле проблемы действия уголовного закона во времени в данный период исследовал Я. М. Браинин в монографии «Уголовный закон и его применение» (М., 1967). Он отстаивал позицию,

<sup>15</sup> Тилле А. А. Время, пространство, закон. Действие советского закона во времени и пространстве. М., 1965.

<sup>16</sup> Пиголкин, А. С. [Рец. на кн.:] Тилле А. А. Время, пространство, закон. Действие советского закона во времени и пространстве // Правоведение. 1966. № 4. С. 166.

<sup>17</sup> Блум М. И., Тилле А. А. Обратная сила закона. Действие советского уголовного закона во времени. М., 1969.

согласно которой принцип неприменения обратной силы закону, устанавливающему наказуемость деяния или усиливающему наказание, не допускает никаких исключений, а отступление от этого принципа существенно нарушает субъективные права, противоречит законности.

В учебной литературе 1960-х годов наблюдалось закрепление единообразного подхода к освещению темпоральных аспектов действия права, поскольку в учебниках материал структурно размещался в главах, посвященных нормативным правовым актам<sup>18</sup> (или формам права в целом),<sup>19</sup> либо эти проблемы не затрагивались вовсе.<sup>20</sup> Последнее является косвенным подтверждением неуверенности в отнесении проблем действия актов во времени к числу важных и значимых.

Итак, с конца 1960-х годов проблема действия нормативных правовых актов во времени не связывалась с правоприменением, как и в настоящее время, но наблюдалось значительное ослабление интереса к ее разрешению.

В 1970-е годы завершены отдельные исследования, начатые еще в предыдущие десятилетия. Так, А. П. Коренев защитил докторскую диссертацию «Применение норм советского административного права» (Л., 1971). В качестве этапа правоприменения он изучал выбор административно-правовых норм и проверку их действия. Исследование вопросов действия советского уголовного закона во времени завершилось защитой докторской диссертации М. И. Блум.<sup>21</sup>

Таким образом, в 1970-е годы очевидно, с одной стороны, ослабление научного интереса к проблеме действия нормативных правовых актов во времени, с другой — укрепление подхода, согласно которому проблема действия нормативных правовых актов во времени должна изучаться в контексте исследования форм (источников) права, а не проблем правоприменения. Указанные тенденции нашли подтверждение даже в учебной литературе 1970-х годов: разделы о действии актов во времени либо вовсе не включались в учебники,<sup>22</sup> что косвенно свидетельствует об их «незначительности», либо рассматривались применительно к освещению проблем форм (источников) права<sup>23</sup> или норм права.<sup>24</sup>

<sup>18</sup> *Основы теории государства и права* / под общ. ред. Н. Г. Александрова. М., 1960. С. 303–309; *Основы теории государства и права* / под общ. ред. Н. Г. Александрова. М., 1963. С. 403–409; *Общая теория социалистического права: Правовые акты* / отв. ред. Ю. Г. Судницын. Вып. 3. Свердловск, 1966. С. 113–132.

<sup>19</sup> *Теория государства и права* / под ред. К. А. Мокичева. М., 1965. С. 389–392; *Теория государства и права* / под ред. А. И. Денисова. М., 1967. С. 306–308; *Теория государства и права* / отв. ред. Н. Г. Александров. М., 1968. С. 477–484.

<sup>20</sup> *Общая теория советского права* / под ред. С. Н. Братуся, И. С. Самощенко. М., 1966.

<sup>21</sup> Блум М. И. Действие советского уголовного закона во времени и в пространстве. М., 1975.

<sup>22</sup> *Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Основные институты и понятия* / отв. ред. Г. Н. Манов. М., 1970; Явич Л. С. *Общая теория права* / под ред. А. И. Королева. Л., 1976; и др.

<sup>23</sup> *Теория государства и права* / под ред. К. А. Мокичева. 2-е изд. М., 1970. С. 470–474; *Теория государства и права* / под ред. А. И. Денисова. М., 1972. С. 408–411; *Марксистско-ленинская общая теория государства и права. Социалистическое право* / отв. ред. Е. А. Лукашева. М., 1973. С. 387–396; *Теория государства и права* / отв. ред. Н. Г. Александров. 2-е изд. М., 1974. С. 500–503; *Теория государства и права* / под ред. А. М. Васильева. М., 1977. С. 319–322.

<sup>24</sup> *Общая теория государства и права. В 2 т. Т. 2. Общая теория права* / отв. ред. В. С. Петров, Л. С. Явич. Л., 1974. С. 275–277.

Однако именно в 1970-е годы произошло расширение исследовательского интереса к проблеме права и времени, который уже не сводился к изучению только действия нормативных правовых актов (норм права) во времени. Существенно возросло внимание советских ученых к проблеме преемственности в праве, под которой в самом общем виде понимается связь между этапами развития права, что соответственно свидетельствует о разработке в этот период еще одного аспекта проблемы «право и время» — влияния времени на развитие права.

Начало изучению вопросов правовой преемственности было положено З. М. Черниловским, В. К. Бабаевым, А. И. Косаревым.<sup>25</sup> Особо следует отметить монографию Н. Неновски, поскольку, думается, она предопределила направление дальнейших исследований феномена преемственности в праве, в котором исследованы понятие, проявления и факторы преемственности в праве и др.<sup>26</sup>

В конце 1970-х годов состоялась защита диссертации В. А. Рыбакова — первой в СССР, в которой исследовалась преемственность в развитии социалистического права.<sup>27</sup>

В 1980-е годы темпоральные проблемы права мало привлекали внимание теоретиков права. Был осуществлен ряд исследований прикладного характера о действии актов отдельных отраслей права во времени.<sup>28</sup> Кроме того, продолжалось исследование проблем преемственности в праве,<sup>29</sup> осуществлялись защиты диссертаций, что косвенно свидетельствует о «моде» на проблему преемственности в праве в этот период. В кандидатской диссертации Т. В. Наконечной «Преемственность в развитии советского права» (Киев, 1984) исследуется понятие и виды преемственности в праве, преемственность в эксплуататорских типах права и ее особенности в развитии социалистического права, отрицание и преемственность

<sup>25</sup> Черниловский З. М. 1) Досоциалистическое право: прогресс и преемственность // Сов. государство и право. 1975. № 11. С. 100–107; 2) Социалистическое право переходного периода: проблема преемственности // Там же. 1977. № 10. С. 27–35; Бабаев В. К. О преемственности между социалистическим и прошлыми типами права // Там же. 1975. № 12. С. 102–107; Косарев А. И. О поступательном развитии права в эксплуататорских формациях // Правоведение. 1977. № 4. С. 84–91.

<sup>26</sup> Неновски Н. 1) Приемствеността в правото. София, 1975; 2) Преемственность в праве / пер. с болг. В. М. Сафронова; общ. ред. Ю. С. Завьялов (вступ. ст.). М., 1977.

<sup>27</sup> Рыбаков В. А. Преемственность в развитии социалистического права. Дис. ... к. ю. н. М., 1978.

<sup>28</sup> Стецовский А. Ю. Действие во времени и пространстве норм, регулирующих исполнение наказаний. Дис. ... к. ю. н. М., 1980; Иванов С. Н. Действие во времени международных договоров и договорных норм. Дис. ... к. ю. н. Свердловск, 1982; Жуковский В. М. Проблема времени и своевременности в советском уголовном процессе. Дис. ... к. ю. н. Свердловск, 1989; и др.

<sup>29</sup> Скаун О. Ф. К вопросу об исторической преемственности в буржуазной теории права // Право и борьба идей в современном мире. Критика современных буржуазных концепций права. М., 1980. С. 74–83; Богданова Н. А. О преемственности в развитии науки советского государственного права // Вестник Московского ун-та. 1985. № 1. С. 35–43; Бабаев В. К. Методологические вопросы преемственности в праве // Вопросы теории государства и права: актуальные проблемы социалистического государства и права, законности и правопорядка. Саратов, 1986. Вып. 7. С. 35–44; Луковская Д. И. Типы и формы преемственности в развитии политико-правовой мысли // Закономерности возникновения и развития политико-юридических идей и институтов. М., 1986. С. 22–30; Рыбаков В. А. Термин «преемственность» в системе сходных понятий // Конституционное законодательство и вопросы государственного управления. Томск, 1987. С. 20–28; и др.

при смене противоположных исторических типов права, а также проявления преемственности в советском праве — в его сущности, принципах, содержании, форме.

Диссертация Е. В. Родиной, посвященная исследованию преемственности принципов советского государственного права,<sup>30</sup> положила начало изучению влияния процесса преемственности на развитие отраслевых юридических наук, в данном случае — государственного права. Автор исследовала понятие преемственности в развитии социалистического права, особенности преемственности в советском государственном праве, взаимовлияние преемственности и принципов, реализацию преемственности в развитии принципов советского государственного права: народовластия; руководящей роли Коммунистической партии; свободы личности и ее всестороннего развития; социалистического интернационализма.

Диссертация А. И. Косарева<sup>31</sup> также посвящена исследованию проблем правовой преемственности. Автор рассматривает феномен преемственности в праве как составляющую проблемы поступательного движения права и исследует понятие, основания, пределы действия и разновидности преемственности, а также вариантность и альтернативность развития.

Внимание ученых привлекали проблемы преемственности не только в праве, но и в развитии государственности.<sup>32</sup>

Об осознании актуальности и значимости проблемы преемственности в праве свидетельствует то, что появились первые в СССР учебные издания; особо следует отметить разработки Г. В. Швекова, которые ввели проблему преемственности в право в число значимых, основных в теории права.<sup>33</sup> Однако в целом учебная литература 1980-х годов сохраняла консервативность, и освещение вопросов права и времени по-прежнему сводилось к действию нормативных актов во времени.<sup>34</sup>

Анализируя структуру учебников 1980-х годов, можно отследить по-прежнему особое положение проблемы права и времени в теории права. С одной стороны, первые учебники по курсу «Проблемы теории государства и права», как правило, не содержали разделов, посвященных действию права во времени; это свидетельствует о том, что, с точки зрения их авторов, проблемы действия правовых актов (норм) во времени разработаны в достаточной степени.<sup>35</sup> С другой стороны, в учебники с названием «Основы теории государства и права»<sup>36</sup> соответствующие разделы также не включались, поскольку их авторы полагали, что вопросы действия права во времени не относятся (как ни парадоксально) к числу фундаментальных,

<sup>30</sup> *Родина Е. В.* Преемственность принципов советского государственного права. Дис. ... к. ю. н. М., 1988.

<sup>31</sup> *Косарев А. И.* Поступательное движение в истории досоциалистических типов права. Дис. ... д. ю. н. М., 1989.

<sup>32</sup> *Довнар Т. И.* Преемственность в конституционном строительстве Белорусской ССР. Дис. ... к. ю. н. Л., 1986.

<sup>33</sup> *Швеков Г. В.* 1) Преемственность в праве (эксплуататорские системы) / отв. ред. З. М. Черниловский. М., 1983; 2) Преемственность в праве. М., 1983.

<sup>34</sup> *Теория государства и права* / под ред. А. И. Денисова. М., 1980. С. 264–268; *Алексеев С. С.* Общая теория права. В 2 т. Т. 2. М., 1982. С. 237–251; *Теория государства и права* / отв. ред. А. И. Королев, Л. С. Явич. Л., 1982. С. 249–253; *Теория государства и права* / под ред. З. Д. Ивановой, В. М. Курицына. М., 1986. С. 245–248; и др.

<sup>35</sup> *Проблемы теории государства и права* / под ред. С. С. Алексеева. М., 1987; *Проблемы теории государства и права* / науч. ред. М. Н. Марченко. Казань, 1987.

<sup>36</sup> См., напр.: *Основы теории государства и права* / под ред. А. С. Пиголкина. М., 1982; 2-е изд. М., 1988.

входящих в минимальный набор знаний, которыми должен обладать каждый юрист. Так, по логике одних ученых, вопросы действия права уже не нуждались в дальнейшем изучении, по логике других — еще не являлись аксиоматичными для теории права.

Но именно в 1980-е годы появились публикации Г. И. Петрова, в которых проблема права и времени рассматривалась в широком контексте, не только в аспекте действия нормативных правовых актов во времени или как этапа (стадии) правоприменения.<sup>37</sup> По сути, было обозначено новое научное направление — право и время, хотя очевидно, что их автор весьма осторожно показывал пределы должного исследовательского интереса.

Г. И. Петров впервые в советской юридической науке концептуально обосновывал значение изучения времени юриспруденцией: «Время — неотъемлемый компонент многогранного процесса функционирования советской политической системы, партийных, государственных и общественных органов, их подразделений, должностных лиц и служащих».<sup>38</sup> В связи с этим «возрастает теоретическая и практическая значимость, изучения проблемы времени, в том числе и юридической наукой».<sup>39</sup> Автор считал, что «в отличие от философии, исследующей время как всеобщее, универсальное понятие, в естественных, технических, общественных науках изучаются частные временные связи и отношения. Последние рассматриваются в зависимости от предмета (объекта изучения) каждой данной науки. Юридическая наука изучает временные связи и отношения в правовом регулировании поведения людей в прошлом, настоящем и будущем. При этом история государства и права, общая теория государства и права и каждая из отраслевых юридических наук, а также межотраслевых дисциплин исследует временные связи и отношения применительно к специфике своего предмета».<sup>40</sup> Г. И. Петров показал использование таких форм календарного времени в правовой сфере, как датирование, длительность, повторяемость, одновременность, последовательность, и обосновал важность их учета в правотворческой и в правоприменительной сферах.<sup>41</sup>

Г. И. Петров стал первым советским ученым, который обосновал, что проблема права и времени не сводится только к исследованию действия нормативных правовых актов во времени, доказал, что «постоянная и все более возрастающая актуальность использования времени в советском праве диктует настоятельную необходимость в соответствующих теоретических исследованиях».<sup>42</sup> Кроме того, он указывал, что «целесообразно более широкое использование временных категорий в учебной юридической литературе».<sup>43</sup>

Отдельные аспекты проблемы права и времени исследовались учеными-теоретиками права при изучении других феноменов правовой действительности. Так, диссертация Н. А. Власенко содержала параграф «Темпоральные коллизионные правовые нормы»,<sup>44</sup> в названии которого

<sup>37</sup> Петров Г. И. 1) Фактор времени в советском праве // Правоведение. 1982. № 6. С. 46–52; 2) Время в советском социальном регулировании // Там же. 1983. № 6. С. 47–52.

<sup>38</sup> Петров Г. И. Время в советском социальном регулировании. С. 48.

<sup>39</sup> Петров Г. И. Фактор времени в советском праве. С. 46.

<sup>40</sup> Там же.

<sup>41</sup> Там же. С. 46–52.

<sup>42</sup> Там же. С. 52.

<sup>43</sup> Там же. С. 52.

<sup>44</sup> Власенко Н. А. Коллизионные нормы в советском праве. Дис. ... к. ю. н. Свердловск, 1982. С. 93–108.

реанимирован термин «темпоральные коллизии», использовавшийся еще в конце XIX в. Н. М. Коркуновым.

С одной стороны, 1980-е годы характеризуются остыванием интереса ученых к уже ставшей традиционной проблеме действия актов во времени и сосредоточением на проблеме преемственности в праве, а с другой — расширением исследовательского контекста проблемы права и времени, доказыванием ее фундаментальности, многозначности, многоаспектности.

В начале 1990-х годов П. М. Рабинович развил идею Г. И. Петрова в части обоснования значения феномена времени для правовой сферы и доказал, что «время в правовом регулировании — одна из тех проблем, исследуя которые, теория государства и права ныне может внести ощутимый вклад в научно-правовое обеспечение стратегического курса на ускорение социально-экономического развития страны», и поскольку «временные показатели поведения регламентируются, пожалуй, всеми отраслями права, постольку проблема “право и время” имеет общеюридический характер и, следовательно, должна полностью войти в предмет общетеоретического правоведения... В настоящее время в теории права основательно разработана лишь проблема действия нормативных актов во времени. (Исключение составляют работы Г. И. Петрова, в которых выделены такие чаще всего используемые в правовом регулировании временные категории, как датирование, длительность, повторяемость, одновременность, последовательность и преемственность.)»<sup>45</sup>

К несомненным достижениям относится попытка П. М. Рабиновича обозначить наиболее важные аспекты исследования проблемы «право и время» и представить их авторское видение: 1) выявление особых функций, которые призваны выполнять правовые нормы, и другие юридические средства, когда ближайшим объектом их воздействия выступают именно темпоральные стороны общественных отношений; 2) общетеоретическая характеристика основных направлений, путей правового воздействия на временные показатели поступков (поведения, деятельности); 3) дифференцированное исследование условий оптимальности правового регулирования времени применительно к общественным отношениям, имеющим разные темпорально-содержательные характеристики. Кроме того, П. М. Рабинович показал влияние фундаментальных свойств времени на правотворчество и правореализацию, а также исследовал правовые аспекты своевременности действий (поступков, деятельности), т. е. термин «своевременность» исследовал как темпоральную оценочную правовую категорию.<sup>46</sup>

Итак, П. М. Рабинович впервые в советской теоретико-правовой науке обозначил широкое видение проблемы права и времени и сформулировал направления ее исследования, представив их авторское видение.

В 1990-е годы состоялась защита диссертации В. И. Гоймана,<sup>47</sup> а также была издана монография Ю. А. Тихомирова,<sup>48</sup> темы этих исследований также находятся в плоскости проблемы права и времени, хотя их авторы не указывают на данный аспект проблемы. «Действие права — это действие

<sup>45</sup> Рабинович П. М. Время в правовом регулировании: философско-юридические аспекты // Правоведение. 1990. № 3. С. 19.

<sup>46</sup> Там же. С. 20–26.

<sup>47</sup> Гойман В. И. Действие права (Методологический анализ). Дис. ... д. ю. н. М., 1992. — См. также: Гойман В. И. Действие права (Методологический анализ). Монография. М., 1992.

<sup>48</sup> Тихомиров Ю. А. Действие закона. М., 1992.

составляющих его разнообразных норм, которые в официальной форме выражены в различных нормативно-правовых и иных правоустановительных актах. Действие этих актов и установленных в них правовых норм имеет свои пределы, определяемые (в том числе. — Н. Ю.) временными... границами такого действия»,<sup>49</sup> соответственно, проблема действия права — это в том числе (прежде всего) проблема действия нормативных актов во времени, что в свою очередь является непосредственным аспектом исследования проблемы «право и время».

В 1990-е годы в связи с существенными преобразованиями во всех сферах общественной жизни и осознанием учеными<sup>50</sup> необходимости учета преемственности в развитии права на таких этапах развития общества осуществлялись исследования правовой преемственности.

Особенности учебной литературы по теории права 1990-х годов обусловлены свободой использования методологических подходов к изучению феноменов правовой действительности, что ввело ученых-юристов в эйфорию отражения в учебной литературе оригинальных авторских подходов и взглядов на юридические явления. Следствие этого процесса — не только количество учебной литературы (только на русском языке более 50 учебных изданий), но и ее качество, объясняющееся инновационными подходами как к названию и структуре, так и к объему и содержанию теории права как учебной дисциплины.<sup>51</sup> Это сказалось и на изложении в учебниках проблем права и времени. Однако «революций» в освещении этих проблем в учебной литературе не произошло: сохранился в целом узкий подход к проблеме права и времени, сводящийся к проблеме действия нормативных правовых актов во времени. Тем не менее анализ учебной литературы данного периода показывает «отклонения» от традиций советской теории права.

Наряду с учебниками, в которых проблема права и времени классически сводилась к действию нормативных правовых актов во времени,<sup>52</sup> появились учебные издания, где проблемы права и времени стали

<sup>49</sup> *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства. М., 1999.

<sup>50</sup> *Колдаева Н. П.* О преемственности в праве // Теория права: новые идеи. М., 1991. Вып. 1. С. 140–152; *Алюшин А.* Перерывы правовой постепенности в традиции российской государственности // Право и жизнь. 1996. № 8. С. 30–47; *Ефремова Н. Н.* Судебные реформы в России: преемственность и обновление // Проблемы ценностного подхода в праве: традиции и обновление. М., 1996. С. 40–48; *Преемственность и новизна в государственно-правовом развитии России* / В. Г. Графский [и др.]. М., 1996.

<sup>51</sup> *Алексеев С. С.* Теория права. М., 1994; *Лившиц Р. З.* Теория права. М., 1994; *Теория государства и права* / под ред. А. В. Малько, Н. И. Матузова. М., 1997; *Общая теория государства и права.* Академический курс. В 2 т. М., 1998; *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства; *Проблемы теории государства и права* / под ред. М. Н. Марченко. М., 1999; *Проблемы общей теории права и государства* / под общ. ред. В. С. Нерсесянца. М., 1999; и др.

<sup>52</sup> *Лазарев В. В.* Теория государства и права. Актуальные проблемы. М., 1992. С. 132–136; *Теория государства и права* / под ред. А. В. Малько, Н. И. Матузова. Саратов, 1995. С. 292–295; *Назаренко Г. В.* Общая теория права и государства. Орел, 1995. С. 54–55; *Теория государства и права* / под ред. М. Н. Марченко. 2-е изд. М., 1996. С. 356–363; *Общая теория права* / под общ. ред. А. С. Пиголкина. 2-е изд. М., 1996. С. 175–180; *Комаров С. А.* Общая теория государства и права. 2-е изд. М., 1996. С. 157–161; *Самигуллин В. К.* Теория права. В 2 ч. Ч. 1. Уфа, 1996. С. 82–87; *Общая теория государства и права: Теория права.* Академический курс. В 2 т. / В. В. Борисов [и др.]. Т. 2. М., 1998. С. 154–157; *Общая теория государства и права* / под общ. ред. А. Ф. Вишневого. Минск, 1998. С. 364–367.

освещаться более детально и носить комплексный характер. Так, в учебниках выделяются разделы, посвященные действию права. Одни авторы термин «действие права» употребляли как свойство (способность) права оказывать воздействие на личность с целью обеспечения правомерного характера ее деятельности и, соответственно, не связывали содержание этого термина с темпоральной составляющей.<sup>53</sup> Поскольку в этом смысле содержанием действия права охватываются все компоненты правовой системы (правовые идеи, нормы права, правоотношения, корпоративные и правоприменительные акты, акты реализации права и др.), то проблемы права и времени и действия права имеют самостоятельный характер и связаны между собой лишь тем, что все юридические явления протекают во времени. Другие же ученые — и это представляется более точным — понимали под действием права совокупность всех форм проявления его юридической силы, т. е. динамику права, процесс его реального регулятивного воздействия на уже урегулированные общественные отношения.<sup>54</sup> Иными словами, действие права — это действие составляющих его разнообразных норм, которые в официальной форме выражены в различных нормативных правовых и иных правоустановительных актах, имеющих свои пределы, определяемые временными и территориальными границами такого действия, а также рамками объектов нормативно-правовой регуляции и кругом адресатов соответствующих норм права. В таком понимании термин «действие права» имеет ярко выраженный темпоральный аспект, что представляет непосредственный интерес при исследовании проблем права и времени.

С 1990-х годов начался «бум» исследования проблем действия нормативных правовых актов во времени в отдельных отраслях права: конституционном, уголовном, уголовно-исполнительном, уголовно-процессуальном, гражданском и хозяйственном, гражданском процессуальном, семейном, трудовом, административном, налоговом, международном.<sup>55</sup>

<sup>53</sup> *Общая теория права и государства* / под ред. В. В. Лазарева. М., 1994. С. 33, 103–111.

<sup>54</sup> *Нерсисянц В. С.* Общая теория права и государства. С. 475–490; *Проблемы общей теории права и государства* / под общ. ред. В. С. Нерсисянца. С. 414–428.

<sup>55</sup> *Бахрах Д. Н.* 1) Действие правовой нормы во времени // Сов. государство и право. 1991. № 2. С. 11–20; 2) Действие норм права во времени. Теория законодательства, судебная практика. М., 2004; и др.

*Бойцов А. И.* Уголовный закон: субстанциональный, атрибутивный и нормативный аспекты. Дис. ... д. ю. н. в форме науч. доклада. СПб., 1996; *Журавлева Е. М.* Действие уголовного законодательства Российской Федерации во времени. Дис. ... к. ю. н. М., 1997; *Мельников М. Г.* Действие уголовного закона во времени и пространстве. Дис. ... к. ю. н. Рязань, 1999; *Барканов А. Н.* Обратная сила уголовного закона. Дис. ... к. ю. н. Саратов, 2000; *Жолумбаев М. К.* Обратная сила уголовного закона по уголовному праву Республики Казахстан. Дис. ... к. ю. н. Алматы, 2000; *Пономаренко Ю. А.* Обратное действие уголовного закона во времени. Дис. ... к. ю. н. Харьков, 2002; *Ерасов А. М.* Обратная сила уголовного закона. Дис. ... к. ю. н. М., 2004; *Галлиев Б. Б.* Темпоральное действие уголовного закона: сравнительно-правовой анализ по законодательству Казахстана и России. Дис. ... к. ю. н. Челябинск, 2006; *Абдижами А. Ж.* Действие уголовного закона во времени и пространстве. Дис. ... к. ю. н. Астана, 2007; и др.

*Сенатова Е. В.* Действие уголовно-исполнительного законодательства Российской Федерации в пространстве и во времени. Дис. ... канд. юрид. наук. Рязань, 2003; и др.

*Гулялова М. К.* Действие уголовно-процессуального закона во времени, пространстве и по кругу лиц. Дис. ... к. ю. н. Екатеринбург, 2003; *Алибеков А. Н.* Проблемы процессуально-правовой интерпретации действия закона во времени. Дис. ... к. ю. н.

В одних отраслях — уголовном, уголовно-процессуальном, налоговом, международном праве — наблюдается постоянный интерес ученых к проблеме действия нормативных правовых актов во времени и, как следствие, глубокая научная разработка на отраслевом уровне, в других — семейном, трудовом праве — исследования находятся на начальной стадии. Представляется, это обусловлено наличием/отсутствием специфических правил действия актов той или иной отрасли на уровне нормативного регулирования. Особенность современного периода правового развития стран СНГ состоит как раз в установлении «своих» правил действия нормативных актов во времени для каждой отрасли права, законодательства и, как следствие, в множестве исключений из общего правила, а иногда и противоречий ему. Однако это во многом объективный процесс, который предопределяет, с одной стороны, необходимость научного анализа нормативных положений на предмет их адекватности достижениям юридической науки в этой области, а с другой — необходимость учета особенностей институтов той или иной отрасли и, как следствие, выработки и нормативного закрепления уникальных, свойственных только этой области правил и процедур действия актов во времени.

Однако знаковым событием для теоретической правовой науки 1990-х годов стало то, что началась разработка проблемы права и времени строго в теоретико-правовом аспекте, появились монографического характера. Первой попыткой комплексного исследования времени и права можно считать работы Т. Л. Тениловой,<sup>56</sup> которая анализирует соотношения физического и правового времени, исследует проблему действия закона во времени, изучает правовое время как показатель эффективности

---

Алматы, 2007; *Пушкарев А. В.* Применение норм уголовно-процессуального права при обратной силе уголовного закона. Дис. ... к. ю. н. Екатеринбург, 2007; и др.

*Каравай А. В.* Действие гражданско-правовых норм во времени. Минск, 1999; *Тарасенко Ю. А.* Крупные сделки акционерных обществ и действие норм во времени // Законодательство. 2004. № 7. С. 25–30; *Кузнецова О.* Договор и темпоральные нормы гражданского права // Хозяйство и право. 2006. № 12. С. 36–44; и др.

*Фархтдинов Я. Ф.* О действии источников гражданского процессуального права // Современное право. 2002. № 4. С. 33–37; и др.

*Шелютто М. Л.* Действие норм отдельных норм семейного законодательства // Проблемы современного гражданского права. М., 2000. С. 342–352; и др.

*Повысоцкий П. Т.* Действие законов и иных нормативных правовых актов, содержащих нормы трудового права, по кругу лиц, во времени и в пространстве // Трудовое право. 2004. № 8. С. 53–57; и др. *Яхин Ф. Ф.* Действие административно-правовых актов. Дис. ... к. ю. н. М., 2004; и др.

*Андреева М. В.* 1) Действие налогового законодательства во времени. Дис. ... к. ю. н. М., 2004; 2) Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации по порядку вступления в силу актов законодательства о налогах и сборах // Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2003 года. М., 2004; *Бондаренко Т. А.* Действие актов законодательства о налогах и сборах во времени, в пространстве и по кругу лиц. Дис. ... к. ю. н. М., 2007; и др.

*Марочкин С. Ю.* Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации. Дис. ... д. ю. н. Екатеринбург, 1998; *Калустин А. Я.* Международно-правовые проблемы природы и действия права Европейского Союза. Дис. ... д. ю. н. М., 2001; *Ключников Ю. В.* Международно-правовые проблемы установления пределов действия национальных правовых норм. Дис. ... к. ю. н. М., 2002; *Лукашук И. И.* Действие международного договора во времени и пространстве // Журнал российского права. 2005. № 4. С. 108–117; и др.

<sup>56</sup> *Тенилова Т. Л.* 1) Время в праве. Дис. ... к. ю. н. Н. Новгород, 1999; 2) Время в праве. Монография. Н. Новгород, 2001.

действия российского законодательства и роль фактора времени в правовой социализации граждан, в частности как средства обеспечения и ограничения прав и свобод личности и деятельности правоохранительных органов.

К положительным тенденциям исследования действия права во времени с конца 1990-х годов относится то, что предпринимаются попытки изучить и другие источники права (не только нормативные правовые акты) на предмет их действия во времени,<sup>57</sup> а действие актов во времени исследуется в контексте изучения их как источников права,<sup>58</sup> или анализируется законодательная лексика, употребляемая при регулировании сферы действия актов во времени, на предмет ее соответствия достижениям теоретико-правовой науки.<sup>59</sup>

К особенностям современного периода относится также изучение действия не акта в целом, а правовой нормы во времени, поскольку авторы таких работ доказывают, что нормы одного и того же нормативного акта могут иметь темпоральные особенности, например, вводиться в действие не одновременно.<sup>60</sup> Регулярно обращается к изучению вопросов действия правовой нормы во времени Д. Н. Бахрах,<sup>61</sup> особенностью работ которого является попытка сформулировать общеправовые принципы действия норм права во времени на основе российского законодательства, прежде всего Конституции, и судебной практики, выделить виды темпоральных норм и изучить способы действия новых норм права во времени (перспективный, немедленный и обратную силу), а также взаимодействие новых норм права с действующими.

Отдельно следует отметить работу М. А. Капустиной,<sup>62</sup> которая, исследуя уже ставший традиционным аспект действия правовых норм во времени, использует все еще нетрадиционные для теоретико-правовой науки термины, тем самым актуализируя проблематику права и времени. К достоинствам данного диссертационного исследования следует отнести попытку автора показать временные пределы и условия действия норм писаного права (нормативных правовых актов и норм международных договоров) и неписаного права (правового обычая и прецедента), что сделано впервые в рамках одной работы и позволило автору показать темпоральные особенности различных источников права; до нее, как уже отмечалось,

<sup>57</sup> Сипулин С. В. Специфика действия судебного прецедента во времени и пространстве // Сб. трудов Новороссийского филиала Краснодарской Академии МВД РФ. Вып. 1. М., 2004. С. 39–51.

<sup>58</sup> Мазуров А. В. Указ Президента Российской Федерации как источник права: проблемы теории и практики. Дис. ... к. ю. н. М., 1999.

<sup>59</sup> Белкин А. А. 1) Юридические акты: обладание силой и действие // Правоведение. 1993. № 5. С. 3–14; 2) Юридические акты: сроки действия // Там же. № 6. С. 3–16.

<sup>60</sup> Марочкин С. Ю. Действие норм международного права в правовой системе Российской Федерации; Афанасьева Л. В. Нормы права и их действие: вопросы теории. Дис. ... к. ю. н. М., 2000. С. 177; и др.

<sup>61</sup> Бахрах Д. Н. 1) Действие правовой нормы во времени. С. 11–20; 2) Конституционные основы действия правовой нормы во времени // Журнал российского права. 2003. № 3. С. 40–53; 3) Действие норм права во времени; 4) Крупнейшие ошибки законодателя при определении действия норм права во времени // Административное и административно-процессуальное право. М., 2004. С. 382–391; 5) Три способа действия во времени новых правовых норм и три способа прекращения действия старых норм // Государство и право. 2005. № 9. С. 5–12; 6) Очерки теории российского права. М., 2008.

<sup>62</sup> Капустина М. А. Действие юридических норм: темпоральный аспект. Дис. ... к. ю. н. СПб., 1997.

в основном исследовалось действие во времени такого источника права, как нормативный правовой акт.

Новым этапом в исследовании проблемы права и времени стала работа И. В. Волк,<sup>63</sup> в которой исследованы понятие и особенности времени в теории права, осуществлена характеристика действия норм права во времени и обозначены основные направления совершенствования действия норм права во времени в России, в частности, предложены основные модели действия норм права во времени, а также исследованы теоретические и практические проблемы преодоления временных коллизий.

В диссертации А. В. Пушняка<sup>64</sup> внимание уделено методологическим подходам исследования правовой системы во времени, изучены правовое время как одно из важнейших проявлений времени в правовой системе, роль времени в правовом регулировании, введено понятие «субъективное правовое время», продолжено исследование категории «своевременность», а также действия правовых норм во времени.

Учитывая слабую разработку проблемы «право и время» и практически отсутствие работ монографического уровня по данной проблеме, следует отметить научные статьи последних лет М. В. Батянова, Э. М. Васекиной, Р. А. Ромашова и А. Н. Анисимовой, В. Г. Румянцевой и Ч. Н. Ахмедова, К. Е. Сигалова, В. В. Сорокина<sup>65</sup> и др.

Отдельно следует отметить вклад Е. Ю. Догадайло<sup>66</sup> в разработку проблем права и времени. Его научные статьи свидетельствуют о широком взгляде (исследовании проблемы именно в теоретико-правовом, а не прикладном аспекте) на нее и системном подходе к ее разработке.

Текущее десятилетие характеризуется и вниманием ученых к проблемам правовой преемственности, что обусловлено потребностью анализа

---

<sup>63</sup> Волк И. В. Право, время и пространство: теоретический аспект. Дис. ... к. ю. н. М., 2004.

<sup>64</sup> Пушняк О. В. Категория «час» у правовому вимірі. Дис. ... к. ю. н. Харків, 2006.

<sup>65</sup> Батянов М. В. Время и срок: соотношение понятий (правовые аспекты) // Вестник Института права СГЭА. Актуальные проблемы правоведения. 2002. № 2. С. 43–46; Васекина Э. М. Правовое время: понятийный строй проблемы // Проблемы правоведения. Белгород, 2005. Вып. 3. С. 27–30; Ромашов Р. А., Анисимова А. Н. Действие права во времени // История государства и права. 2004. № 1. С. 6–10; Румянцев В. Г., Ахмедов Ч. Н. Пространство и время как факторы действия права // Там же. 2006. № 12. С. 2–5; Сигалов К. Е. 1) Логические и историко-правовые основания «осевого времени» // Там же. 2002. № 1. С. 38–40; 2) Пространство и время — формы бытия политико-правовой материи // Там же. 2007. № 11. С. 12–14; Сорокин В. В. Право и время: правовая система и переходное время // Правоведение. 2002. № 1. С. 180–195.

<sup>66</sup> Догадайло Е. Ю. 1) «Своевременность» в российском праве: к вопросу о формально-юридических способах подчинения поведения человека времени // Право и образование. 2006. № 4. С. 93–100; 2) Нормативное закрепление правовых способов подчинения человека времени в Российской Федерации: теоретико-правовой анализ сроков как юридических конструкций // Вестник Поморского ун-та. Сер. «Гуманитарные и социальные науки». Спец. выпуск. Архангельск, 2006. С. 6–16; 3) Правовая система и время: о правовых способах управления временем // Северо-Кавказский юридический вестник. 2006. № 1. С. 101–112; 4) Сроки в российском праве: к вопросу о нормативном закреплении правовых способов подчинения человека времени // Научные труды Российской академии юрид. наук. Вып. 6. Т. 1; 5) Фактор времени в правоотношениях: теоретико-правовой анализ // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2007. № 2. С. 93–95; 6) Формы проявления качеств времени в правовой системе России // Вестник Московского ун-та МВД России. 2007. № 4. С. 37–42; 7) Временные границы и право // Гражданин и право. 2007. № 5. С. 9–18; 8) Формы проявления времени в правовой системе // Право и политика. 2007. № 6. С. 134–141.

качества произошедших преобразований на постсоветском пространстве.

Ф. Ф. Литвиновичем исследованы феномен преемственности в праве, его особенности и проявления, осуществлен анализ преемственности в праве и политико-правовой практики, оценена роль преемственности в праве при постсоциалистической государственности.<sup>67</sup>

Несколько исследований монографического уровня посвящено изучению преемственности государственности. Н. А. Рябинин изучил роль преемственности в развитии государственности и ее проявления в элементах, составляющих государственность, а также особенности и перспективы преемственного развития государственности России.<sup>68</sup> М. В. Головацкой осуществлено теоретико-правовое исследование преемственности в форме государства: преемственность форм государственного правления, государственного устройства, политического режима, особенности преемственности формы государства на постсоветском пространстве, прежде всего в странах СНГ, преемственность и новизна в развитии государственной формы России.<sup>69</sup>

В диссертации А. Р. Губайдуллина наряду с анализом понятия, признаков, видов, факторов правопреемственности особое внимание уделено преемственности в правореализации, ее основаниям и проявлениям в структуре и формах реализации права.<sup>70</sup>

Новые публикации В. А. Рыбакова, появившиеся после 30-летнего перерыва, подтверждают объективно возникшую практическую потребность в исследовании проблем правовой преемственности в настоящее время.<sup>71</sup>

Существенные изменения в государственно-правовой сфере постсоветских государств предопределили новый этап в изучении проблем правовой преемственности, особенностями которого являются: исследование не только феномена правовой преемственности в целом, но преемственности в развитии отдельных элементов правовой сферы (правореализации, правотворчестве и др.), выявление специфики преемственного развития государственности и права в переходные периоды, оценка степени учета преемственности при осуществлении государственно-правовых преобразований в постсоветских государствах и анализ наступивших последствий.

В учебной русскоязычной литературе текущего десятилетия находят отражение тенденции 1990-х годов, и она не обладает особенностями структурного и содержательного характера в отношении проблем права и времени.

Отдельно необходимо отметить учебник Ж.-Л. Бержеля «Общая теория права»,<sup>72</sup> представляющий новое поколение учебных изданий, в которых

<sup>67</sup> Литвинович Ф. Ф. 1) Преемственность в праве: вопросы теории и практики. Дис. ... к. ю. н. Уфа, 2000; 2) Преемственность в праве. Вопросы теории. Уфа, 2003.

<sup>68</sup> Рябинин Н. А. Преемственность государственности. Дис. ... к. ю. н. Екатеринбург, 2001.

<sup>69</sup> Головацкая М. В. Преемственность в форме государства (теоретико-правовое исследование). Дис. ... к. ю. н. Коломна, 2003.

<sup>70</sup> Губайдуллин А. Р. Преемственность в правореализации. Дис. ... к. ю. н. Казань, 2006.

<sup>71</sup> Рыбаков В. А. 1) Преемственность в праве и кодификация права // Журнал российского права. 2007. № 7. С. 42–48; 2) Реформа российского права: преемственность и рецепция // Современное право. 2007. № 9. С. 30–32; 3) Переходный период в развитии права России: преемственность конституции // Там же. № 12. С. 26–28.

<sup>72</sup> Бержель Ж.-Л. Общая теория права / пер. с фр. М., 2000.

проблема права и времени находит буквальное отражение. Автор проиллюстрировал отличное от советской теоретико-правовой школы видение проблемы права и времени, которая включает в себя такие составляющие, как право во времени (эволюция права во времени, временной аспект проблемы применения закона) и временной фактор в правовой системе (составляющие права, учитывающие временной фактор, юридические значения и юридические стратегии времени). Очевидно, что французская теоретико-правовая школа значительно опережает в развитии научного знания по проблеме права и времени русскую. Понятно, что интеграция научного знания в области права и времени позволит сделать существенный качественный скачок в этой области.

Белорусскими учеными проблема права и времени разрабатывалась только в контексте действия нормативных правовых актов во времени (конституционного и гражданского права<sup>73</sup>) и действия юридических сроков в отдельных отраслях права и проблем преемственного развития государственно-правовой сферы.<sup>74</sup>

В белорусской учебной теоретико-правовой литературе отражены только вопросы действия нормативных правовых актов во времени.<sup>75</sup>

Первым исследователем проблемы права и времени в Беларуси в теоретико-правовом аспекте стала Е. А. Трухан-Зикрацкая.<sup>76</sup> В настоящее время в Республике Беларусь отсутствуют работы монографического уровня по данной проблеме, и исследования ее другими учеными не осуществляются.

Таким образом, развитие научного знания по проблеме «право и время» к началу XX в. позволяло констатировать необходимость исследований проблем действия закона во времени. И в XX столетии в связи с восприятием государственно-правовой идеологии тезиса о том, что право есть совокупность правил поведения, установленных или санкционированных государством, имеющих общеобязательный характер, необходимости исследовать проблему права и времени в другом контексте, кроме как

<sup>73</sup> *Василевич Г. А.* Приостановление и прекращение действия актов законодательства: конституционно-правовые основания и последствия // Вестник Конституционного Суда Республики Беларусь. 2005. № 3. С. 62–69; *Каравай А. В.* 1) Действие гражданско-правовых норм во времени; 2) Действие правовых норм во времени: неоднозначность подходов // Право Беларуси. 2006. № 1. С. 99–103.

<sup>74</sup> *Чигир В. Ф.* 1) Исковая давность // Юридический журнал. 2005. № 3. С. 15–20; 2) Сроки в гражданском праве // Проблемы развития юридической науки и совершенствования правоприменительной практики / гл. ред. С. А. Балашенко. Минск, 2005. С. 119–130; 3) Начало течения срока исковой давности // Судовы веснік. 2006. № 1. С. 39–42; 4) Приостановление и перерыв срока исковой давности // Там же. № 2. С. 43–46; *Довнар Т. И.* Преемственность в конституционном строительстве Белорусской ССР.

<sup>75</sup> *Дробязко С. Г., Козлов В. С.* Общая теория права. Минск, 2005; *Общая теория государства и права / под общ. ред. В. А. Кучинского.* Минск, 2004; *Лазарев В. В., Липень С. В.* Теория государства и права. 3-е изд. М., 2005; *Общая теория государства и права / под ред. А. Г. Тиковенко.* Минск, 2006; *Вишневский А. Ф.* Общая теория государства и права. 2-е изд. Минск, 2007.

<sup>76</sup> *Трухан-Зикрацкая Е. А.* 1) Фактор времени в праве // Юридическая наука и образование в Республике Беларусь на современном этапе. Гродно, 2003. С. 66–68; 2) Манипуляция со сроками // Право и государство: традиции и перспективы. Минск, 2003. С. 54–55; 3) Время как правовая категория // Проблемы совершенствования законодательства и практики его применения. Минск, 2007. С. 38–40; *Трухан-Зикрацкая Е. А., Юрашевич Н. М.* Право и время. // Науч. труды Академии управления при Президенте Республики Беларусь. Вып. 9. Минск, 2007. С. 602–608.

в аспекте действия нормативных актов во времени, не возникало. Важнейшим было исследование проблем введения, отмены, приостановления действия нормативных актов.

Но, как ни парадоксально, в советский период, несмотря на признаки теоретической и практической значимости исследования действия актов во времени, особенно в условиях наблюдающегося постоянного увеличения количества нормативных правовых актов, частого внесения изменений и дополнений в них, закономерной ситуации конкуренции нормативных актов и др., защиты диссертаций, в которых исследовался бы теоретический аспект обозначенной проблемы, практически не осуществлялись. В то же время исследование проблем действия нормативных актов во времени в отдельных отраслях права регулярно находилось в центре внимания ученых.

Тем не менее в современной учебной литературе по теории права закономерными являются разделы, посвященные правилам действия актов во времени; это, с одной стороны, аргумент в пользу значимости проблемы, с другой — свидетельство степени ее теоретической разработанности. Общеизвестно, что в учебной литературе излагаются самые общие подходы к той или иной проблеме и освещаются, как правило, позиции, по которым у ученых-юристов выработано единообразное понимание. Создается впечатление, что проблема действия нормативных правовых актов является разработанной. Очевидно, что до сих пор остается актуальным обоснованный еще в начале 1980-х годов тезис о том, что «целесообразно более широкое использование временных категорий в учебной юридической литературе».<sup>77</sup> Конечно, по сравнению с другими аспектами научного направления «право и время» степень разработки проблем действия нормативных правовых актов (норм) во времени более высока, но из описанного выше явствует, что специальных теоретико-правовых исследований монографического уровня, посвященных действию источников права во времени, практически не проводилось и не проводится, а это свидетельствует об иллюзорности разработанности теоретико-правовых аспектов действия нормативных правовых актов во времени.

Более того, наличие соответствующих исследований в отраслевых юридических науках очевидно показывает свободную интерпретацию юристами-«отраслевиками» правил и пределов действия актов во времени, что ведет к выработке ими предложений с учетом только специфики конкретной области юридической науки, применение которых для другой отрасли права становится неприемлемым. Это в свою очередь закономерно влечет за собой выработку новых подходов и/или противоречит существующим. Таким образом, в разных отраслях права применяются разные подходы к определению пределов, правил, принципов, случаев и др. действия нормативных актов во времени, что не способствует достижению максимально возможного единообразия их нормативного закрепления и применения на практике.

Кроме того, постоянный интерес «отраслевиков» к проблеме действия актов во времени объясняется отсутствием единообразного подхода, что влечет за собой постоянную мобильность законодательных подходов (правового регулирования) к данной сфере отношений. Отмеченное обусловлено как объективными (появление более совершенных правовых механизмов), так и субъективными (отсутствие надлежащей теоретико-правовой

<sup>77</sup> Петров Г. И. Фактор времени в советском праве.

разработки) причинами, что приводит к «шараханиям» законодателя при регулировании указанной сферы отношений и свидетельствует о недостаточной теоретико-правовой разработке проблемы. Теоретико-правовое исследование собственно проблем действия нормативных правовых актов во времени с использованием достижений отраслевых юридических наук позволит не только определить принципы, правила сферы и пределы их действия, но и разработать оптимальные механизмы их нормативного закрепления. В Республике Беларусь потребность в таком исследовании еще более актуализируется в связи с необходимостью осуществления научного анализа норм Закона Республики Беларусь «О нормативных правовых актах Республики Беларусь» на предмет соответствия его положений достижениям теоретико-правовой науки, а также установления степени корреляции общих норм Закона со специальными нормами, регулирующими действие нормативных правовых актов отраслевого законодательства во времени, и выработки предложений по совершенствованию отечественного законодательства в этой области.

Проблемы правовой преемственности — составляющая проблемы права и времени. Преемственность в праве — это право во времени. В настоящее время исследование вопросов правовой преемственности особенно актуально в связи с особенностями государственно-правового развития постсоветских государств, и усиление темпоральной исследовательской составляющей проблем преемственности в праве позволит получить новые теоретико-правовые знания в этой области.

Абсолютно очевидно, что еще одним аспектом изучения проблемы права и времени являются юридические сроки, поскольку они представляют собой время, с наступлением или истечением которого связано то или иное событие или действие (бездействие), имеющее юридическое значение. Правовые сроки — это время в праве. Однако до сих пор проблема юридических сроков имеет чисто прикладной отраслевой характер и в теоретико-правовом аспекте не исследуется. Очевидно, что в настоящее время назрела необходимость именно в таких исследованиях, поскольку наблюдающееся постоянное, объективное дробление юридического знания, с одной стороны, способствует глубокому познанию тех или иных юридических феноменов, но с другой — развивает узкоотраслевой подход к их познанию и приводит к тому, что в каждой области юриспруденции вырабатываются «свои» взгляды и предлагаются «свои» механизмы правового регулирования. Часто это влечет за собой оригинальность, уникальность, свойственность правового регулирования только данной отрасли там, где, наоборот, с целью разработки эффективного правового регулирования следовало бы стремиться к единообразию, согласованности, унификации подходов. Подобное не только вызывает законодательный хаос, но и имеет более глубокие последствия — восприятие права как воплощение усмотрения конкретного субъекта, т. е. не «вызревания» права, а его установления. Если говорить о проблеме юридических сроков, то очевидно, что отсутствуют единообразные подходы к их регламентации в зависимости от вида, предназначения, сферы правового регулирования. Назрела необходимость выработки теории юридических сроков.

Так, к выводу о необходимости исследования права и времени ученые-теоретики права пришли вследствие обращения к изучению отдельных аспектов проблемы как в теоретическом, так и прикладном аспектах.

Научная разработка проблемы права и времени в строго теоретико-правовом аспекте началась только в конце XX в. Проблема «право и время» — тот случай, когда причиной разработки нового теоретико-правового

феномена явились достижения отраслевых юридических наук, которые буквально «вытолкнули ее на поверхность», хотя более закономерным и адекватным способом являются «питание», обогащение отраслевых юридических наук теоретико-правовыми знаниями и использование ими таких знаний.

В настоящее время начата разработка феномена правового времени, его сущности и свойств, а также его роли в правовом регулировании. Предпринимаются попытки исследовать возможность использования физического, социального, исторического времени при регулировании общественных отношений посредством права. Изучаются виды темпоральных категорий в праве, прежде всего оценочные. Исследуется роль и значение времени при осуществлении правотворческой и правореализующей деятельности.

Не менее актуальны для современной правовой действительности разработки проблем «право во времени» и «время в праве», влияние времени на развитие правовой системы конкретного государства, изучение взаимодействия и взаимовлияния времени на функционирование и развитие явлений правовой сферы и др.

Разработку данных проблем можно считать находящейся в зачаточном состоянии, что требует осуществления комплексных специальных теоретико-правовых исследований монографического уровня.

## АНГЛИЙСКИЕ ЮРИСТЫ XIII–XVIII ВВ. О ПРИРОДЕ АНГЛИЙСКОГО ПРАВА

Ю. В. СУСЛОПАРОВА

Вопрос о природе, сущности и происхождении права во все времена находился в центре внимания правовой и политической мысли. Бесценный вклад в исследование данного вопроса внесли и английские юристы.

Англия всегда отличалась особой исторически сложившейся системой государственного устройства, оригинальными правовыми традициями. Англия — классический пример страны, сформировавшейся в ходе ее многовековой истории в рамках единого централизованного национального государства. Это был долгий процесс, в который внесли свой вклад многие племена и народы — кельты, римляне, англосаксы, норманны, — в разные эпохи приходившие на Британские острова и приносившие туда свои нравы, обычаи, правовые нормы и культурные традиции. Ключевой проблемой английского средневекового права была проблема многослойности его источников.

Ф. У. Мейтленд (1850–1906) — профессор английского права Кембриджского университета, родоначальник «юридической школы» в британской историографии — выделяет три системообразующих элемента английского права: кельтский, римский, германский, каждый из которых оказал неравнозначное влияние на процесс кристаллизации средневекового национального права. Так, кельтский элемент (под которым историк понимает галльские обычаи, которые были ассимилированы в нормандском праве и привнесены в английское право в процессе завоевания) практически не прослеживался. Его воздействие носило опосредованный характер.<sup>1</sup> Ведущим компонентом английского права на стадии его формирования Мейтленд признает германский, утверждая, что английское право сформировалось в основном из источника тевтонских обычаев с добавлением ряда элементов римской системы. Нормандское завоевание подытожило процесс правовой эволюции на Британских островах и оказало сильное синтезирующее воздействие: «Нормандцы не только выучили латинский язык, но и заимствовали механизм государственной власти франкского, затем французского правления,



Суслопарова  
Юлия Валерьевна,  
соискатель кафедры  
государственно-правовых  
дисциплин  
Вятского государственного  
гуманитарного университета

включая все римские учреждения». <sup>2</sup> Мейтленд дает понять, что английское право, впитав в себя разнородные источники и органически их переработав на англосаксонской основе, трансформировалось в уникальную правовую систему, не имевшую аналогов в средневековой Западной Европе.

Самобытность правосознания и правовой культуры, положение об исключительности и оригинальности английского права зародились еще в XII в. Уже в трактате Генри Брактона (1210–1268) отмечается, что «только в одной Англии действует неписаное право и обычай. Именно в этой стране право возникло из неписаного обычая, получившего всеобщее одобрение в результате применения». <sup>3</sup>

Английские юристы во все времена подчеркивали историческую преемственность своего права. Английское право — продукт длительной эволюции, это право лишь приспосабливалось к меняющимся условиям. Так, Джон Фортеस्कью (1394–1476) в семнадцатой главе своей работы «Похвала законам Англии» отметил, что Английское королевство было в первый раз заселено бриттами (*Britons*), впоследствии оно управлялось римлянами, потом опять бриттами, за ними королевством владели саксонцы, после саксонцев — датчане, и наконец, пришли нормандцы, чьи потомки управляют Англией по настоящее время. «В течение всего этого времени, в которое доминировали несколько народов и их короли, — продолжает Фортеस्कью, — Англия управлялась, тем не менее, теми же самыми обычаями, какие действуют в настоящем». <sup>4</sup>

Знаменитый английский правовед Эдвард Кок (1552–1634) цитирует приведенное высказывание Джона Фортеस्कью в предисловии к шестой части своих «*Reports*». <sup>5</sup> Право и государственный строй Англии, по мнению Эдварда Кока, сформировались в глубокой древности. Институты, аналогичные парламенту, канцелярии, судам общего права, якобы существовали уже у англосаксонских королей. <sup>6</sup> Строй этот совершенен и будет оставаться таковым, но при условии, что никто — ни король, ни парламент, ни подданные — не станут нарушать воплощенные в нем принципы права. «Право, — пишет Э. Кок, — это совершенный разум». <sup>7</sup> «Разум есть жизнь права, более того, общее право само по себе есть не что иное, как разум, добытый долгим изучением, наблюдением и опытом, а не естественным разумом каждого человека, так как *nemo nascitur artifex* (никто не рождается ремесленником). Этот правовой разум *est summa ratio* (является высшим разумом). И поэтому, если весь разум, рассеянный по многим различным головам, соединить воедино, разве не может он создать такое право, как право Англии, так как посредством длинной череды столетий он был улучшен и усовершенствован множеством авторитетных и ученых людей, и через долговременный опыт достиг такого совершенства для управления этим королевством, что этим можно справедливо подтвердить старинное правило "*Neminem oportet esse sapientiores legibus*": "Ни один

<sup>2</sup> Pollock F., Maitland F. The History of English Law before the Time of Edward I. Cambridge, 1898. Vol. 1. P. 87.

<sup>3</sup> Bracton H. On the laws and customs of England. London, 1968. P. 21.

<sup>4</sup> Fortescue J. Commendation of the Laws of England / transl. into English of «De Laudibus Legum Angliæ» by Francis Grigor. London, 1917. P. 27.

<sup>5</sup> Coke E. Part Seven of the Reports // The selected writings and speeches of Sir Edward Coke / Ed. by Steve Sheppard. Indianapolis, 2003. Vol. 1. P. 150–151.

<sup>6</sup> Coke E. The First part of Institutes of the law of England // The selected writings and speeches of Sir Edward Coke / Ed. by Steve Sheppard. Indianapolis, 2003. Vol. 2. P. 701.

<sup>7</sup> Ibid. P. 701.

человек не способен (своим собственным частным разумом) быть умнее, чем право, которое есть совершенство разума».<sup>8</sup> Процесс изучения права Э. Кок сравнивал с погружением в глубокий колодец, из которого каждый черпает в зависимости от своего ума. «Кто достигает наибольшей глубины, тот постигает самые прекрасные и восхитительные таинства права».<sup>9</sup> По мнению Э. Кока, присущий общему праву искусственный разум не мог воплощаться в парламентских актах, поскольку парламент является органом, представляющим лишь поколения, живущие в то время, когда он собирается. Исходя из этого представления английский правовед делал вывод о том, что общее право Англии превалирует над актами английского парламента: «Когда акты Парламента противоречат общему праву и разуму, общее право будет управлять ими и объявлять эти акты недействительными».<sup>10</sup>

Идею о том, что общее право Англии базируется именно на искусственном разуме, проводили также другие правоведы. В частности, Джон Доддеридж (1555–1628) в своей книге «Английский юрист» писал: «Эффективным основанием норм, мотивов и аксиом является свет естественного разума, испытанного дискуссией и аргументацией. И отсюда оказывается, что право (как это было декларировано прежде) называется разумом; но не тем разумом, который каждый человек носит в себе, а искусственным разумом; таким разумом, который вследствие ума, обучения и долгой практики становится искусным в делах людей...».<sup>11</sup> Из приведенных слов видно, что с точки зрения Доддериджа искусственный разум (а значит, и общее право) таился в разуме естественном, откуда он извлекался в результате теоретической и практической работы профессиональных юристов. В свою очередь истоки естественного разума Джон Доддеридж усматривал в законах природы и в общих обычаях Английского королевства: «Правило или принцип права Англии являются следствием либо закона природы (естественного права), либо получены из общих обычаев, используемых в пределах Королевства...».<sup>12</sup>

В отличие от Доддериджа, усматривавшего непосредственные истоки искусственного разума в разуме естественном, Э. Кок считал, что искусственный разум необходимо искать в традиционном юридическом быте английского общества — в его обычаях. В первой части своих «Институций» — «Комментариях на Литтлтона» — он пишет: «Право Англии делится на три части: “*Common Law*, которое является самым общим и древним правом королевства”, “Статуты или Акты Парламента”, “партикулярные Обычаи”». При этом Э. Кок особо подчеркивал, что употребил в данном случае определение «партикулярные» потому, что если обычай королевства выступает в качестве «общего обычая королевства, он является частью Общего Права».<sup>13</sup>

<sup>8</sup> Ibid.

<sup>9</sup> Ibid. P. 691.

<sup>10</sup> *Coke E. Part Eight of the Reports // The selected writings and speeches of Sir Edward Coke / Ed. by Steve Sheppard. Indianapolis, 2003. Vol. 1. P. 275.*

<sup>11</sup> *Томсинов В. А. Государственный строй Англии накануне революции 1640–1660 гг. Статья первая // Вестник Московского университета. Серия 11, Право. 2006. № 3. С. 9.*

<sup>12</sup> *Томсинов В. А. Common Law в юридической конструкции государственного строя Англии первых десятилетий XVII века // Forging a common legal destiny. Liber Amicorum in honour of William E. Butler. London, 2005. P. 24.*

<sup>13</sup> *Coke E. The First part of Institutes of the Laws of England. P. 711.*

Другой английский юрист и антикварий Генри Финч (1553–1625) в своей работе «Право, или Рассуждения о нем» выделял три вида позитивных законов. Первый вид — законы, которые «получили свет» и соответствуют естественному праву и праву разума. Второй вид — своего рода квазизаконы, которые в силу своей природы и сущности не могут быть одобрены естественным правом, правом разума, а следовательно, Богом. Пример такого рода законов — закон древних египтян обращать женщин в товар. К третьему виду позитивных законов Финч относит не противоречащие естественному праву и праву разума законы различных народов, отличающиеся «в зависимости от конституций и главенствующих законов отдельных местностей и стран».<sup>14</sup> Общее право Англии Финч относит к первому виду позитивных законов: общее право Англии, по определению Финча, — это право, «использовавшееся в незапамятные времена на территории всего королевства».<sup>15</sup>

Трактовка принципов и норм общего права как воплощения обычая, зародившегося в незапамятной древности и основанного на разуме, доминировала среди английских правоведов и юристов XVII в. и получила дальнейшее развитие в последующие исторические периоды. Ярким примером могут служить размышления Эдмунда Бёрка (1729–1797). Его самый знаменитый труд — «Размышления о революции во Франции»,<sup>16</sup> в центре рассуждений которого — защита Истории в ее длительности и естественном течении в противоположность революционному проекту сознательной реконструкции общественного порядка, защита предрассудков от притязаний разума, общественного опыта — в противовес опыту индивидуальному, благодаря чему Бёрк заслужил репутацию основателя консервативного направления в европейской политической мысли.<sup>17</sup> Разум поколений, утверждал Э. Бёрк, воплотился в нравах, обычаях и традициях народов, и этот опыт необходимо беречь. Рассматривая каждое государство как результат совместных усилий всех поколений его граждан, главное значение Бёрк придавал принципу преемственности в политике и праве: «Не станет заботиться о потомстве тот народ, что не оглядывается на предков... Благодаря конституционной политике, отвечающей установленному в природе порядку вещей, мы получаем, сохраняем и передаем по наследству наш государственный строй и привилегии точно так же, как имеем и передаем свою собственность и жизнь. Политические институты, имущественные блага и дары Провидения приходят к нам и уходят далее одним и тем же путем».<sup>18</sup> По мнению Бёрка, чем древнее действующий институт, тем большего уважения заслуживает, поскольку прошел самое сложное испытание — проверку временем и вобрал в себя мудрость предков.<sup>19</sup>

Просвещенческому разуму, который он называл «разумом софистов и экономистов», Бёрк противопоставлял свою апологию предрассудков, которые представляют собой своего рода коллективный общественный политический разум, скрытую мудрость, сохраняемую и передаваемую из поколения в поколение: «Предрассудки полезны, в них сконцентрированы вечные истины и добро, они помогают колеблющемуся принять решение,

<sup>14</sup> *Finch H. Law, or a Discourse thereof. New Jork, 1759. P. 76.*

<sup>15</sup> *Ibid. P. 77.*

<sup>16</sup> *Burke E. Reflections on the Revolution in France. Indianapolis, 1989.*

<sup>17</sup> *Федорова М. М. От абсолюта свободы к романтике равенства (из истории политической философии). М., 1994. С. 62.*

<sup>18</sup> *Burke E. Reflections on the Revolution in France. P. 78–79.*

<sup>19</sup> *Ibid. P. 80–81.*

делают человеческие добродетели привычкой, а не рядом не связанных между собой поступков».<sup>20</sup> «Вместо того, чтобы избавиться от всех наших старых предрассудков, мы старательно их лелеем, ...мы лелеем их именно потому, что это — предрассудки; чем древнее они и чем больше распространены, тем больше мы их лелеем. Мы опасаемся позволять людям жить и действовать с опорой каждого лишь на собственный запас разума, поскольку полагаем, что такой запас у отдельно взятого человека невелик и что индивидам лучше обращаться во всеобщий банк за капиталом, накопленным в течение веков многими народами»,<sup>21</sup> — пишет Бёрк. Таким образом, под предрассудком Бёрк понимает не изжившее себя ложное сознание, но многовековую мудрость поколений, идущую подчас вразрез с требованиями научной рациональности. В обществе обязательно действуют скрытые бессознательные механизмы, и политик в своей деятельности должен прислушиваться не только к голосу разума, но и уметь глубоко прочувствовать душу народа — в этом смысл предрассудков.

Политическое устройство английского государства представляется Бёрку наиболее совершенным, поскольку оно является «плодом глубоких размышлений или, скорее, счастливым результатом следования мудрым законам природы...Английский народ прекрасно понимает, что идея наследования обеспечивает верный принцип сохранения и передачи и не исключает принципа усовершенствования, оставляя свободным путь приобретения и сохраняя все ценное, что приобретается. Преимущества, которые получает государство, следуя этим правилам, оказываются схваченными цепко и навсегда».<sup>22</sup> В насильственном свержении государственного строя (революции) Бёрк видел не что иное, как нарушение «древнего и священного» общественного договора, «естественного порядка» развития обществ. Таким образом, Бёрк развивает положения Кока о том, что английское право — это право разума, разума поколений. Конституция опирается на обычаи, религию, традиции, нравы, даже на предрассудки, содержащие мудрость предков. Сама английская история без всякого сознательного замысла породила институты, наилучшим образом подходящие для национальной традиции. Сочинение Бёрка, написанное в полемике с политическими и интеллектуальными оппонентами на злобу дня, оказалось программным произведением, вобравшим в себя опыт предшествующих эпох и предвосхитившим грядущие преобразования. Вся последующая консервативная мысль в Англии, Франции, Германии, России воспроизводила основной принцип Бёрковского учения: осмысление неизбежных нововведений в горизонте традиционного опыта.<sup>23</sup>

Конечно, нельзя обойти вниманием взгляды на природу английского права блестящего английского правоведа Уильяма Блэкстоуна (1723–1780), первого со времен Генри Брактона, кто в своей работе «Комментарии к законам Англии» обобщил многовековую практику общего права. Блэкстоуна считают автором деклараторной теории английского общего права. Суть теории в том, что неразрывной составной частью английской

<sup>20</sup> Ibid. P. 86.

<sup>21</sup> *Burke E. Reflections on the Revolution in France and on the Proceedings in Certain Societies in London, Relative to That Event (1790) // Works. Vol. 5. P. 168.*

<sup>22</sup> *Антология мировой правовой мысли. Т. 3. Европа. Америка. XVII–XX вв. М., 1999. С. 166.*

<sup>23</sup> *Соколов А. М. Английское просвещение: рождение консервативной идеологии // Сборник научных трудов по материалам международной конференции «Россия и Британия в эпоху Просвещения». СПб., 2002. С. 123.*

правовой системы является естественное право. Оно и находит выражение в прецедентном праве. Таким образом, получается, что судьи не творят право, а лишь декларируют естественно-правовые нормы, или «открывают» право; что нормы права существуют независимо от судей. Еще в 1762 г. лорд-судья Мэнсфилд выразил основную идею деклараторной теории следующим образом: «Разумные доводы и дух судебного дела, а не буква отдельного судебного решения — вот что образует право».<sup>24</sup>

Рассуждения Блэкстоуна о сущности правовой нормы сводятся к утверждению, что законы права есть не что иное, как законы природы. Как и законы природы, правовые нормы не могут изменяться, вводиться или отменяться исключительно по воле или желанию людей или общества, поскольку существуют естественные права (такие как жизнь и свобода), которые не нуждаются в закреплении их в законе, будучи изначально принадлежащими каждому человеку, и нет такого законодателя, который бы обладал властью умалить или уничтожить их. Судьи — это «оракулы» права. Их решения — наиболее авторитетные свидетельства права, принимаемого как обычай, который составляет часть общего права. Судьи используют делегированную им государством власть не для того, чтобы творить новое право, а для того, чтобы утверждать естественное право, которое неизменно. Право — это не рукотворные нормы, не официальный документ, а живое право, практика и опыт. Новые правовые нормы появляются точно так же, как новые языковые единицы. В некотором смысле язык и право «придуманы» людьми. Однако природа у них одна: никто не может точно определить, кто их автор. Решение суда всегда действует ретроспективно: оно относится к событию, которое имело место в прошлом. Поэтому суд провозглашает право в том виде, в каком оно уже сложилось к моменту вынесения судебного решения (*persuasive precedent*), т. е. использует право таким, каким оно является, а не таким, каким оно должно быть. Таким образом, момент возникновения конкретной правовой нормы поддается определению. Она возникает, когда соответствующее положение права начинает осознаваться судьями и они начинают употреблять данную норму в своих решениях. Можно проследить и момент, когда в праве возникают изменения, которые приводят к дополнению или пересмотру правовой нормы, поскольку эти моменты также отражаются в судебных решениях.

В XVIII в. английские юристы единодушно полагали, что «право не относится к тому, что может быть сотворено людьми. Право просто есть, и, следовательно, статуты, принимаемые Парламентом, есть не что иное, как поправки к уже существующему порядку вещей».<sup>25</sup>

Деклараторная теория не стала общепринятой. С позиции С. А. де Сми-та, «идея, согласно которой суды просто декларируют и применяют уже существующие нормы, является вежливой фикцией, необходимым для словесного камуфляжа и поддержки широко распространенного убеждения, что только Парламент, а не суды, делает закон современным».<sup>26</sup>

Закономерно, что вековые традиции нашли выражение и в работах следующего поколения английских юристов. В качестве примера можно указать на Альфреда Дэйси (1835–1922), автора доктрины английского конституционализма как источника права. Теоретические взгляды А. Дэйси

<sup>24</sup> Цит. по: Романов А. К. Правовая система Англии. М., 2002. С. 160.

<sup>25</sup> *Caenegem R. C. Van. The Birth of the English Common Law. Cambridge, 1973. P. 24–25.*

<sup>26</sup> *Smith S. A. Constitutional and Administrative Law. 2<sup>nd</sup> ed. Handmondsworth, 1973. P. 330.*

на право были своеобразным вариантом концепции английской аналитической школы. Свои идеи Дайси основывает преимущественно на сопоставлении законодательств Франции и Бельгии с принципами права Англии, доказывая несомненное превосходство последних. В труде «Основы государственного права Англии (Введение в изучение английской конституции)» он определяет правовые догмы как «спонтанно складывающиеся, хотя и тесно переплетающиеся с жизнью людей, но не являющиеся продуктом воли и желания людей». <sup>27</sup> Английское общее право (английская конституция), по мнению Дайси, основано на правовых обычаях и судебных решениях и «несет в себе все характерные черты, хорошие и плохие, права, основывающегося на судебных прецедентах». <sup>28</sup> Именно суд «формулирует право» в конкретных юридических делах, исходя из неотъемлемых прав человека, поэтому право, по утверждению А. Дайси, — это «следствие прав человека, устанавливаемое и проводимое в жизнь судами». <sup>29</sup>

Англосаксонская концепция правозаконности, основанная на неписаной конституции, судебном правотворчестве и прецедентном праве, по мысли А. Дайси, является намного более эффективным средством обеспечения прав человека, чем классическая концепция законности, основанная на принципе «верховенства закона». Основным аргумент, по мнению этого правоведа, состоит в том, что «права человека устанавливаются судом в каждом конкретном деле, что способствует их утверждению и не позволяет исполнительной власти в дальнейшем отказываться от их исполнения», <sup>30</sup> в то время как во многих иностранных конституциях обеспечение прав частных лиц (каково бы оно ни было) зависит от общих принципов конституции. <sup>31</sup> Судебная деятельность опирается на положения правосознания, вобравшие категории неотъемлемых прав человека. «Права человека — универсальная категория, которая выходит за рамки законов в том смысле, что права человека существовали еще до появления законов». <sup>32</sup> Таким образом, суд «формулирует» право в конкретных юридических делах, исходя из неотъемлемых прав человека. Дайси детально анализирует права англичан, которые не столько провозглашаются конституцией страны, сколько реально осуществляются. Англичанам кажется, заключает он, «что все... права имеют одно основание, а именно право страны (общее право). Сказать, что «конституция гарантирует» один класс прав более, чем другой, для англичанина кажется странным и бессмысленным». <sup>33</sup> Права и свободы английского народа — это не привилегии отдельным лицам или их объединениям, а естественные результаты общественного порядка, всецело зависящие от правового принципа — господства идеи права. Доктрина «верховенства права» присутствует в английской юриспруденции еще со времен Э. Кока, у которого, как отмечалось выше, уже встречаются мысли о том, что выше любого закона должна стоять сама «идея права», которая «открывается» прежде всего в судебной практике. Дайси же подчеркивает при этом, что принцип верховенства (или господства) права — это характерная особенность исключительно английской конституции, этот принцип

<sup>27</sup> Dicey A. V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. 8th ed. 1915. P. 192.

<sup>28</sup> Ibid.

<sup>29</sup> Дайси А. В. Основы государственного права в Англии. СПб., 1907. С. 194.

<sup>30</sup> Там же.

<sup>31</sup> Там же.

<sup>32</sup> Там же. С. 195.

<sup>33</sup> Антология мировой правовой мысли. Т. 3. С. 485.

свойствен правовой системе «только Англии или тем странам, которые, подобно Соединенным Штатам, унаследовали английские традиции».<sup>34</sup> Таким образом, Альфред Дэйси продолжает традиционную для англичан линию политико-правовой мысли, характеризующую правовую систему страны как наследие, доставшееся англичанам от предков, несомненно превосходящее по уровню гарантий прав и свобод континентальные государства, исключаящее произвол и являющееся образцом для подражания.

В отличие от континентальной Европы, в которой для построения нового права всегда разрушалось старое, в Англии даже революционные перевороты в социальной жизни общества проходили без разрушения предшествовавших правовых институтов. И это не могло не обогатить английское право, так как позволяет обращаться к старому, которое никогда не отменяется, а лишь отмирает само за ненадобностью. И хотя правовые системы других стран также в той или иной степени связаны со своим прошлым и, несмотря на все политические и экономические изменения, сохраняют традиционные формы юридического мышления, в Англии эта связь и приверженность традиции ощущаются наиболее сильно. Вот как это выразили К. Цвайгерт и Х. Кётц: «Фактически нет той страны, которая, подобно Англии, осталась бы спустя столетия приверженной неизменному стилю применения права. Равно как нет такой страны, как Англия, где время бы пощадило право и уберегло его от кардинальных потрясений».<sup>35</sup>

Система английского права имеет ряд специфических черт, которые существенно отличают ее от континентального права. Главными отличительными признаками континентальной системы права являются, во-первых, приоритет закона как главного инструмента в создании национальной правовой системы, во-вторых, кодификация законодательства с целью упорядочения правовых норм. Правовые нормы континентального права отличаются обобщенный, абстрактный характер. Законодатель обычно формулирует норму как социальную модель поведения, как общий масштаб, границу дозволенного («от» и «до»), не прибегая к перечислению частных случаев, вариантов поведения. Даже если поводом для создания нормы права служит отдельный юридический казус, он находит разрешение в обобщенной (абстрактной) форме. Это принципиально отличает норму от прецедентного постановления, для которого характерна конкретность, «казуистично» индивидуальная направленность. К безусловным достоинствам романо-германской правовой системы следует отнести четко организованную, непротиворечивую, иерархически структурированную систему законодательства. Однако главным недостатком континентального права является наличие пробелов и некоторая оторванность от реальной жизни, поскольку законотворчество объективно не может предусмотреть все нюансы и изменения социальных отношений, не всегда поспевает за этими изменениями. Напротив, английские судьи конкретизируют, «приближают» закон к конкретному случаю, таким образом приспособлявая право к изменяющейся обстановке. Поэтому понятия «пробела» в английском праве не существует.

Следует отметить, что отдельные исследователи в отсутствии единой рациональной системы в общем праве видят скорее недостаток, чем достоинство. Так, Р. Давид пишет: «Система романских правовых систем —

<sup>34</sup> Там же. С. 486.

<sup>35</sup> Цвайгерт К., Кётц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. 1 / пер. с нем. Ю. М. Юмашева. М., 1998. С. 274.

это система относительно рациональная и логическая... Английское право, напротив, создавалось без каких бы то ни было забот о логике, в рамках, которые были навязаны судебной процедурой... положения английского закона тонут, в конце концов, в массе решений судебной практики, авторитет которых заменяет закон. Общий дух закона и цель его рискуют быть забытыми и утерянными в массе решений, каждое из которых разрешает лишь какой-либо частный вопрос».<sup>36</sup> М. Вебер отмечал, что «праву Англии, ведущей капиталистической страны Европы в XIX столетии, не была присуща формальная рациональность. Оно было примером частично «традиционного» типа права (основанного на унаследованной вере в священность духовных традиций) и частично «харизматического» типа (основывающегося на признании особо выдающихся качеств отдельных личностей, особенно судей)».<sup>37</sup> Некоторые правоведы полагают, что истинная природа английского права заключается в том, что «оно создавалось судьями и членами парламента, чьи взгляды в области экономики, политики и морали совпадали со взглядами представляемого ими господствующего класса, и, подобно праву любой другой страны, оно не является выражением принципов «естественного правосудия», возникших как результат умозаключения судей и законодателей, а лишь отражает существующие в данной стране имущественные отношения».<sup>38</sup>

Невзирая на различия в оценках английской правовой системы, можно определенно утверждать, что английское право представляет собой уникальное явление с особыми, оригинальными понятиями и традициями. Современный английский юрист, преуменьшая значение преемственности в развитии европейских правовых систем и трактуя кодификацию как разрыв с традициями, любит подчеркивать историческую преемственность своего права. Ему кажется, что это право — продукт длительной эволюции, которая не осложнялась никакими революционными волнениями; он гордится этим обстоятельством и не без оснований рассматривает его как доказательство великой мудрости общего права, его способности приспособляться к меняющимся условиям, его непреходящей ценности, а также как свидетельство аналогичных качеств английских юристов и вообще англичан.<sup>39</sup> По словам Э. Дженкса, «гордостью английского права является то, что его корни уходят далеко вглубь национальной истории, и оно представляет собой неторопливый продукт многовекового развития жизни нации».<sup>40</sup> Традиционность, преемственность и «разум поколений» — основополагающие характеристики английской государственно-правовой мысли.

<sup>36</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996. С. 283, 321.

<sup>37</sup> Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / пер. с англ. М., 1996. С. 523.

<sup>38</sup> Харвей Д., Худ К. Британское государство. М., 1961. С. 209.

<sup>39</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. С. 208.

<sup>40</sup> Цит. по: Харвей Д., Худ К. Британское государство. С. 212.

## КАРЛ НИКЕРСОН ЛЛЕВЕЛЛИН

Г. Э. АДЫГЕЗАЛОВА



Адыгезалова  
Польназ Эльдаровна,  
к. ю. н., доцент Кубанского  
государственного университета

Карл Никерсон Ллевеллин (1893–1962) — выдающийся американский юрист. Он родился в Западном Сиэтле, штат Вашингтон. В 1895 г. Ллевеллин с семьей переехал в Нью-Йорк, где в 1909 г. окончил Высшую школу для мальчиков в Бруклине. Затем обучался в Мекленбурге (Германия), остановившись у родственников друга его семьи. За три года, проведенные в Германии, Ллевеллин хорошо усвоил немецкий язык. В 1911 г. он поступил в Йельский колледж. Весной 1914 г. для изучения латинского и французского языков учился в течение семестра в Сорбонне в Париже. Ллевеллин был еще студентом, когда вспыхнула Первая мировая война, и хотя его не призвали в армию, он сражался в составе прусской армии на западном фронте и даже был награжден Железным крестом. После ранения в ноябре 1914 г. Ллевеллин провел почти три месяца в военном госпитале.

В 1915 г. К. Ллевеллин вернулся в Соединенные Штаты и продолжил обучение в Йельском университете, поступив в Йельскую школу права. В течение трех лет он работал редактором Йельского журнала права, где опубликовал многие свои статьи. В 1918 г., окончив обучение, Ллевеллин остался преподавать в Школе права и преподавал главным образом коммерческое право, которое позже стало его специальностью. В сентябре 1920 г., считая, что практический опыт важен для академической карьеры, он устроился работать в юридический отдел Национального Сити Банка в Нью-Йорке. Вскоре после того, как его приняли на работу, банк распустил юридический отдел и передал ведение своих дел юридической фирме Шермана и Стерлинга. Ллевеллин также был переведен на новую работу и продолжил заниматься банковским правом. Спустя два года он решил вернуться к преподавательской деятельности и был принят на должность доцента в Йельскую школу права.

С 1925 до 1951 г. Ллевеллин работал в Школе права Колумбийского университета, в 1948–1949 гг. читал лекции в Гарвардской школе права. В этот период он стал профессором, написал множество научных работ, включая «Куст ежевики» (1930), предназначенный для первокурсников юридического факультета. Он также написал и издал ведущую работу в сфере коммерческого права «Казусы и материалы по торговому праву» (1930).

Будучи профессором права в Колумбийском университете, Ллевеллин в 1928 г. читал лекции по американской системе прецедентного права в Лейпцигском университете; в 1931–1932 гг. он читал в этом вузе лекции по социологии права.

Труды К. Ллевеллина захватывали и неюридические области. Примером служит работа по антропологии «Шайенский путь» (1941), написанная в соавторстве с антропологом Адамсоном Хобелем, где рассматривались особенности правового материала и самобытность шайенских индейцев. Ллевеллин также активно участвовал в деятельности различных общественных организаций.

В 1951 г. Ллевеллин приступил к работе в Университете Чикагской школы права, где преподавал в течение почти десяти лет. В это время он являлся главным докладчиком по Единому образному торговому кодексу США (Uniform Commercial Code), разработанному в начале 1950-х годов.

К. Ллевеллин намеревался вновь отправиться в Германию с лекциями, но сделать этого не успел. Он умер в Чикаго 13 февраля 1962 г. Незадолго до смерти Ллевеллина была опубликована его последняя работа «Традиция общего права» (1960). Посмертно были изданы такие его работы, как «Юриспруденция: реализм в теории и практике» (1962) и «Система прецедентного права в Америке» (1989) — на основе лекций, опубликованных в Германии на немецком языке в 1933 г.

**Ллевеллин о праве как о действующем институте.** Еще обучаясь в Йельском университете, Ллевеллин попал под влияние Уильяма Грэма Самнера, автора «Народных нравов» (1906) — известной работы, посвященной социальным практикам и верованиям и их влиянию как на общество в целом, так и на поведение индивидов. Идеи Самнера способствовали развитию взглядов Ллевеллина на право как на социальный институт, находящийся под влиянием окружающей культуры.

Ллевеллин говорил о том, что право можно понимать по-разному. Так, для правоведа (пока в эту сферу не проникла социология) право — прежде всего ремесло и профессия, а также свод правовых норм, для государственных деятелей — это один из аспектов жизни общества, инструмент для управления. Но право — это значительно более широкое понятие, имеющее бесчисленное число граней.

Для Ллевеллина характерен функциональный подход к праву, который отражается в его понимании права как института. Для него институт — это организованная деятельность, создаваемая на базе профессии или группы профессий. Институт права в обществе чрезвычайно сложен и потому для успешного функционирования должен опираться на широкую группу профессий. Он состоит не только из совокупности норм, сгруппированных по концепциям и пронизанных многочисленными принципами, но и включает тщательно разработанные методики, такие как использование прецедента. А над всем этим стоит идеология с ее далеко идущими целями и идеалами, которые скорее подразумеваются, чем открыто признаются, но могут тем не менее составить довольно влиятельную часть института права в целом. Помимо этого есть множество жестких и гибких процессуальных норм. Все эти элементы института права контролируют деятельность тех, кого Ллевеллин называл «людьми права». Это мощная интегрирующая сила. «Предписание» и «принцип», например, чтобы быть частью правовой системы, должны работать в ней, а это возможно только через людей и их мышление. Процессуальные нормы, опять-таки, являются костяком правовой системы. И все же они не часть права, если их постоянно не

сравнивают с общепринятыми нормами и идеалами. Люди являются жизненной силой правовой системы...».<sup>1</sup>

В трактовке права, предложенной Ллевеллином, можно обнаружить сходство с трояким определением права Р. Паунда, который, несомненно, оказал влияние на его правовые взгляды. Ллевеллин включал в понятие права не только нормы и идеалы. Признавая в качестве одной из важных его составляющих совокупность правовых норм, закрепляющих концепции и принципы, он обращал особое внимание на такие части права, как сформированные техники «прецедента» и «толкования», которые позволяют манипулировать нормами; идеологии и идеалы; процессуальные нормы, без которых у норм нет жизни; люди, не просто выносящие решения, но ведомые идеями и идеалами, т. е. представители юридических профессий.<sup>2</sup> Именно такой широкий взгляд на право, по Ллевеллину, ведет к появлению более эффективных, справедливых норм, являющихся частью права.

Для того чтобы институт выполнял свои функции, он должен быть действующим и должен соответствовать потребностям общества. Основными функциями института права являются, во-первых, обеспечение жизни общества, самого его существования, а во-вторых — установление справедливости, улучшение жизни общества. При этом критерием оценки действия института являются фактические результаты его действия, которые должны быть открыты для исследования.

В основе действующего института права лежит правовая деятельность, в которой Ллевеллин видел следующие направления: устранение нарушений права; «превентивная ориентация», т. е. переориентация поведения и ожиданий, чтобы избежать нарушений права; определение структуры, порядка функционирования и полномочий государственных органов; регулирование частной правовой деятельности частного лица и группы; появление новых возможностей достижения целей с помощью правовых средств, инструментов, специалистов. Осуществляемая по этим направлениям правовая деятельность способна обеспечить правопорядок, поддерживать сплоченность и жизнеспособность общества. При этом, согласно Ллевеллину, важно найти золотую середину между эффективным управлением и реализацией желаний и потребностей людей. Здесь можно провести аналогию с юриспруденцией интересов Р. Паунда, который видел задачу права в гармонизации государственных, социальных и частных интересов.

Особенностью взглядов Ллевеллина является то, что он считал правовую деятельность универсальной, не учитывая различную структуру, роль, степень влияния правовой деятельности в разных обществах. Некоторые критики обвиняют Ллевеллина в том, что поиск универсальности привел его к чрезмерной абстракции, в результате чего он оставлял многие вопросы без ответа.

Помимо правовой деятельности, Ллевеллин рассматривал понятие «ремесла». Это тоже институт, только второстепенный. Он возникает из сочетания правовой деятельности и людей. Ремесло в этом смысле — это «очу-хау» специалистов, занятых определенной работой в рамках института. Это систематизированный и постоянный набор умений и навыков, разработанных специалистами и передаваемых из поколения в поколение в процессе обучения и юридической практики. При этом главной

<sup>1</sup> *Llewellyn K. My Philosophy of Law / ed. by A. Kocourek. Boston, 1941. P. 189.*

<sup>2</sup> *Ibid. P. 183–184.*

потребностью юриспруденции является обучение методике применения ремесла, в основе которой лежит представление о сути права, о духе права, его направленности, а также стремление обеспечить соответствие права новым условиям жизни общества с сохранением сложившихся традиций.

**Ллевеллин и правовой реализм.** Ллевеллин, исследовавший такие сферы, как торговое право, договорное право, судебная практика (прежде всего апелляционная инстанция), социология права, антропология, является, пожалуй, самым значительным среди правовых реалистов. Его биограф Уильям Твининг назвал его «самым романтичным из правовых реалистов и самым земным из теоретиков права». <sup>3</sup> Наиболее полно правовой реализм Ллевеллина отражен в таких его работах, как «Куст ежевики», «Система прецедентного права в Америке», «Традиция общего права».

«Куст ежевики» — это лекции, прочитанные студентам-первокурсникам юридического факультета Колумбийского университета. Представленные в этой работе идеи правового реализма привлекли к нему внимание. Известны слова Ллевеллина, относящиеся к судьям, шерифам, клеркам, тюремным служащим и адвокатам, согласно которым «то, что делают эти должностные лица при разрешении споров, по-моему, и есть само право». <sup>4</sup> Ллевеллин утверждал, что необходимо изучать правовые решения, чтобы понять, что судьи находят под влиянием многих факторов, не имеющих ничего общего с правом. Он писал: «В течение долгого пути, для крупномасштабного изменения и роста доктрины и наших правовых институтов... практически незаметные изменения... оказываются более значимы, чем исторически ключевые моменты». <sup>5</sup> Таким образом, Ллевеллин верил, что юристы должны уметь находить убедительные аргументы, которые подчеркивают специфичность дела, так как именно эти факты иногда могут оказывать больший эффект на конечный результат, чем подлежащее применению право.

«Система прецедентного права в Америке», основанная на лекциях 1933 г., отличается большей сложностью, так как предназначена для лиц, уже знакомых с гражданским правом; это дало возможность Ллевеллину изложить свои взгляды более углубленно.

«Традиция общего права», создаваемая на протяжении десятилетий, более растянута, полна отступлений. Несмотря на то, что это великая работа, ей не хватает «аккуратности и стройности аргументации, присущей более ранним работам». <sup>6</sup>

Все эти книги являются продуктом изложения одних и тех же взглядов Ллевеллина на правовую систему. Он утверждал, что правовой реализм — это не философия, и не школа со своей четко выраженной, общепринятой теорией; это группа правоведов, высказывавших свои мнения в 1920–1930-е годы и имевших общий подход к праву. Соглашаясь с Джеромом Фрэнком, он отмечал, что они схожи только в своем отрицании, в своем скептицизме, в своей любознательности. <sup>7</sup>

Реалисты стали наследниками традиции прагматизма, направленного на то, чтобы связать истину с практическим решением проблем (в более

<sup>3</sup> *Twining W.* Karl Llewellyn and the Realist Movement. Norman, 1973. P. 20.

<sup>4</sup> *Llewellyn K.* The Bramble Bush. New York, 1930. P. 3.

<sup>5</sup> *Ibid.* P. 57.

<sup>6</sup> *Gewirts P.* Editor's Introduction // *Llewellyn K.* The Case Law System in America / ed. by P. Gewirts. Chicago, 1989. P. XIV.

<sup>7</sup> *Llewellyn K.* Some realism about realism // 44 *Harvard Law Review.* 1931. P. 1233.

развитой форме превратившегося в инструментализм), и «бунта против формализма», возглавляемого Уильямом Джеймсом и Джоном Дьюи в философии и логике, Роско Паундом и Джастисом Холмсом в юриспруденции. В правовой сфере в основе их размышлений лежала критика идей, ассоциировавшихся с Кристофером Коламбасом Лэнгделлом, деканом юридического факультета в Гарварде (в конце XIX в.). Лэнгделл рассматривал право как совокупность норм, набор понятий, который можно логически систематизировать и применять посредством «логической дедукции».

Описание правовых реалистов, сделанное Ллевеллином, является одним из лучших. Он выделил следующие основные точки соприкосновения их взглядов: 1) концепция права в развитии, в движении и в судебном правоприменении; 2) право не как самоцель, а как средство достижения социальных целей; 3) концепция более быстрого развития общества по сравнению с правом; 4) временный разрыв между сущим и должным с целью изучения; 5) недоверие к традиционным правовым нормам и понятиям, которые якобы отражают то, что реально делают суды или люди; 6) недоверие к теории, согласно которой традиционные предписывающие нормативные формулировки являются реально действующим фактором при вынесении судебных решений; 7) уверенность в целесообразности группировать судебные дела и правовые ситуации в более узкие категории; 8–9) настойчивое требование оценки последствий каждой части права и непрерывной и программной атаки на правовые проблемы по всем указанным направлениям.

Все эти идеи, по сути, не являлись новыми, но важно было начать последовательно, настойчиво и упорно их осуществлять.

Согласно Ллевеллину, 1–3-й и 5-й из перечисленных пунктов хотя и характерны для движения реалистов, не отражают его специфику, остальные же пункты (4, 6–9) являются отличительными признаками движения. Люди и работы, отвечающие этим характеристикам, для Ллевеллина «реалистичны», как бы их ни называли.

Реалисты отстаивали точку зрения, что право — это не дедуктивная наука. Ллевеллин и правовые реалисты делают акцент на фактах определенного случая, а не на общих правовых нормах. Своими работами американский ученый как бы сглаживал различия между взглядами реалистов. Исходя из содержания «Системы прецедентного права в Америке», для него реализм означает прежде всего блок взглядов на суды и методы их работы: дела не решаются просто дедуктивным размышлением по поводу правовых норм и прецедентов; чтобы понять судебные решения, часто приходится взглянуть шире на то, что говорится в суде; судебная практика и контекст рассмотрения дел сильно влияют на их разрешение. Приуменьшая роль норм в вынесении судебных решений и считая более значительной роль других факторов, Ллевеллин в то же время боролся с «непредуманными» версиями правового реализма, отвергая те, в которых полностью отбрасывались правовые нормы, а правовые решения считались результатом каких-то личных предпочтений судьи.

Признавая важность как норм права, так и судебной практики, Ллевеллин характеризовал функции норм права следующим образом: «Действительно существующую правовую определенность следует искать в предсказуемой реакции подготовленного адвоката или судьи с жизненным опытом на окончательную оценку им фактической ситуации. Крайне важно подчеркнуть, что это не затрагивает какой-либо интерпретации правовых норм. Другими словами, правовые нормы не устанавливают никаких границ, внутри которых должен действовать судья. Скорее, они устанавливают

общие направления, по которым судья движется к принятию решений. Они показывают основу и благоприятное направление для развития и, таким образом, составляют фундамент существующего права. От них можно быстро перейти к любому конкретному делу. Они раскрывают общепринятую совокупность, с которой должно быть согласовано новое решение. Эта согласованность направления гарантируется юридической подготовкой и совестью судьи. Тем не менее правовая норма функционирует не как замкнутое пространство, внутри которого остается судья, а скорее как ствол дерева, от которого растут ветви; как основное направление, а не стартовая предпосылка; не как негнущаяся железная броня, сдерживающая и даже не допускающая рост, а как скелет, поддерживающий и обуславливающий рост, и даже способствующий ему».<sup>8</sup>

Ллевеллин выделял три группы факторов, влияющих на разрешение дела в суде: 1) факторы, которые отличают одного человека, участвующего в судебном процессе, от другого; 2) факторы, характеризующие человеческие и профессиональные черты судьи; 3) факторы, связанные с тем, что все судьи руководствуются уже сложившимися правовыми традициями и условиями настоящего времени. Именно две последние группы факторов обеспечивают необходимую степень предсказуемости судебных решений. Проследив то, как они действуют, можно оценить нормы и разделить их на две группы: хорошо сформулированные и плохо сформулированные. Первую группу, в свою очередь, можно разделить на две подгруппы: нормы, ясные по смыслу и в применении, одинаково применяемые к любому участнику при рассмотрении дел в суде, и нормы, по-разному применяемые к разным участникам судебных процессов. И только в первом случае мы имеем дело с реальными нормами, одинаковыми для всех, справедливыми и абстрагирующимися от личности. Именно в условиях их существования и действия граждане будут с большим доверием относиться к праву, ценить его. Задача юриспруденции состоит в том, чтобы создавать подобные нормы.

**Социология прецедентного права.** Свои лейпцигские лекции 1931–1932 гг. Ллевеллин посвятил социологии права. В них отразился его интерес к европейской правовой мысли. На основе этих лекций была подготовлена книга «Право, жизнь права и общество», опубликованная на немецком языке только в 1977 г. Декан юридического факультета Чикагского университета Герхард Каспер писал, что эта «книга, не претендуя на систематизацию, является, возможно, самым обстоятельным изложением раннего социологического подхода Ллевеллина. Он тщательно описывает свою позицию, сравнивая и противопоставляя ее позиции Евгения Эрлиха и особенно Макса Вебера, которого он называет великим специалистом. По его словам, его интересует поведение должностных лиц во время разрешения споров, возникающих из-за действий непрофессионалов, главным образом не в нормативно-правовых аспектах... Помимо методологических вопросов он рассматривает общие отношения между порядком и обществом, свободой и нормами права, целым и его частями, иллюстрирует многие свои мысли необыкновенно живой, богатой и эрудированной дискуссией об институте брака в современном мире».<sup>9</sup>

В другой своей работе Ллевеллин говорил о социальной преднауге права, еще не ставшей наукой, которая изучает, как институт права

<sup>8</sup> Llewellyn K. The Case Law System in America. P. 78–79.

<sup>9</sup> Casper G. Law, the Life of the Law, and Society: A Posthumous Book by Karl Llewellyn. Chicago, 1978. P. 77–78.

функционирует, что он берет от общества и что дает обществу, частью которого является. В центре исследования здесь находятся условия, при которых нормы работают и которым они подчиняются.<sup>10</sup> В отличие от американского социолога права русского происхождения Н. С. Тимашева, Ллевеллин считал, что социология права должна стоять не между такими полюсами, как власть и этика, а между шестью полюсами: Сила, Справедливость, Мастерство, Нормы, Результаты и Правовое государство.<sup>11</sup>

Ллевеллин довольно глубоко исследовал правовую систему США, уделяя особое внимание судебной практике и прежде всего работе апелляционных судов. Свои социолого-правовые взгляды он подробно изложил в работе «Система прецедентного права в Америке», о которой он сам говорил как о «единственном в своем роде исследовании того, как на самом деле срабатывает американская система прецедента в апелляционных судах».<sup>12</sup> «Это попытка проникнуть в социальную психологию судебного процесса более системно, чем это сделано в статьях Кардозо и других уже имеющихся работах»;<sup>13</sup> «это исследование, которое никогда последовательно не проводилось, — исследование по социологии прецедентного права».<sup>14</sup>

Центральная идея «Системы прецедентного права в Америке» состоит в том, что американская система прецедентного права, с одной стороны, дает судьям относительную свободу действий (большую, чем предполагалось), с другой — накладывает ограничения (отличающиеся от того, как их представляли).

Анализ этой относительной свободы действий базируется на концепции правовых норм и прецедента. Ллевеллин утверждал, что суды не просто «применяют» правовые нормы, а либо расширяют, либо сужают их. Доктрина прецедента двойственна сама по себе и включает в себя как методику для сужения нежелательного прецедента, так и для расширения желательного. Для Ллевеллина правильны обе эти противоречивые методики, и их сосуществование необходимо для жизни системы прецедентного права. Более того, свобода действий суда состоит не только в возможности различного толкования правовых норм, но и в возможности толковать факты. Таким образом, Ллевеллин подрывал общее понимание того, что ограничивает действия судьи (традиционно это правовые нормы, прецеденты), что делает судебное решение предсказуемым и придает авторитет судебному процессу.

То, что Ллевеллин ставил в центр внимания противоречия, двойственность и свободу в применении закона, означает, что он предвидел некоторые центральные элементы современного критического направления, где постоянно отмечается противоречивость и неопределенность права. Но для Ллевеллина важно не просто раскрыть неопределенность права, а понять, как в прецедентном праве достигается оптимальная степень предсказуемости. Постоянное упоминание им «правовой определенности» во второй части книги является оригинальной и смелой попыткой оправдать прецедентное право и право в целом, достоинства которых он, как казалось, подорвал своими предыдущими высказываниями. В этом

<sup>10</sup> *Llewellyn K. My Philosophy of Law.* P. 195.

<sup>11</sup> *Ibid.* P. 197.

<sup>12</sup> *Letter from Karl Llewellyn to Henry S. Haskell (Dec. 29, 1932) // Karl Llewellyn Papers, University of Chicago.*

<sup>13</sup> *Letter from Karl Llewellyn to Katharine Jocher (Jan. 11, 1933) // Ibid.*

<sup>14</sup> *Letter from Karl Llewellyn to Walter R. Sharp (Mar. 7, 1930) // Ibid.*

главное отличие Ллевеллина от других известных реалистов, например от Джерома Фрэнка, которого он всегда критиковал за его «преувеличение» неопределенности права.

Ллевеллин выделял три момента, поддерживающих «правовую определенность»: 1) методы работы судей и адвокатов, мастерство и чутье адвоката — мощный источник определенности в праве; 2) скорее факты, имеющиеся в деле, а не правовые нормы ведут к принятию решения, именно из фактов возникает «чувство справедливости в конкретном деле». Давление фактов — это то, что заставляет разных судей, несмотря на расхождения в их анализе, приходиться к одному результату; 3) «Правовые нормы обеспечивают уверенность в делах людей, чьи интересы затрагивает право, в том случае, если результат судебного разбирательства соответствует жизненным нормам». Таким образом, утверждал Ллевеллин, для достижения желанной правовой определенности непрофессионалу (если это не юрист) требуется постоянное изменение правовых норм, необходимо, чтобы они шли в ногу с меняющимися социальными условиями.

Предсказуемость, которую Ллевеллин видел в праве, появляется не благодаря подчиненности судей прецедентам и нормам права, а благодаря рабочей методике, фактам дела и «жизненным нормам» («нормам реальной жизни»). Утверждение необходимости обучать юристов рабочим методикам — одно из главных достоинств теории Ллевеллина. По его словам, в центре внимания должна быть «практика, а не норма права; способ действия, а не словесная формула». <sup>15</sup> Обучение рабочим методикам «позволит решить поистине новую задачу — уверенно и мастерски принять такое решение, которое находится в гармонии с решениями других юристов, основанными на правовых нормах. Юрист должен научиться извлекать из правовой нормы общую идею таким образом, чтобы связать решение нового дела с сутью и духом существующего права. Судья, как член общества, имеющий правовую подготовку, — это гарант преемственности правовых норм и предсказуемости в процессе принятия решения». <sup>16</sup>

Ллевеллин не возвышал интуицию судьи и не преувеличивал значимость его личности в правовой деятельности. Не отрицая роли творческой личности судьи, он настаивает на скромности, самоанализе и готовности следовать традициям общества: «Из профессиональной подготовки судей вытекают их методы работы; из их чувства долга — преемственность права; из осознанного ощущения власти вытекает ответственность и постоянное недоверие к собственным предвзвешиваниям, из их интуиции и понимания вытекают те маленькие, фундаментально важные шаги вперед, которые делают судей сторонниками Права и Жизни». <sup>17</sup>

При этом Ллевеллин упоминал о «чувстве справедливости» судьи. Время от времени в своей книге автор высказывал мысль, что результат будет справедливым, если судья «позволит фактам руководить своим решением», и если «он восприимчив к новым фактическим ситуациям». Говоря, что правовая определенность для непрофессионала требует соответствия правовых норм и норм реальной жизни, он был близок к утверждению, что «справедливая» правовая норма — это та, которая соответствует норме реальной жизни.

Однако ни особое отношение к фактам, ни ориентация на нормы реальной жизни не являются достаточными критериями справедливости,

<sup>15</sup> *Llewellyn K. The Case Law System in America. P. 76–77.*

<sup>16</sup> *Ibid. P. 76–77.*

<sup>17</sup> *Ibid. P. 94–95.*

так как, во-первых, нормы реальной жизни часто противоречивы (возможно, в своих выводах об однородности норм и традиций Ллевеллин опирался на коммерческое право, на которое часто ссылался), что приводит к необходимости поиска судьями других источников формирования оптимальных правовых норм, а во-вторых, нормы реальной жизни сами могут восприниматься правовыми нормами, являясь иногда несправедливыми. Однако сущее не может всегда определять должное и необходимое для права.

Хотя взгляды Ллевеллина считали важными и новаторскими, они в то же время вызывали критику. Противники теории Ллевеллина утверждали, что его правовой реализм трудно применять на практике. При системе юриспруденции Ллевеллина, говорили они, юрист окажется в смешном положении, будучи вынужденным рассматривать дело так, чтобы изучить каждый возможный фактор, который мог бы повлиять на его исход. Вероятно, лучше понять Ллевеллина и его вклад в правовую науку поможет тот факт, что он попытался назвать необходимые предпосылки правильного судебного решения: ясное понимание реальных фактов и современных норм, которых придерживаются люди. Представляется, что Ллевеллин подошел к истине ближе, чем многие из его последователей, которые развивали поднятые им проблемы, часто придерживаясь радикальных взглядов (например, либо пытаясь чрезмерно ограничить свободу судебного усмотрения рамками правовых норм, либо, наоборот, безгранично расширить ее, обесценивая правовые нормы).

Ллевеллин попытался найти золотую середину, спокойно принимая как свободу судебного усмотрения, так и ее ограничения, когда правильно поняты нормы и прецеденты, определяют направление правовой деятельности. Ограничения накладываются на судей профессиональной этикой и правилами (обязанность следовать определенным процедурам, применять определенные методы толкования права, выносить хорошо обдуманное решение; обязанность быть принципиальным, видеть происходящее глазами других людей, стремиться к справедливости как главному идеалу). Таким образом, само звание «судья» налагает определенные обязанности. Другое ограничение состоит в том, что судьи подчиняются главному направлению развития права в данный период: их действия обычно контролируются другими судьями в иерархии; они зависят от того, как другие выполняют их распоряжения; судьи знают, что для обеспечения эффективности своих решений они должны в конечном итоге получить общественное одобрение своих действий. А тот факт, что при этом судьи имеют достаточно широкую свободу, может у хорошего судьи вызвать чувство ответственности, смирения, что само по себе является и ограничением, и гарантией благоразумного распоряжения своей властью. При этом профессионализм судьи состоит в способности убеждения людей и в искусстве показать, что он принимает решение не просто потому, что такова его воля, а потому что оно достаточно обоснованно.

Несмотря на недостатки и спорные моменты, имеющиеся в правовой теории Ллевеллина (как, впрочем, и в любой теории), в ней чувствуются стремление честно показать правовой мир и вера в право, правосудие, правовое учение. Утверждая, что американское прецедентное право сохраняет предсказуемость и определенность, несмотря на мнение правовых реалистов, Ллевеллин показывал, что право способно выжить. Утверждая, что рабочие методики являются источником предсказуемости правовой системы, он обнаруживает мораль в повседневной работе юриста. Гордясь своей профессией, Ллевеллин выражал надежду, что правовое учение

может приблизить нас к «осознанию целей права вообще и его полезности для общества».

В советской научной и учебной литературе правовая теория Ллевеллина подвергалась слишком агрессивной атаке со стороны авторов, обвинявших его в пренебрежении законом, правовом нигилизме, отрицании нормативного характера права и, как следствие, — принципа законности (В. А. Туманов, О. Э. Лейст и Л. С. Мамут, В. Д. Зорькин).<sup>18</sup> Однако эти выводы основывались на утверждении Ллевеллина, данном в его ранней работе («Куст ежевики»): право — это то, что создают судьи, шерифы, клерки, тюремные служащие, адвокаты. Но это заявление далеко не является исчерпывающим определением права, предложенным Ллевеллином.

Ллевеллин находился под влиянием многих сторонников социологической юриспруденции. Можно согласиться с Жаном Карбонье в том, что в его работах чувствуется влияние правовых взглядов Р. Паунда, «особенно идеи социального контроля с акцентом на интегративную функцию права. Далее — это влияние М. Вебера и его тезиса об особой роли «правового персонала». Следует также упомянуть Эрлиха (идея живого права, спонтанно складывающегося в обществе) и, возможно, даже М. Ориу и его институционализм». <sup>19</sup> Кроме того, существует непосредственная связь теории Ллевеллина с представлениями о праве Д. Холмса. Нельзя утверждать, что для Ллевеллина право представляло собой лишь «решения, принятые в каждом отдельном случае, ряд судебных решений». <sup>20</sup> Для него право — более широкое понятие, это не только комплекс правовых норм, закрепляющих принципы и концепции, но и процессуальные нормы, дающие жизнь предыдущим нормам; методики толкования; «техника прецедента»; идеология и идеалы; а также люди, прежде всего представители юридической профессии. Более узкое определение права, как верно заметил Синха Сурия Пракаш, «не в состоянии дать адекватное представление о праве как установленном инструменте движения к идеалу». <sup>21</sup> Особенность теории права Ллевеллина как раз в том, что, не отрицая значимости правовых норм, он сделал акцент на их применении, составляющем результат взаимодействия многих элементов (в том числе права и судебной практики). А главную задачу юриспруденции Ллевеллин видел не просто в рассмотрении способов принятия решений по правовым спорам, а в создании эффективных, справедливых, одинаковых для всех, абстрагированных от личности норм как одного из элементов права. При этом важное значение имеет обучение методике правовой деятельности, в основе которой должны быть представления о сути права, о его духе, его направленности, а также стремление обеспечить соответствие права новым условиям жизни общества с сохранением сложившихся традиций (насколько это возможно).

Ставя в центр внимания факты общественной жизни, а не нормы права, Ллевеллин в то же время осуждал пренебрежительное отношение

<sup>18</sup> Туманов В. А. Критика современной буржуазной теории права. М., 1957. С. 30–31; *История политических учений* / под ред. К. А. Мокичева. М., 1972. С. 278–279; *История политических и правовых учений* / под ред. В. С. Нерсесянца. М., 1983. С. 614.

<sup>19</sup> Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 122.

<sup>20</sup> *История политических учений* / под ред. С. Ф. Кечекьяна, Г. И. Федькина. М., 1960. С. 859.

<sup>21</sup> Синха С. П. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс / пер. с англ. М.; Budapest, 1996. С. 208.

к этим нормам. Он высоко оценивал предсказуемость правовой деятельности, определенность права, стремился показать ценность права в реальной судебной практике, рассматривая его не как принудительную силу, которой должен слепо подчиняться правоприменитель, а как созидающее социальное явление, направляющее действия и действующее под влиянием различных факторов (условий жизни, фактов судебного дела, традиций правоприменения, чувства справедливости судей и т. д.). Это отнюдь не означает, что «правовые аргументы судей подбираются к уже заранее принятым решениям».<sup>22</sup> Для квалифицированного юриста недостаточно просто знать нормы права. Только поняв, как происходит движение мысли судьи при рассмотрении дела, каким образом он приходит к тем или иным выводам, можно с практически абсолютной точностью предсказать результат действия права.

<sup>22</sup> Туманов В. А. Критика современной буржуазной теории права. С. 30.

## ИЗВЛЕЧЕНИЯ ИЗ ТРУДОВ К. Н. ЛЛЕВЕЛЛИНА\*

### НЕМНОГО РЕАЛИЗМА О РЕАЛИЗМЕ<sup>1</sup>

#### ***Реальные реалисты***

Какова же характеристика этих возмутителей спокойствия? Ясно одно. Школы реалистов не существует. Вряд ли она появится и в будущем. Не существует группы с официальным, общепринятым или даже с понятным убеждением. Никто не отрицает их независимые открытия. Надеемся, что никогда и не будет. Новички приобретают новые орудия и стимулы, а не идеи. Старые специалисты расходятся в интересах. Они схожи (по словам Фрэнка) только в своем отрицании, своем скептицизме, своей любознательности.

Однако в праве существует движение в мысли и действии. Движение, метод наступления шире, чем количество его сторонников. Оно включает действия многих людей, которые никогда бы не признали себя его сторонниками. Так сказать, индивидуалистов. Стимулы людей более или менее взаимосвязаны либо общепринятыми традициями, либо теми волнениями в начале века, в которых ведущую роль сыграл декан Паунд. Индивидуалисты размышляют о праве и его месте в обществе. Они сильно различаются во взглядах, интересах, областях деятельности. Они отличаются друг от друга почти так же сильно, как любой из них отличается, например, от Лэнгделла. Их ряды растут. Их деятельность находит признание.

Впечатление от их работы неоднозначно. Во-первых (чего и следовало ожидать), определенные отправные точки у каждого из них совпадают.

\* Пер. с англ. Г. Э. Адыгезаловой.

© Г. Э. Адыгезалова (перевод), 2009

<sup>1</sup> *Llewellyn K. Some Realism About Realism // 44 Harvard Law Review. 1931. P. 1233-1241.*

Во-вторых (и это особенно поражает, так как не существует ни школы, ни явной общности индивидуалистов), их разные выводы объединяют и взаимодополняют друг друга, словно их направляет одна невидимая рука. Можно упомянуть и третье: энергичную веру в свои методы разрешения правовых проблем; но в последние несколько лет, когда боевая вера проявляла себя (до весеннего наступления в 1931 г. на реалистов) в успешном труде, борьба реалистов с фактами оказалась намного более захватывающей, чем традиционализм.

Но в том, что касается описания экономического строя, тон и манера описания должны отличаться от официальной точки зрения. Никто другой не может увидеть картину моими глазами. Такое описание должно быть индивидуальным. Каждый человек при необходимости ориентирует целое к собственным сиюминутным интересам — как я ориентирую целое к своим: рассмотрение судебных дел в апелляционной инстанции. Карты Соединенных Штатов, составленные политиком-географом и синоптиком, были бы немного похожи, но ни одна из карт не удовлетворила бы другого. Так же и здесь. Я говорю о себе в этом движении, которое в сущности и есть реализм; я не говорю о «реалистах»; еще меньше я говорю за любого из них. И я попытаюсь не забыть, что объяснением того, что эти люди объединились, является не тот факт, что их убеждения и деятельность похожи, а то, что, имея общие отправные точки, их деятельность сливается в единое целое, никем не запланированное, никем не предвиденное и, возможно, никем адекватно не осознанное.

Общих отправных точек несколько:

1. Концепция права в развитии, в движении и в судебном правоприменении.

2. Концепция права не как самоцели, а как средства для достижения социальных целей, так что каждая его часть нуждается в постоянном рассмотрении относительно цели и последствий и во взаимосвязи этих частей.

3. Концепция общества в развитии, и это развитие происходит быстрее, чем развитие права, так что всегда существует вероятность, что какая-то часть права нуждается в пересмотре для определения того, насколько она соответствует состоянию общества, которому право призвано служить.

4. Временный разрыв между тем, что есть, и тем, что должно быть, с целью изучения. Под этим я подразумеваю следующее: несмотря на то что всегда следует ссылаться на ценные судебные решения как на цель исследования, во время самого исследования «того, что есть» наблюдения, описания и установления связи между описанными явлениями ни в коей мере не должны зависеть от желаний наблюдателя или от его взгляда на то, как все должно быть с этической точки зрения. В частности, это касается изучения того, как суды пытаются игнорировать вопросы, подлежащие рассмотрению. Такое разделение «того, что есть» и «того, что должно быть» не планируется на постоянной основе. Для тех, кто с самого начала полагает, что нужны изменения, постоянное разделение было бы невозможным. Дело просто в том, что невозможно принять никакого разумного решения о том, что должно быть сделано в будущем с какой-то частью права, без объективного знания современного состояния этой части. И реалисты полагают, как показывает опыт, что элементы «того, что должно быть» вторгаются в исследование фактов, что делает очень трудным понимание того, что происходит. В данном случае это означает, что упорно высказываются оценки происходящего вместо констатации фактов. Полностью значение

исследований «того, что есть» можно оценить, поняв вклад в объективные описания в торговом праве и процессуальном праве, сделанный реалистами, чья социальная философия отвергает многие общепринятые основы существующего экономического строя.

5. Недоверие к традиционным правовым нормам и понятиям, которые якобы отражают то, что реально делают суды или люди. Отсюда постоянный акцент на «обобщенные прогнозы возможных действий суда». Это гораздо более распространено, чем сходное понятие: тщательное разделение норм для действия (предписаний) и норм действия (применяющихся).

6. Наряду с этим недоверием к традиционным нормам, существует недоверие к теории, согласно которой традиционные предписывающие нормативные формулировки являются реально действующим фактором при вынесении судебных решений. Это включает экспериментальное изучение теории рационализации в поисках света, который она может пролить на изучение мнений судей. Следует заметить, что недоверие в этом и предыдущем пункте в любом случае не эквивалентно отрицанию.

7. Уверенность в целесообразности группировать судебные дела и правовые ситуации в более узкие категории, чем практиковалось ранее. Это связано с недоверием к простым словесным нормам, которые часто прикрывают непохожие и непростые фактические ситуации (некоторое несходство проявляется в том, как заканчиваются судебные дела, по сравнению с тем, как они должны завершиться по мнению наблюдателей; но реалист пытается ясно указать, какой критерий он применяет в каждом конкретном случае).

8. Настойчивое требование оценки последствий каждой части права и настойчивое требование целесообразности выявления этих последствий.

9. Настойчивое требование *непрерывной и программной атаки* на правовые проблемы по всем направлениям. Ни одна из идей, изложенных в этом списке, не является новой. Каждая была упомянута где-то, в том числе в последних работах по праву. То и дело появляются иные повороты и комбинации. Новым и жизненно важным является возможность для многих людей подхватить идеи, выдвинутые и забытые, использованные в течение короткого времени и забытые, возможность подхватить эти идеи и начать *последовательно, настойчиво и упорно осуществлять их...*

1-й, 2-й, 3-й и 5-й из вышеперечисленных пунктов, являясь общими для представителей новейшего движения, не составляют их специфику. Но остальные пункты (4, 6, 7, 8 и 9) я считаю характерными признаками движения. Люди и работы, отвечающие этим характеристикам, для меня «реалистичны», как бы их ни называли иначе. Не все работы, на которые я сошлусь ниже, отвечают моему собственному определению по всем пунктам. Но все они соответствуют большинству пунктов.

А. Раннее и плодотворное направление атаки заимствовало из психологии уже упомянутое понятие *рационализации*. Новый взгляд на мнения, рассматривающий их уже не как отражение судебного процесса, а скорее как аргументы юристов, озвученные судьями (после принятия решения) с целью заставить решение казаться правдоподобным, юридически правильным и корректным, по сути, юридически неизбежным, — раскрыл бы новое видение. Предполагалось, что дедуктивная логика судебных решений ни в коей мере не нуждается ни в *описании* процесса принятия решения, ни в *объяснении* того, как было принято решение. В действительности чрезмерный энтузиазм иногда приводил к тому, что логика судебного мнения *могла бы не требовать ни того, ни другого*; и подобный

сверхэнтузиазм при рассмотрении одного дела за другим приводил к тому, что при принятии решения другие судебные решения были бесполезны в качестве предсказания исхода дела.

Но рационализации исследования удалось продемонстрировать, что в любом сомнительном с точки зрения респектабельности процесса деле есть по меньшей мере две описательные части в исковом заявлении, вполне законные и безупречные согласно традиционной юридической технике, взаимно противоречащие применительно к данному делу. Это вызывает вопрос, что же заставило суд выбрать одну из них. А также появляются большие сомнения в том, как далеко заходит предполагаемая определенность верности предполагаемого решения, на которое главным образом влияет наличие признанных норм.

Б. Второе направление атаки — различие норм по их значимости. Слишком много сказано и написано о «праве» и «правовых нормах», что приводит к смешению понятий. Что такое часть права? Что такое правовая норма? Железные нормы политики и нормы при «отсутствии согласия»; нормы, по которым присяжные не могут рассматривать дело, и нормы этикета при инструктаже, необходимом, чтобы вердикт присяжных был весомым; нормы «чистого решения» для врачебных дел и нормы, на которые опираются адвокаты в своих рекомендациях; нормы, затрагивающие многих (кого именно и как?), и нормы, затрагивающие немногих. Такие различия влияют на традиционное содержание учебников по праву и прежде всего на ориентацию обучения: познавать важнейшие сферы непознанного.

В. Еще одно направление атаки на явные противоречия и неопределенность в решениях апелляционных судов — поиск более четких формулировок в решениях путем группировки фактов в новые (и, как правило, узкие, хоть и не всегда) категории. Необходим поиск взаимосвязи фактической ситуации и ее последствий, которые могут открыться (при помощи здравого смысла) после того, как суд берется за одну из двух конкурирующих частей искового заявления. В ходе судебного процесса можно даже наткнуться на причину выбора, сделанного судом. ...Если так, то нормы, рассматриваемые как то, что определяет поведение суда, как предсказания того, что произойдет, нуждаются в пересмотре. Иногда этот вопрос формулирования связан с ранее не замеченными исключениями. Но иногда результаты заставляют изменить классификацию всего раздела. Как было установлено, обычно круг ситуаций, появляющихся в результате, намного уже, чем традиционный круг. Судопроизводство, по сути, — это общепринятые способы нахождения различий и их переформулирования, но применяемые систематически; методично и осознанно применяемые, а не откладываемые до тех пор, пока факты, не поддающиеся искажению путем разных интерпретаций, не начнут форсировать события. Отход от общепринятого порядка заключается главным образом в недоверии к широким обобщениям, а не в их поиске. Такие широкие обобщения были бы желательны только в том случае, если бы они точно определяли, что судьи делают и что они должны делать.

Все эти три направления атаки сводятся к единому заключению: *возможность точного предсказания действий суда гораздо меньше, чем заставляют нас предполагать традиционные правовые нормы (и эта возможность в нормальной степени должна быть обнаружена за пределами этих самых традиционных норм).*

## МОЯ ФИЛОСОФИЯ ПРАВА<sup>2</sup>

Было время, когда право находилось в сфере интересов философов и считалось частью философии. Затем им заинтересовались социологи. Для правоведа право — ремесло и профессия; для них право — это также свод законов и норм; они редко задумывались о связи между этими аспектами. Государственные деятели знали право как один из ключевых аспектов жизни общества, как руководство, инструмент, ограниченное обязательство, — но редко ломали голову над тем, как это все соотносится. На самом деле право — это все здесь упомянутое и еще больше; и большая часть споров среди правоведов во многом теряет смысл, если разные грани права, особенно дорогие участникам спора, сводятся к праву в целом. Это целое справедливо считается действующим и необходимым институтом общества. Естественно, что действующий институт никогда не включает в себя только нормы или только идеалы. Нормы могут составлять лишь одну из частей права. Что касается нашего собственного права, в этот институт в качестве одной из частей входит огромный и чрезвычайно важный свод законов, сгруппированных (и довольно широко) по концепциям и принципам. И действительно, помимо этих норм и принципов собственно «права» существуют другие нормы и концепции: сформированные техники «прецедента», «толкования» и т. п., дающие возможность манипулировать первыми нормами и концепциями. Но прежде всего действующий институт нашего права содержит идеологию и всеобъемлющие, мощные идеалы, о которых мало говорят, но всегда подразумевают, и которые почти не упоминаются в книгах. Он также содержит множество процессуальных норм, иногда изменчивых, иногда жестких, без которых нормы не имели бы жизни. В него *входит* также множество людей, действующая интегрирующая сила, это не просто люди, подчиненные некому понятию «право». Чтобы понять это, нужно видеть этих людей не только действующими и выносящими постановления, раздраженными и деспотичными, но необходимо понять, что они действуют в определенном направлении и ведомы определенными идеями и идеалами. Это люди права, правоведа. В этом их отличительный признак.

Расширение области юриспруденции подобным образом и выведение ее за рамки законов, обязательств и норм казалось несколько тупиковым. Выведение норм права из центра внимания казалось некоторым опасным капризом. Моя позиция такова: подобное расширение и выведение — это здравый путь для выхода из прежней неразберихи, уход от недоумения и замешательства к осознанной простоте, движение через преодоление опасностей от прежнего неадекватного управления и псевдоуверенности к более серьезным, ясным и эффективным способам управления и к подлинной уверенности. Более широкий взгляд на нормы и их окружение уступает место нормам более эффективным и более справедливым. Это далее ведет к освещению более совершенных правовых норм, к которым право не сводится, но которые являются одной из важных и характерных частей этого целого. Этот взгляд настаивает на необходимости видеть завтрашнего человека, которому нужны такие нормы.

Начнем с того, что понимание права как действующего института ориентирует на два жизненно важных момента, освежающих взгляд и позволяющих проверить, что мы можем увидеть. Потому что, во-первых,

<sup>2</sup> *Llewellyn K. My Philosophy of Law / ed. by A. Kocourek. Boston, 1941. P. 183–197.*

действующий институт осуществляет определенную деятельность, и его функция — следить, чтобы она осуществлялась хорошо и эффективно. Это дает цель и критерий ценности. А во-вторых, действующий институт добивается каких-то результатов своей работы и должен проверяться ими, эти результаты можно исследовать. Критерием оценки института являются фактические результаты его действия, в смысле действительного его действия.

Работа, на которой сосредоточено право, на самом деле осуществляется не только с помощью права, и иначе не может быть. Это специфическая юридическая деятельность, которая представляет собой совершенный механизм, здравый и часто критичный к своим сбоям; это сфера действия и мышления, где обращают внимание на конфликты и необходимые поправки с надеждой на лучшее разрешение проблем.

Существует пять направлений юридической деятельности, по которым полезно сгруппировать правовые явления для их изучения:

1. Устранение нарушений: правонарушения, жалобы, споры. Это забота всего общества, которая влияет (как показывает прецедентное право) на изменение законов этого общества.

2. Превентивное направление поведения и ожиданий с целью избежать нарушений и, наряду с этим, эффективная переориентация поведения и ожиданий. Это означает не просто, к примеру, обновление законодательства, но и определение его новых задач и целей.

3. Назначение властных органов и классификация осуществляемых ими действий. Это касается и конституции, и многого другого.

4. Позитивная сторона правовой деятельности, рассматриваемая не в деталях, а как вся сеть: организация общества в целом для обеспечения интеграции, управления и побуждения.

5. Коротко говоря — «юридический метод», суммирующий задачу такой трактовки правовых средств, инструментов и специалистов, чтобы позволить этим средствам, инструментам и специалистам выполнять свою работу, и выполнять ее все лучше и лучше, пока она не станет источником появления новых возможностей и достижений.

При осуществлении каждого из этих направлений юридической деятельности реально видна возможность поддерживать сплоченность и жизнеспособность общества (как и любой группы). Вдобавок, есть еще две вероятные возможности. Первая касается эффективности управления, вторая — реализации стремлений человека.

Вокруг этих вопросов (которые характерны для каждой группы, и большой и малой) развивается какая-то деятельность. Когда эта деятельность становится внятной и узнаваемой, содержание права, таким образом, становится достойным соблюдения. Когда правоведа специализируются в такой деятельности, они получают признание, если действуют регулярно и достигают ощутимых, ясно выраженных результатов. Неблагоразумно видеть сущность права только в процессуальных нормах и стандартах, или только в людях. Действующий институт понимает все это как единое целое. «Предписание» и «принцип», например, чтобы быть частью правовой системы, должны действовать в ней, а это возможно только через людей и их мышление. Процессуальные нормы, опять-таки, являются костяком правовой системы. И все же они не часть права, если их постоянно не сравнивают с общепринятыми нормами и идеалами. Люди являются жизненной силой правовой системы, сохраняя ее в рамках существующих и формирующихся традиций, что, в свою очередь, формирует людей.

Из сочетания деятельности и людей возникает правовое ремесло и его ремесленники. Адвокатура, юрисконсульство, отправление правосудия,

законотворчество, управление — главные составляющие правового ремесла. В настоящий момент обновленное обучение этим ремеслам и методике их лучшего применения — одна из важнейших потребностей юриспруденции. От сохранения традиций профессии, тонкости ее мастерства зависит ее процветание. Мы слишком долго не обращали внимание на детали лучших традиций, многие так и не узнали их, а те, кто узнали и поняли их по-настоящему, сильно опоздали.

Среди всего прочего только ясная перспектива развития ремесла и понимание его задач ведет к ясному видению разнородной природы самих правовых норм. Нормы — это средства, основанные на идеалах, практике, стандартах; меры, изложенные в устной форме, авторитарной форме с острыми последствиями. По прошествии времени они придают коммуникации огромную силу, твердость и гибкость одновременно. Они являются практически обязательным условием нормализации любой правовой работы в любом месте и в любое время. Они у всех на виду, они легко накапливаются, их удобно собрать воедино, они так легко поддаются осмыслению и исследованию, что привлекли к себе внимание правоведов, как будто нормы могут существовать сами по себе. Первое зло заключается в том, что им приписывают получение результатов, например от судебных решений, которые фактически основаны на судебных традициях. Не последняя из этих традиций — достижение идеала справедливости, идеала, оснащенного целым набором двойственных методов трактовки норм с целью вывести их из сферы действия правосудия. В этом случае результат только иногда опирается на нормы, логически он основывается на традиции. Явным примером является «правильность» (и по догме, и по смыслу) сокращения сферы действия глупого закона путем трактовки его как «уменьшающего права» и расширения действия мудрого, но плохо составленного закона, путем трактовки его как «излечивающего». Вежливое согласие, что результаты в обоих случаях опираются на одно правило, приводит только к противоречивой вере в правильность такого метода толкования закона, что влияет и на другие дела, где правильное по сути, но не столь ясное решение может привести к беде. То же самое относится и к многообразным и несовместимым «правильным» доктринам обращения с прецедентом, принципом или стандартом. Но давайте рассмотрим эту ситуацию как проблему действующего института, и сразу будет понятно, что умение осуществлять правосудие необходимо изучать. Возникает вопрос, связанный с направлением: во-первых, когда же суд будет применять какую-то определенную, наиболее предпочтительную из этих правильных техник, и, во-вторых, когда он должен это сделать?

Разница между тем, когда он это сделает и когда должен сделать, — это разница между нормами для юрисконсультов и нормами для судей. Главная задача юрисконсульта — точное предсказание, а судьи — руководство принятием решения. Хорошо составленная норма действительно может при определенных условиях решить обе задачи одновременно. Во-первых, если судьи проигнорируют свой долг служить справедливости, точная формулировка из судебной практики может показать им, какое решение принять. Но судьи не будут постоянно игнорировать справедливость, даже если общепринятая юридическая теория говорит об обратном, как уже было когда-то. Во-вторых, если есть ясная, мудрая, легко применимая норма, юрисконсульт может довольно точно предсказать, чего будет придерживаться суд. Но большинство наших норм или не так ясны и мудры, или не очень применимы.

Несоответствие в предсказании между «нормами права» для юрисконсультов и должными нормами права для судей является продуктом

системы казуального права, запутанной упорной верой в то, что так же, как поступил один суд, должны поступать другие суды (независимо от мотивов). Важно, что некоторые авторы были удовлетворены таким прямым подходом («как поступит суд») к статутному праву, и что никто из американских авторов не удовлетворен таким прямым подходом («как поступит должностное лицо») к людям, в чьи действия не может проникнуть общепринятая судебная традиция поиска справедливости. Тем не менее понимать профессиональное разделение между юрисконсультом и судьей — значит понимать задачу первого — дать объективное предсказание, и задачу второго — выяснить путь принятия решения. И опять-таки, понимание глубины этого разделения должно сегодня вызывать удивление по многим пунктам и должно привести к осознанию того, что при наличии справедливой нормы это расхождение исчезнет. Потому что, как уже было сказано, если норма ясна и мудра и легко применима, судья не только может ей последовать, но можно предсказать, что он сделает это. Это пример простого, возникающего из первоначально кажущегося сложным, как когда мы начинаем сравнивать традиционную «простую» доктрину с действующим институтом. Различные аспекты этого института сначала навязывают дифференциацию, как, например, между предсказуемыми и должными нормами. Они заставляют изучать природу и необходимость каждой из них в отдельности, и какое-то время все это кажется сложным. Но из такого анализа вытекает новое и более ясное понимание общей картины: понимание того, что данная норма может одновременно решать две задачи, и того, каковы элементы такой правильной нормы, порождает в нас уверенность, что норма, не решающая обе задачи одновременно, не может быть правильной.

Несомненно, более полезно делать акцент на природе правового ремесла, чем на беспокойной сфере исполнительной власти. Жизнеспособность правовой деятельности заключается не в ее цивилизованности, не в ее регулярной востребованности, не в соблюдении внешних шаблонов, словесных или иных. Ее жизнеспособность заключается в постоянном подчинении здравому и образованному рассудку в пределах, установленных традициями. Рассудок должен быть здоровым, так как он подвергается новым и новым испытаниям по мере развития событий. Ум должен быть образованным, так как наше государственное устройство стало слишком сложным, чтобы одна только «юридическая интуиция» могла справиться с широкими непрямыми контактами нации. Он должен быть таким еще и потому, что только образованный и четко выражающий свои идеи разум практически автоматически способен к самопроверке и постоянному развитию под влиянием меняющихся событий. ...Но рассудок, открытость и уравновешенность так же естественны для квазисполнительных и квазизаконодательных аспектов, как и для квазисудебных. Поняв это, можно вернуться к чисто судебному аспекту правовых (или административных) вопросов, заново осознать, какой вид «политического вторжения» в судебную деятельность означает искусство управления судебной системой государства, а какой — грубое нарушение закона.

Должно быть достаточно ясным, что означает такой подход к юриспруденции, когда акцент делается на действующий институт права, по отношению к юриспруденции как к отрасли знаний в связи с иными отраслями и по отношению к различным отраслям юриспруденции в их связи друг с другом. Социальная преднаука права (еще не ставшая наукой) — это изучение того, как этот институт фактически функционирует, что он берет от общества и что дает обществу, частью которого он является. Одним

из вопросов, которые излагает (или пытается изложить) наука, являются условия, при которых нормы действуют и которым они подчиняются; на таком исследовании должна основываться доктрина, чтобы быть эффективной. Стремление определить здравые цели и в свете этого определить средства их достижения проистекает из важности тех задач, для которых существует институт права. «Прямая» аналитическая работа — обычная составляющая исследования и разработки доктрины; а функциональный анализ придает ей новый объем. В частности, интеграция вида и степени судебной защиты в понятие «субъективное право» (например, специальное против субститутного против полностью непрямого средства судебной защиты) была бы ценна для ясности понимания... Юридические профессии рассматриваются каждая как отдельная, но не изолированная сфера; каждая вырабатывает нормы права и опирается на них; нормы и правовая деятельность рассматриваются юридическим языком и их результаты должны проверяться их применением.

Рассмотрим подход к технической стадии работы с доктриной. Тот, кто сомневается, что любые, а не только благозвучные нормы и принципы могут срабатывать почти мистическим образом среди порядочных людей, должен выяснить, что же помогает срабатывать менее совершенным нормам, понятиям и принципам; они применяются всего лишь людьми, хорошо или плохо образованными, разными способами и в разных областях. Проникновение терминов повседневной жизни в правовую терминологию; поразительное отсутствие фиксированных словесных формулировок в нормах общего права; особенности американского правового мышления, всегда работающего с сутью идеи, забывающего и даже игнорирующего ее детали (а в документе, в статуте важен каждый оттенок значения слов); скрытые методы проведения границы между «областями» права, что уменьшает значение и ограничивает смысл любой нормы-принципа или понятия; неявные, но действенные методы, в которых такие понятия, как «баланс» и «целостность», обязательно входят в каждый последний образец доктрины; неизбежное включение невнятной преамбулы о цели закона при его формировании — этого достаточно для иллюстрации направлений исследования с технической стороны.

Все более и более становится ясно, что целью технического изучения является лучшая норма для решения, что сделает необязательным многие из тщательно разработанных двуликих и семиликих техник, которые сейчас применяются, чтобы выработать в ходе рассмотрения одного дела за другим чувство за пределами беспорядочных норм. Таким образом, цель технического изучения состоит в сокращении собственной сферы действия. <...>

Следующие примеры могут прояснить дело. Погружение в правовую деятельность сначала сталкивает вас с трудной для понимания массой обычаев и характеристик общества. Но вскоре все проясняется и вы начинаете лучше понимать, так как любая группа, будь то семья, корпорация или школа, сталкивается с юридическими профессиями. Таким образом, можно познакомиться с этими профессиями и их значением без сложного аппарата и идеологии государства. Затем приобретают очертания технические методы права, так как их функционирование можно проверить на опыте. Итак, с чисто технической стороны исследование других (кроме норм) аспектов судейского искусства ведет, на первый взгляд, к причудам индивидуальной психологии и безнадежно усложняет дело. Но вскоре появляется по меньшей мере три группы факторов. Во-первых, факторы, отличающие Джонса от Смита — сначала они кажутся главными, но быстро

становятся наименее важной частью проблемы. Во-вторых, группа общечеловеческих и профессиональных особенностей судей, их предсказуемость, опирающаяся на то, что они не только люди, но американцы, и не только американцы, но и американские юристы. И в-третьих, группа факторов, характеризующих их как судей, придерживающихся американских традиций и живущих в настоящее время. Две последние группы факторов при изучении дел и норм дают необходимую возможность более точного предсказания. Понаблюдайте за ними внимательно — и они приведут вас к вопросу, упомянутому выше: какие нормы действуют очень хорошо, а какие — не очень; какие аргументации действуют очень хорошо, иногда настолько хорошо, что вводят судью в заблуждение; и какова реакция на такую аргументацию. Ответы можно разделить на две группы в соответствии с хорошо сформулированными нормами. Но хорошо построенные нормы, в свою очередь, также делятся на два вида: когда норма понятна по смыслу и применению, т. е. она одинаково действует и для Джонса, и для Смита, и когда она может быть по-разному применена к Джонсу и Смицу. И только когда норма относится ко всем одинаково, результаты полностью и справедливо абстрагируются от личности Артура Джонса и Эдварда Смита. Именно тогда гражданин поймет и оценит эти результаты: не слепо примет их на веру с разочарованием в связи с невозможностью разобраться в технике нормы и с цинизмом, а с убеждением, что это его право, а сам он — субъект права.

Я считаю, что юриспруденция может воссоздать это искусство создания подобных норм и распространить его среди правоведов на демократической основе. Это дело может быть долгим, но стоит того, чтобы участвовать в нем. Осуществив его, юриспруденция займет достойное место в мире. Исходя из здравого смысла, социология права — это неперемное условие правовой техники. И здравая социология стоит не между двумя полюсами, властью и этикой (как полагает Тимашев), а между шестью полюсами, которые я называю Сила, Справедливость, Мастерство, Нормы, Результаты и Правовое государство. И такая социология не ограничена правовыми идеями, исходящими от государства.

## ТРАДИЦИЯ ОБЩЕГО ПРАВА — РЕШЕНИЕ ПО АПЕЛЛЯЦИЯМ<sup>3</sup>

### *Общий стиль периода и его обещание*

Существует ряд постоянных факторов в работе апелляционных судов (и в других областях правовой деятельности), на которые, как ни странно, обращают мало внимания. Это широко распространенный по всей стране и в любое время способ поиска работы, общий взгляд, профессиональное ноу-хау, то, к чему правоведы чувствительны и стремятся, общая атмосфера на работе и одобрение результатов. Все это удачно названо словом «стиль» по аналогии с давно известным «стилем» в архитектуре, изобразительном искусстве, мебели, музыке, театральном искусстве. Нетривиальное изменение, но очевидное существование стиля похоже на подвижные, переходящие друг в друга виды экономики (сельскохозяйственная, промышленная) и на спирали или циклы, обнаруженные социологами и историками в истории политики или целых культур.

<sup>3</sup> Llewellyn K. The Common Law Tradition — Deciding Appeals. Boston; Toronto, 1960. P. 35–45.

Например, взгляд и манера Мэнсфилда или Маршалла, Кента, Коуэна, Паркера, Тилмана, Гибсона никоим образом не свойственны только этим гигантам. Их, несомненно, разделяет большинство менее значительных людей их времени. Типичная точка зрения того времени — одобрять прецеденты и считать их очень убедительными, но необходимо проанализировать прецедент, как правило, по трем соображениям, прежде чем его принять. Репутация судьи, выносящего решения, высоко ценится (и это веский довод, чтобы прислушаться к его мудрости). Далее, для проверки прецедента принято опираться на «принцип», в данное время и в этой сфере деятельности это не просто словесный инструмент для приведения норм в порядок, а главное общее правило, имеющее очевидный смысл и понятное предписание. Наконец, рассуждая с точки зрения будущих последствий, это «политика» рассматриваемой нормы, в дальнейшем подвергающейся детальной проверке, как в плане ее разумности, так и в плане ее применения. Цель состоит в постоянном поиске лучших законов, направленных в будущее, но они появляются из того и на основе того, что предлагает прошлое; поиск заключается в постоянном пересмотре и переработке нашего наследия, и это наследие может дать не только уверенность в завтрашнем дне, но и поддержку.

Таков Гранд-стиль общего права. Я говорю о методах мышления и деятельности, а не о письменных документах. Это методы постоянного обновления доктрины, но связь с прошлым слишком сильна, настроения чересчур узкопрофессиональны, нужда в свежей струе слишком велика, так что обновление должно перейти в революцию или, по крайней мере, в серию реформ. Из судей, упомянутых выше, Мэнсфилд и Гибсон выделяются тем, что в своем нетерпении быстро создать новое они иногда отрываются от прошлого, которое входит в дисгармонию с развитием права и правовой деятельности. В таких случаях они значительно отходят от Гранд-стиля. Конечно, всегда будет оппозиция, и некоторые ее доводы будут основаны на фактах и вызовут раздумия; и современная критика и нападки — неотъемлемая часть полемики вокруг права. Хотя Мэнсфилд и Гибсон и были великими судьями, они отличались бесцеремонностью манер и речи, что совсем не свойственно традиционной тактичности Гранд-стиля в его лучших проявлениях. Повторю: под «стилем» понимаются не литературные достоинства и характер работы, а манеры осуществления своей деятельности, мастерство при выполнении служебных обязанностей, функциональное сочетание предвидения и следования традициям, преемственности и движения вперед, средств и целей. Эту характеристику, вероятно, можно выразить громкими напыщенными словами и тяжелым громоздким благозвучием; если так, я готов взвалить на себя эту тяжесть. Стоит заметить (и это, возможно, является доказательством, что этот стиль свойственен человеку и культуре больше, чем мы думаем), что работа в таком Гранд-стиле исторически сводилась к простоте словесных формулировок, предложений и параграфов в сочетании с определенной остротой.

Будет так же очевидно, что, говоря о деятельности начала XIX в. в стране, я имею в виду нечто более великое, глубокое и значительное, чем «созидательный» характер ранней эпохи развития Америки, как говорит Роско Паунд. Другое название, данное им, — «наш классический период» — гораздо ближе к тому, что я имею в виду. Под «созиданием» он понимал эффективную выработку нужной доктрины путем отбора, модификации, изобретательности. Это действительно происходило с 1820 по 1860 г., и Гранд-стиль как нельзя лучше подходил для этой задачи. Более

того, Гранд-стиль всегда лучший, хотя содержание доктрины и может казаться полным в данный момент, а внимания требуют лишь пробелы и слабые места.

В итоге три момента требуют пристального внимания: во-первых, Гранд-стиль — лучшее из всех изобретенных человеком средств для устранения сомнений, неопределенности и противоречий между кажущимся господством властей и осязаемым господством правосудия. Во-вторых, когда окончательный текст закона оказывается сложным, настаивать на том, что приемлемый ответ должен удовлетворять разумности, так же как и языку, — значит не только лишиться возможности отойти от стандарта, но и радикально снизить этим его качество. В-третьих, будущие поиски еще лучших формулировок, что заложено в Гранд-стиле, означают продолжение разработки и улучшения таких норм, которые и внешне имеют смысл, и могут быть поняты и достаточно хорошо применены даже посредственными специалистами. При таких нормах очень разные судьи имеют хороший шанс получить хорошие результаты, так что можно реально достичь давно сформулированной цели — «закон, а не люди». <...>

Формальный стиль представляет для нас особый интерес, так как он показывает нам картину мышления в ходе восьмидесяти — девяноста последних лет, так называемую «общепринятую идеологию». Картина отчетлива и ясна: судебные дела должны решаться с помощью норм права; политика — для законодательной власти, а не для судебных органов, это касается даже изменений в общем праве. Судебные решения выносятся в форме вывода с обязательным выражением единой линии. «Принцип» — это обобщенный порядок, приказ, которого нужно придерживаться, не обращая внимания на «аномальные» судебные дела и неподходящие нормы, а если «принцип» не срабатывает или не имеет смысла — не беда, официально смысл не является заботой суда, придерживающегося формального стиля работы.

Поразительно контрастное толкование Лэнгделла — это американский образец такого набора принципов: без вознаграждения нет обещания правового обязательства; вознаграждение — это ожидаемый ущерб (например, когда дано обещание, это сводит на нет принуждение к исполнению через доверие и все прошлые утверждения); ущерб может исходить только от лица, которому дают обещание (это отменяет принуждение к исполнению выгодоприобретателем); предложение, чтобы быть принятым, требует представления (это противоречит старым разумным «неизвестным вознаграждениям»); принятие должно быть выражено в форме обещания или документа, в виде того самого обещания или того самого акта, которого требует «хозяин предложения» — ревностный хозяин, не желающий заключать сделку (это конец любому ожиданию альтернативных и разумных вариантов принятия, это превозносит отмену исполнения в затяжных делах и словесное согласование). Смысл, настрой, содержание, как их понимают литераторы и бизнесмены в своих сделках, здесь не относятся к делу и не нужны, их не будут слушать и рассматривать. Целые поколения студентов-правоведов вошли в свою профессию с этими странными идеями и впоследствии выносили судебные решения, опираясь на них, ...складывая сотни деловых перспектив не в правовую емкость, а в мусорный ящик. Но согласно идеалу Формального стиля, как уже было сказано, игнорировать аномалию — значит отстаивать «Принцип», т. е. всеобщий Приказ. И дело судьи — заставить себя забыть эмоции, не давать себе отвлечься на поиски смысла вообще или смысла правосудия, который может противоречить «закону», пусть даже это приведет к пренебрежению

свои долгом; в титанах этого стиля можно видеть упрямую извращенную тенденцию к «сильному» мнению, дорогому для Парка. Наконец, даже если общее право таким образом с трудом направить к более простой и спокойно отдаленной от жизни структурной системе, тревожащий статут (несовместимо с «Политикой законодателя») и будет связываться с представлением о вражеском захватчике.

Такая искаженная идеальная структура фактически не допускала (как нам напоминают дела о судебных запретах на работу и известные конституционные дела) поспешных нововведений в доктрину, чреватых серьезными последствиями; еще в большей степени не допускала она более постепенных и менее заметных общих сдвигов, происходящих на протяжении всей нашей истории. Но она вбивала в головы своих приверженцев (а это к 1885 г. практически все адвокаты и судьи) сознательное желание игнорировать в своих решениях происходящие перемены и утаивать их не только от общества, но и от самих себя. Тем временем фактический материал доктрины (тогда еще более, чем сейчас, подверженный влиянию доиндустриальных понятий, когда опровергались все реформаторские идеи) — это материал, который все больше отставал от быстро меняющейся жизни, и необходимость справедливости и наведения порядка все больше и больше вступала в противоречие с превалирующей доктриной и образом идеального суда. Правда, что общественный протест привел к формированию Судейского состава государства, и были заменены многие судьи, чье понимание правосудия мирно уживалось с устаревшей доктриной. Но заметим: какими бы ни были их политические, экономические и социальные взгляды, эти новые судьи апелляционных судов тоже выросли в том же формальном стиле работы. Знаменитая речь Паунда на заседании американской коллегии адвокатов в 1906 г. прозвучала как предупреждение и обвинение, но не нашла отклика в той инертной и сопротивляющейся массе. Для судов штата было характерно такое же снижение уровня результативности: судьи, которые хотели идти новым правильным путем, не знали как это сделать; другие, хотя и чувствовали несправедливость того, что делают, не были готовы поступиться своим долгом перед «законом», но тем не менее часто настойчиво и почти наугад делали «правовые» шаги, искажая факты и логику событий. Влияние этого не только на результативность, но и на сам «закон» в первые десятилетия XX века было разрушительным...

Все изложенное касается не всей страны, это было характерно для Массачусетса, Нью-Йорка, Огайо, Пенсильвании в первой половине XIX в., и в гораздо меньшей степени для Иллинойса до прихода Бриза в 1857 г.; Верховный Суд Нью-Йорка может продемонстрировать Гранд-стиль в полном объеме, в то время как Суд по исправлению судебных ошибок погряз в словесном болоте. Похожим образом формальный стиль, начавший терять контроль над работой Апелляционного суда Нью-Йорка до 1920 г., доминировал еще на протяжении целого поколения в Верховном Суде Мерилленда... ..Да, наличие «преобладающего» стиля не означает единообразия.

Началась смена стиля. Верховный Суд отреагировал медленнее, чем все иные суды. В течение трех последних десятилетий стало ясно, что формальный стиль, хотя еще и имеет влияние, теряет значение. Он все еще виден в формулировке судебных решений, но я не верю, что он полностью доминирует где-то сегодня, и что в апелляционных судах сохраняется прочная непоколебимая вера в него. Сегодня типичного судью апелляционного суда интересует прежде всего правильное решение дела в пределах его

полномочий, и по его мнению, *правильность* — это цель его деятельности. Опасность в том, что уделяется слишком мало внимания преюбренности в применении правовой доктрины.

Каково влияние этих перемен на результаты судебной деятельности?

1. *Относительно законодательства*: выгода велика. Сегодня апелляционные суды давно примирились с законодательной властью. В 9 случаях из 10, а может и больше, законодательная политика не встречает сопротивления, а принимается с одобрением. Это явно способствует предсказуемости результатов.

Однако Гранд-стиль еще не утвердился в трактовке статута. Суды еще не так регулярно, как следует, готовы к интеграции определенного статута в доктрину в целом; в то время как здравый принцип «если не включается разум, то не срабатывают даже принятые нормы» принимается во внимание в половине случаев и больше, даже если статутный язык вызывает трудности; все же в большинстве своем суды все еще находятся под влиянием теорий 90-х годов об одинаковой важности осуществления целей статута с использованием всех ресурсов суда и признания ясной статутной политики в соответствующей области.

2. *Относительно адвокатуры*. Когда суды прибегали к сознательному рассмотрению справедливости и мудрости для выбора возможностей, допускаемых доктриной, у них появлялся еще один инструмент для выработки более правильного решения. И когда, судя по решению, их рассмотрение оказывалось ошибочным, большинство адвокатов не понимали, что происходит, и, соответственно, испытывали затруднения в своих предсказаниях. Более того, случайное проявление благоразумия в случайных решениях в общем-то не помогало адвокатам, в отличие от хорошего специалиста в сфере апелляций. Это связано с тем, что адвокаты, как правило, не изучают текущие судебные отчеты. Большинство *читают* (я не говорю — «конспектируют» или «делают заметки») исключительно те дела, содержание которых представляет для них интерес. Во-вторых, в целом адвокаты знакомятся с делами для того, чтобы узнать последнее заявление властей или решение по статье закона, а не для того, чтобы пролить свет на сложность работы суда по рассмотрению трудных дел. И в-третьих, основная масса адвокатов все еще смотрит на дела через призму «общепринятой идеологии», поэтому замечания суда о разумности и мудрости решения не воспринимаются ими. В лучшем случае это для них «*просто мнение судьи*».

Крайне важно отметить, что такое общее невежество и неразбериха среди адвокатов вызывает беспокойство и отчаяние, так как подрывает уверенность в законе и в составе апелляционного суда, необходимые каждому юристу. Получается заколдованный круг. Апелляции основываются не на законных решениях, а на необдуманных предположениях, поэтому слишком большое количество апелляций (половина или больше) безосновательны, «предопределены», как сказал Кардозо. В апелляционных судах скапливается огромное количество ненужной работы и тратится впустую масса времени. В то же время для американского адвоката характерна вера в себя и свое дело, и когда он снова и снова «безосновательно» терпит неудачу в апелляционном суде, его вера начинает слабеть, удобряя почву для нового урожая неумелых апелляций.

3. *Относительно самих судей*. Неопределенность в методах работы огромного количества судей апелляционных судов (неопределенность даже для них самих) вселяет в них какую-то тревогу, даже если их совесть чиста. Это сказывается на результатах: от дела к делу обеспокоенный человек все менее уверен в своих действиях... Так возникает напрасная

трата сил и энергии во внутренних трениях в суде, и особенно неуравновешенность в работе, что уменьшает ее предсказуемость.

Но самое важное следствие этой неопределенности в том, что она начинает сосредоточивать внимание на долге суда перед правосудием, т. е. перед тем, что честно и справедливо, в конкретном деле. Это лучший подход к принятию решения, чем отказ от конкретности дела и игнорирование права справедливости; но это несовершенная методика, ей не хватает преемственности и благоразумия. Подходящее место для поиска правильного и честного решения — это *повторяющаяся проблемная ситуация*, для которой *типично* данное дело. Во-первых, это способствует формулированию разрешающего и *руководящего* правила, а чтобы обратиться к правовой стороне трудного вопроса, необходимо и оглядываться назад на старую доктрину и смотреть вперед, учитывая возможные последствия и проблемы, и таким образом учесть все аспекты. В ходе такой работы специфика конкретного судебного дела стимулирует воображение адвокатуры и придает вкус ее работе, и право справедливости немедленно расширяет свои границы, что позволяет легче определить, какие из его правил типичны, а потому подходят для выработки установак, а какие, напротив, слишком индивидуальны с правовой точки зрения...

Мне кажется очевидным, что такой подход к проблеме решения апелляционного суда *должен* существенно поднять уровень результативности, сделать результаты более справедливыми, а учитывая предыдущую доктрину — сделать новые формулировки более адекватными по форме и содержанию. В настоящий момент эта процедура время от времени осуществляется любым из судов, но постоянно ее не придерживается ни один из изученных мною судов.

Что-то из сказанного может привести к мнению о невозможности реализации изложенных идей на сегодняшний день. Я считаю, что с начала века до приблизительно 1950 г. результаты работы верховных судов улучшились (и, позвольте добавить, мудрость результатов тоже), что похоже на процентный рост национального производства. Как мне представляется, это не было итогом запланированной работы, работа шла наощупь, она не была скоординирована, она просто медленно шла в течение 50 лет в ходе накопления опыта благодаря озабоченным и независимым людям. ...Я не могу особо выделить какого-то определенного лидера, разве что только Кардозо. Я склонен верить, что до последнего времени споры в рядах мыслящих людей (о чем говорилось в начале работы) не имели большого масштаба. Сегодня я убежден, что квалифицированный специалист даже при нынешнем уровне знаний может в восьми случаях из десяти предсказать результаты суда, и еще чаще, если он знает адвоката по апелляции с обеих сторон или видит краткое изложение дела.

## **Прогнозирование результата<sup>4</sup>**

### *Теория норм*

Прежде чем мы займемся проблемой прогнозирования, давайте подумаем, действительно ли исследования, о которых здесь было сказано, доступны для простого юриста, или они неясны без определенной

<sup>4</sup> *Llewellyn K. The Common Law Tradition — Deciding Appeals. P. 178–180.*

психологической или другой специальной подготовки, без тщательно подобранной и не каждому доступной информации или без врожденной сноровки. ...Я утверждаю, что средний юрист должен только на несколько часов отвлечься от того, «что было решено», и задуматься о том, что беспокоило суд и что помогло суду принять решение. И если сделать это предметом исследования, средний юрист может довольно быстро обеспечить себя набором инструментов и доказательственной базой для использования в свою пользу.

Стоит ли предпринимать эти усилия? Оставим в стороне любопытство и удовольствие от нового взгляда на знакомые вопросы. Подумаем о простой практичности: предложенный способ обдумывания решений, сосредоточение на том, как суд принимает их, существенно увеличивает реальность прогноза по сравнению с прогнозом, основанным просто на поиске предыдущих решений или на ощущениях, догадках, интуиции, или на сочетании всего этого. Думаю, у рядового юриста не возникнет вопроса, как улучшить свои прогнозы. Проведите один уик-энд в компании пары свежих сборников отчетов вашего собственного верховного суда, внимательно читая их, и вы никогда больше не скажете с жаром и отчаянием, что не знаете, к чему придет апелляционный суд. Проведите таким образом пять уик-эндов и вы получите реальное представление обо всех действиях суда.

...Речь не идет о лучших юристах, о гениях или почти гениях с поразительной интуицией, речь идет о людях с развитым мышлением. Так или иначе, окончательно вопрос решается с помощью утверждений из теории норм:

*Функция норм — направлять.*

*Нормы создаются не для контроля, а для того, чтобы направлять при принятии решений.*

Это фундаментальная истина, которая неотделима от обязанности суда использовать в своей работе честность и благоразумие с учетом условий конкретной ситуации. Когда нормы мудры и технически ясны и четки, их управление так неоспоримо, что практически эквивалентно контролю или диктату. Так что когда мера технически хорошо сформулирована, норма является законодательным продуктом безошибочной политики... Но в таком случае подобный контроль исходит от норм не потому, что это нормы права, а потому, что это правовые нормы определенного вида, которые не особо распространены. Так что по сути нормы права надо разграничивать в зависимости от того, что, с одной стороны, можно, а с другой стороны, необходимо от них ожидать.

## ПО СЛЕДАМ ПОЛИТИЧЕСКОГО РОЗЫСКА В КИЕВСКОЙ РУСИ

С. Н. ЖАРОВ\*

Самозащита, или обеспечение внешней и внутренней безопасности, является одной из важнейших функций государства. Внутренняя безопасность государства невозможна без комплекса мероприятий, получивших название «политический розыск», по добыванию и использованию информации о политических преступлениях, желательно до их совершения.

Одним из первых летописных сообщений о политическом розыске является история убийства Святополком братьев Бориса и Глеба, где подробно описывается подготовка Святополком убийства братьев: требование присяги от вышегородских бояр, постановка боевой задачи и требование секретности как основного условия ее выполнения, указаны имена командира боевой группы Горясера и убийцы Глеба — повара Торчина, наконец, упомянуто об опознании трупов на месте убийства Бориса.<sup>1</sup> Летописный текст добавляет сюда имена вышегородских бояр, присягнувших Святополку: «Суть же имена симъ законопреступником: Путьша, и Талець, Еловить, Ляшко, отецъ же ихъ сотона».<sup>2</sup> Откуда все это известно? Главный руководитель всей операции — Святополк — в руки Ярослава не попал, но зато, несомненно, в его руках оказались некоторые исполнители, а уж предложить им рассказать все, что знали, было делом техники. Другими словами — имел место стандартный розыскной процесс, возможно с применением пыток, хорошо известный нам по описаниям XVII–XVIII вв. Кроме того, из текста летописи известно, что отроку Георгию, любимцу Бориса, отрубили голову, поэтому его не опознали среди трупов. Иными словами, проводились следственные действия, а именно, осмотр места происшествия и опознание. Случайно это произойти не могло, поскольку тело Бориса, в отличие от тела Глеба, его убийцы вывезли в Вышгород.

Было ли розыскное дело письменным, протоколировался ли его ход, или же оно велось устно, по памяти — мы не узнаем. Несомненно лишь, что его, как это практикуется до сих пор, засекретили, но результаты и отдельные материалы были обнародованы. Речь идет о таланте Ярослава к созданию негативного политического портрета своего противника. Именно за ним следует признать заслугу объявления Святополка Окаянным.

---

\* Жаров Сергей Николаевич — к. ю. н., доцент, кафедра государственно-правовых дисциплин Южно-Уральского государственного университета.

© С. Н. Жаров, 2009

<sup>1</sup> *Сказание о Борисе и Глебе* / Подг. текста, пер. и комм. Л. А. Дмитриева // Электронные публикации Института русской литературы (Пушкинского Дома) РАН / <http://www.pushkinskijdom.ru/Default.aspx?tabid=4871> (2009. 25 апр.).

<sup>2</sup> *Повесть временных лет* (по Лаврентьевской летописи 1377 г.). Ч. 1. М.; Л., 1950. С. 92.

Исследователи «Сказания и Борисе и Глебе» предлагали различные даты появления культа первых русских святых, но самой ранней датой появления при киевском дворе саги об убиении князей называли 1019 г., после победы над Святополком и его гибели.<sup>3</sup> При всем уважении к маститым историкам заметим, что при определении времени возможного составления саги о Борисе и Глебе учитывались многие факторы, кроме одного: цели ее создания. Между тем писатель XII в. Кирилл Туровский различает «два типа хранителей исторической памяти — летописцев и песнотворцев, следовательно, творцов истории письменной и творцов истории устной, но у обоих находит одну и ту же цель их деятельности как историков: прославление героев и по преимуществу их военных подвигов».<sup>4</sup> Ни тех ни других деяние Святополка не могло вдохновить на создание саги, поскольку подвигом его нельзя назвать, скорее наоборот. Также под понятие военного подвига не подходило и поведение жертв. А вот создание подобной саги по заказу князя Ярослава и ее широкое распространение песнопевцами и сказителями, т. е. средствами массовой информации, стимулированное определенными суммами, вполне возможно.

Ведь, в сущности, ничего особенного, из ряда вон выходящего Святополк не совершил: все правители того времени, заняв престол, стремительно устраняли не только реальных, но и потенциальных конкурентов. И предшественники Ярополк и Владимир убивали братьев, и соседи в Европе: «...незадолго перед тем в соседних славянских странах — Богемии и Польше обнаружилось стремление старших князей отделяться от родичей насильственными средствами. Первым делом Болеслава Храброго польского по воцелении на престол было изгнание младших братьев, ослепление других родичей; первым делом Болеслава Рыжего в Богемии было оскотление одного брата, покушение на жизнь другого».<sup>5</sup> Дело в другом: из содержания саги следует, что Борис и Глеб не претендовали на киевский престол! Борис открыто отказался от предложений дружины и распустил ее, и даже не сопровотивлялся убийцам, а Глеб с поврежденной ногой плыл в Киев по вызову старшего брата. Они именно «невинно убиенные»! Ославив Святополка «окаянным» братоубийцей, Ярослав лишил его политического авторитета и, соответственно, возможности набирать войско. Из летописи мы видим, что в 1015 г. Святополк выводит против Ярослава «бе-щисла вой, Руси и печенегъ». Но вот потом, в 1017 и 1019 гг., у Святополка лишь войско тестя Болеслава Храброго с немцами и венграми, да печенеги, привычные союзники, которым моральный облик Святополка был неинтересен, они шли за плату или долю в добыче. Так что создание и обнародование саги «о богопротивном убиении Бориса и Глеба» следует отнести к 1016–1017 гг. — после победы над Святополком и его гибели она была уже не нужна. Более того, прозвище Окаянный ассоциировалось не с именем Святополка, а с личностью, поскольку еще при жизни Ярослава, в 1050 г., этим именем нарекают сына старшего Ярославича, Изяслава.

Надо признать, что из этого факта историки сделали странный вывод: «...если в 1050 г. Святополком тем не менее назван внук еще живущего

<sup>3</sup> Дмитриев Л. А. Сказание о Борисе и Глебе // *Словарь книжников и книжности Древней Руси*. Л., 1987. Вып. 1. С. 398–408.

<sup>4</sup> Лихачев Д. С. «Повесть временных лет» // *Великое наследие. Классические произведения литературы Древней Руси* / [http://avorhist.narod.ru/publish/great4\\_1.html](http://avorhist.narod.ru/publish/great4_1.html) (2009. 25 апр.).

<sup>5</sup> Соловьев С. М. *История России с древнейших времен*. Т. 1. Гл. VII // <http://avorhist.narod.ru/publish/solv01p7.htm> (2009. 25 апр.).

Ярослава, то это значит, что сам Святополк официально не признан убийцей Бориса и Глеба и имя его не стало одиозным, а канонизации Бориса и Глеба, а вместе с ней и официального проклятия Святополка еще не было...».<sup>6</sup> Вывод несколько поспешный, учитывая, что даже во второй половине XII в. мы находим еще двух князей с тем же «окаанным» именем: внука Владимира Мономаха Святополка Мстиславича, князя владимиро-волынского в 1149 и 1151–1154 гг., и внука Ярослава Святополчича Святополка Юрьевича (Георгиевича), княжившего в Турове в 1180-х годах.

Заказной политической характер саги подтверждается и еще одним фактом из ее содержания. Святополк ведь убил не только Бориса и Глеба, но и брата Святослава. Однако Святослав, древлянский князь, в отличие от братьев, не ожидал безропотно убийц: понимая, что сил для сопротивления у него мало, он бежал в Венгрию, посланные Святополком убийцы догнали и убили его в Карпатах. Таким образом, Святослав, самым фактом бегства оказавший сопротивление Святополку, не вписывался в понятие «невинно убиенного» — и сага не упомянула о нем, и тем более о канонизации его не было и речи, а летопись лишь скупо сообщила о самом факте погони и убийства.

Изложенное с высокой степенью вероятности позволяет полагать, что Ярослав Владимирович вовсе не являлся «лютым врагом Святополка», как об этом пишет М. Х. Алешковский.<sup>7</sup> Ему, как и многим другим политикам всех времен, чужды неистовые страсти в политических играх. Обычная конкурентная борьба, как говорится, «ничего личного». И талантливо созданная сага об убийстве Бориса и Глеба, сыграв свою роль, осталась в репертуаре песнопевцев и сказителей — древнерусских средств массовой информации.

Но ей нашлось новое применение, когда Ярославу потребовалось, по мнению Д. С. Лихачева, «укрепить государственное единство Руси на основе строгого выполнения феодальных обязательств младших князей по отношению к старшим и старших по отношению к младшим»,<sup>8</sup> и потребовались собственные русские святы. Как считает Л. А. Дмитриев, «митрополиту Иоанну, при котором произошло открытие мощей святых и установление праздника 24 июня, Ярослав поручил составить рассказ о событиях, связанных с Борисом и Глебом. Рассказ этот, называемый Мюллером первоначальной легендой (*Urlegende*), был написан Иоанном по-гречески. Первоначальная легенда — мартирий святым. Фактический материал Иоанн почерпнул из саги, устных преданий и рассказов князя Ярослава и его окружения».<sup>9</sup>

Кстати, сам Ярослав отнюдь не питал благодушия в отношении своих братьев, постоянно контролируя их поведение и отслеживая намерения, ревниво оберегая свою власть: когда он получил информацию, позволявшую заподозрить княжившего в Пскове брата Судислава в неблагодарности, то немедленно заключил его в поруб (т. е. темницу) пожизненно. Свободу Судислав получил лишь после смерти старшего брата, от его сыновей, через 24 года, и был постриженным в монахи.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> Алешковский М. Х. Повесть временных лет. Судьба литературного произведения в Древней Руси. М., 1971. С. 86.

<sup>7</sup> Там же.

<sup>8</sup> Лихачев Д. С. Некоторые вопросы идеологии феодалов в литературе XI–XIII вв. // Труды Отдела древнерусской литературы / Институт русской литературы (Пушкинский Дом) АН СССР. 1954. Т. 10. С. 89.

<sup>9</sup> Дмитриев Л. А. Сказание о Борисе и Глебе. С. 401.

<sup>10</sup> Повесть временных лет. С. 102, 109.

Другой яркий пример политического розыска — дело об убийстве Андрея Боголюбского в 1175 г. Летописец подробно описывает причины и замысел убийства, состав заговорщиков, дословно цитирует их разговоры, шаг за шагом фиксирует слова и действия всех участников события — и князя, и его слуги, и убийц. Откуда такая осведомленность? Ведь летописцев Древней Руси совершенно не привлекали лавры Дюма или Пикуля, они могли умолчать о чем-либо, но вносили в текст летописи лишь достоверные, проверенные факты. Князья-наследники или современники убитых не могли не быть заинтересованы в проведении тщательного розыска о совершенных убийствах, и не столько с целью покарать виновных, сколько для того, чтобы извлечь и использовать бесценный опыт для совершенствования системы собственной безопасности. Полнота проведения розыска, позволившая летописцу с абсолютной уверенностью указать на организатора и заказчика убийства Бориса и Глеба — Святополка, более чем через полтора столетия дала возможность другому летописцу характеризовать замысел убийства Андрея Боголюбского «дияволим наущением»,<sup>11</sup> отмечая участие кого-либо из князей в его организации.

Далеко не всегда розыск по факту политического убийства бывал успешен. Пример такого рода приведен в летописном описании событий 1078–1086 гг. После гибели Изяслава Ярославича киевский великокняжеский престол занял его брат Всеволод, вознаградивший племянника, вышегородского князя Ярополка Изяславича, Владимиро-Волынским княжеством. Ярополк по доброте душевной принял на своем дворе изгоев, сыновей тмутараканского князя Ростислава Владимировича — Рюрика, Володаря и Василька. Неблагодарные Ростиславичи в 1084 г. изгнали Ярополка. Великий князь послал войско во главе с сыном Владимиром. Восстановив на Владимиро-Волынском престоле Ярополка, Владимир Всеволодич урезал его в пользу еще одного изгоя, Давыда Игоревича, отдав ему Дорогобуж на Волыни. Ярополк остался этим весьма недоволен и пытался силой изменить это решение — но Всеволод вновь послал войско, и Ярополк бежал в Польшу, а Давыду Игоревичу досталось уже все княжество. В 1086 г. Ярополк, вернувшись, помирился с дядей и вернул себе Владимиро-Волынский стол, да только ненадолго: через несколько дней, по пути в Звенигород, его проткнул саблей собственный дружинник Нерадец, после чего сбежал в Перемышль к Рюрику Ростиславичу. Летописец явно указывает на политический характер этого заказного убийства: Нерадец «от дьявола научень и оть лукавыхъ человекъ».<sup>12</sup>

Анализ этого летописного сюжета дает основание предположить, что в ближнем окружении Ярополка имелась агентурная группа (внедренная или завербованная), которая имела задание отслеживать враждебные намерения князя относительно Ростиславичей, а в случае реализации этих намерений — воспрепятствовать этому. Группа вполне успешно выполнила свое задание. С. М. Соловьев пишет: «Посидевши мало времени во Владимире, Ярополк отправился к Звенигороду; мы не знаем, зачем предпринял он это путешествие? Мы не знаем еще, кому принадлежал в это время Звенигород? Очень вероятно, что Ростиславичам; очень вероятно, что выражение летописца: “Иде Звенигороду”, означает поход воинский».<sup>13</sup> Естественно, что после убийства князя поход прекратился сам собою.

<sup>11</sup> *Летописный сборник, именуемый Патриаршей или Никоновской летописью / ПСРЛ. Т. IX. М., 2000. С. 219.*

<sup>12</sup> Там же. С. 114.

<sup>13</sup> *Соловьев С. М. История России с древнейших времен. Т. 2. Гл. 2 // <http://avorhist.narod.ru/publish/SOLV02P2.htm>.*

Автор упомянул о группе агентов или, во всяком случае, единомышленников Нерадца. Открыто, днем убить князя, окруженного войском и верными боярами, и затем целым и невредимым скрыться можно лишь при наличии группы поддержки, которая у Нерадца явно имелась.

Что же касается заказчиков этого убийства, то Н. М. Карамзин оправдывал Ростиславичей, полагая, что они, «приняв изменника, навлекли на себя гнусное подозрение, более несчастное, нежели справедливое». <sup>14</sup> Напротив, С. М. Соловьев достаточно четко прослеживает вероятность вины именно Ростиславичей, хотя не исключает заинтересованности и Давыда Игоревича. М. Х. Алешковский туманно намекает на возможность инициативы или заинтересованности в этом убийстве самого киевского князя Всеволода Ярославича. <sup>15</sup>

Почему же розыск не завершился? Все, кто мог быть допрошен, указывали на Нерадца, а вот его-то в распоряжении следователей и не было. Очевидно, по той простой причине, что заказчик (заказчики?) этого убийства был(и) живы и имел(и) власть если не воспрепятствовать проведению розыска в целом, то по крайней мере спрятать от розыска одного исполнителя.

На основе анализа летописных описаний этих немногих прецедентов можно выявить сравнительно развитую технику политического розыска. Основным и наиболее эффективным средством получения информации и проведения тайных операций была уже в те времена существовавшая внутренняя агентура. Приобретение ее сегодня именуется «вербовкой». Летопись представляет нам два примера вербовки, в обоих случаях вербовщиками или инициаторами вербовки выступали князья.

Святополк Владимирович, решив убить братьев, обратился к боярам: «...и рече имъ: “Прияите ми всемъ сердцемъ”. Рече же Путша с вышгородскими боярци: “Можем главы своя сложити за тя”». <sup>16</sup> Обратим внимание на то, что Святополк в это время уже занял великокняжеский престол, и бояре без того обязаны ему верностью. Но он требует особой присяги в верной службе в тайном деле, и лишь после такой присяги выдает своим агентам задание на убийство Бориса.

Гораздо тоньше и искуснее проведена Владимиром Святославичем вербовка Блуда, воеводы Ярополка. «Володимерь же посла къ Блуду, воеводе Ярополчю, съ лестью глаголя: “Поприй ми! Аще убью брата своего, имети тыа хочю во отца место, и многу честь возьмешь от мене: не язъ бо почаль браться бити, но онъ. Азь же того убоявься придох на нь”. И рече Блудъ къ посломъ Володимеримъ: “Азь буду тебе в сердце и въ приязнство”». <sup>17</sup> Здесь в вербовочном предложении ясно выделяются несколько частей: цель тайных действий (убийство Ярополка), убеждение в правоте и справедливости своего дела (он первый начал братьев убивать) и обещание вознаграждения (сыновнее уважение и многие почести). В ответ — та же присяга, хоть и иначе сформулированная. И еще одна тонкость вербовки: здесь она проведена не лично князем, а через посредничество специальных послов-вербовщиков.

<sup>14</sup> Карамзин Н. М. История государства Российского. В 4 кн. Кн. 1. Ростов/Д., 1997. С. 232.

<sup>15</sup> Алешковский М. Х. Повесть временных лет. С. 61.

<sup>16</sup> Новгородская первая летопись младшего извода // ПСРЛ. Т. III. М., 2000. С. 170.

<sup>17</sup> Повесть временных лет. С. 54.

И Владимир, и сын его Святополк озаботились приобретением тайных пособников лишь тогда, когда в их услугах возникала потребность. А вот Ярослав Владимирович приобретал агентуру заранее и к необходимому моменту уже имел, к кому обратиться: после смерти отца и убийства Бориса сестра Предслава сообщила ему не только о происшедшем, но и о намерениях Святополка. А когда потребовалось определить точное время и место нападения на Святополка, у Ярослава уже имелся в окружении брата «муж в приязнь». Заблаговременно подвел Ярослав агентов и к остальным братьям, и как только получил сведения, давшие основание усомниться в благонадежности Судислава, — тот немедленно угодил в «поруб». Правда, в этом случае летопись не указывает на источник доноса, вполне возможно, его составил и «инициативник».

Кроме завербованных агентов, в некоторых случаях летопись уверенно показывает нам «инициативников», и первого среди них — Анастаса Корсунянина, благодаря предательству которого Владимир смог сломить сопротивление осажденного Корсуня.

Социальный состав агентуры характеризуется близостью к престолу и, соответственно, возможностью доступа к информации. Среди агентов мы видим родственников князей (Предслава), воевод и дружинников. Специализация агентуры в то время еще не устоялась, и если Предслава — информатор в чистом виде, а Горясер и его команда — такие же «чистые» боевики, то Блуд успешно сочетал функции агента влияния и боевика. Об информации, поставляемой Нерадцем, летопись не сообщает, но можно предположить, что без этого также не обошлось, т. е. и в этом случае имеется сочетание функций осведомителя и боевика.

Различны и судьбы агентов. Воевода Блуд, послуживший Владимиру Святославичу в борьбе с его братом Ярополком, обрел почет и уважение, был назначен дядькой (воспитателем) Ярослава Владимировича и мог вполне наслаждаться жизнью. Но при встрече русского и польского войск на Буге 22 июля 1017 г. именно он стал насмехаться над королем Болеславом Храбрым и после разгрома Ярославова войска был убит.<sup>18</sup> Кстати, подлинное имя воеводы, из-за своей несдержанности спровоцировавшего встречный бой, в котором войско его князя и покровителя оказалось наголову разгромлено, приводит Софийская летопись. Автор «Повести временных лет» скромно именует воеводу «Будолом».

Судьба Предславы Владимировны также сложилась печально. Вскоре после вышеописанных событий, когда Болеслав и его союзник Святополк заняли Киев, ее изнасиловал Болеслав, ранее сватавшийся к ней, но получивший отказ. Брат Святополк не заступился за девушку, поскольку, видимо, не остался в неведении относительно ее агентурной деятельности. В качестве королевской наложницы Предславу увезли в Польшу.<sup>19</sup>

Напротив, Анастас Корсунянин не имел оснований жаловаться на судьбу. После триумфального возвращения Владимира из ограбленного Корсуня и строительства Десятинной церкви в 996 г. он был поставлен во главе ее и получил в свое распоряжение десятую часть всех доходов великого князя, пожалованную этой церкви: «“Даю церкви сей святей Богородици от имения моего и от градь моихъ десятую часть”. И положи написавъ клятву въ церкви сей, рекъ: “Аще кто сего посудить, да будетъ

<sup>18</sup> *Софийская* первая летопись старшего извода // ПСРЛ. Т. VI. Вып. I. М., 2000. Ст. 130.

<sup>19</sup> Там же.

проклять". И вдасть десятину Настасу Корсунянину».<sup>20</sup> Когда же в 1017 г. «Болеславъ же побеже ис Киева, възма именье и бояры Ярославле и сестре его», Анастас сумел подольститься к польскому королю, и тот приставил его кладовщиком к награбленным сокровищам.

Что же касается боевиков, особенно участников убийства Бориса и Глеба, вышегородских бояр Путиш, Тальца, Яловита и Ляшка, то летописец весьма красноречиво заметил: «отець же ихъ сотона». В живых их, конечно, не оставили: в 1096 г. Мстислав Изяславич приказал зарубить и ослепить 70 киевлян, вся вина которых состояла в том, что они выпустили из заточения князя Всеволода. Однако о казни бояр известия в летописи нет, возможно, они расстались с жизнью во время допросов или были убиты сразу по окончании розыска: как же можно оставить в живых «детей сатаны»? Не лучшей, по-видимому, оказалась и судьба Нерадца, слишком многие облеченные властью лица оказались заинтересованы не только в его молчании, но и в исчезновении.

Кто же возглавлял политический розыск в Киевской Руси? Сами князья. Летописи предоставили нам достаточно много свидетельств того, как князья занимались вербовкой, инструкторовали агентов, ставили агентурные и боевые задачи, получали отчеты об их выполнении, лично направляли связников и получали от агентов информацию. И, конечно, лично принимали решения о способах реализации полученной в ходе оперативно-розыскных мероприятий информации.

Население Киевской Руси было вполне информировано о сущности и содержании политического розыска, его отличиях от уголовного сыска, подсудности. К примеру, устав Владимира Святославича отнес к церковной юрисдикции чародейство, зелейничество и изготовление талисманов.<sup>21</sup> Но деятельность волхвов против христианской церкви или ритуальные убийства, возглавляемые волхвами, относились к политическим убийствам, подсудным лично князьям: в 1024 г. «слышав же Ярославъ волхвы, приде Суздалю; изымавъ волхвы, расточи, а другая показни».<sup>22</sup> И сами волхвы, захваченные воеводой Яном Вышатичем за организацию массовых ритуальных убийств в Белоозере в 1071 г., понимая, что как политические преступники подсудны лично князю, заявили арестовавшему их боярину: «Нама стати пред Святославомъ, а ты не можешь створити ничтоже».<sup>23</sup> Правда, Ян, понимая необходимость немедленного умиротворения взволнованного края и роль в нем неотвратимости и наглядности наказания, лично расследовал дело и вынес приговор, который тут же и был исполнен, т. е. взял на себя функции органа политического розыска. Но поскольку никаких изменений в судьбе Вышатича после этого не произошло, можно уверенно предположить, что князь задним числом санкционировал эти действия Яна.

Д. С. Лихачев, анализируя текст «Повести временных лет», отметил, что «широкое отражение получила в летописи и специальная терминология: военная, феодальная, юридическая, охотничья (особенно в «Поучении Мономаха») и т. д.».<sup>24</sup> Не стала исключением и оперативно-розыскная терминология: именно в этот период закладывались ее основы.

<sup>20</sup> *Повесть временных лет*. С. 85.

<sup>21</sup> *Российское законодательство X–XX веков*. В 9 т. Т. I. М., 1984. С. 145.

<sup>22</sup> *Повесть временных лет*. С. 100.

<sup>23</sup> Там же. С. 118.

<sup>24</sup> *Лихачев Д. С.* «Повесть временных лет».

В XX столетии взаимоотношения агентов и их кураторов из государственных спецслужб именовались термином «сотрудничество», а сами агенты — секретными сотрудниками. В Киевской Руси использовался термин «прияньство». С. М. Соловьев переводит это слово по разному: «поприя ми» — «помоги мне», «приятите» — «привержены», «мужь в приянь» — «приятель». Однако в украинском языке, сохранившем больше славянских корней, есть глагол «сприяти» — способствовать. Отсюда «поприя ми» — поспособствуй мне, «мужь в приянь» — пособник, а «прияньство» — пособничество. Именно этим термином называлось секретное сотрудничество у наших далеких предков.

Позднее появился и специальный термин для обозначения агентов влияния — «норовники». Летописец, описывая события 1480 г. (стояние на Угре), показывает нам великого князя Ивана Васильевича, «боящегося Татарского прохождения, а слушая злых человекъ сребролюбцевъ богатых и брюхатых, предатели христьянских, а норовников Бесерменских, иже съветуют государю на зло христьянское, глаголюще: «Поиди прочь, не можеши с ними стати на бой»». <sup>25</sup>

Для обозначения розыскных действий использовался термин «испытание». Летописец, сообщая о событиях 1069 г., когда «пришед Мьстиславъ, исече кияны, иже беша высекли Всеслава, числом 70 чади, а другыя слепиша, другыя же без вины погуби, не испытавъ», <sup>26</sup> укоряет Мстислава Изяславича в том, что он казнил киевлян, не проведя тщательного розыска, вследствие чего пострадали и невиновные. Так же назван розыск Яна Вышатица о преступлении волхов в Белоозере в 1071 г.: «Янь же, испытавъ, чья еста смерда...». <sup>27</sup>

Но древнерусское «испытание» не подразумевало обязательного применения пыток, этим словом назывался процесс получения какой-либо информации, связанный с расспросами. Так, в 1380 г. Мамай «нача испытovati отъ старыхъ историй, како царь Батый пленилъ Русскую землю и всеми князи владель, якоже хотель; и извопашавъ, и уведевъ отъ всехъ своихъ подлинно...». <sup>28</sup>

Получение же разведывательной информации, будь то агентурные сведения, донесения полевой разведки или пограничной стражи, называлось термином «слышать». В летописях подчеркивается немедленное реагирование власти на такую информацию: «Се слышав царь посла к Игорю лучие боляре...»; «Слышавъ же Святополкъ, идуща Ярослава, пристрои бе-щисла вой» и т. п.

Таким образом, в Киевской Руси политический розыск осуществлялся на достаточно высоком уровне, вполне адекватном уровню развития государства. Возглавляемый князьями, в некоторых случаях и лично принимавшими участие в оперативно-розыскных мероприятиях, он вполне обеспечивал потребности обеспечения безопасности власти и лиц, обладавших ею. Не создав постоянных структур и не разделяя политический розыск и разведку, древнерусские князья заложили надежную основу для дальнейшего развития органов государственной безопасности.

<sup>25</sup> *Московский летописный свод конца XV века* // ПСРЛ. Т. XXV. М.; Л., 1949. С. 328.

<sup>26</sup> *Повесть временных лет*. С. 116.

<sup>27</sup> Там же. С. 118.

<sup>28</sup> *Летописный сборник, именуемый Патриаршей или Никоновской летописью* // ПСРЛ. Т. XI–XII. М., 1965. С. 46.

## МИРОВЫЕ СУДЬИ ДОРЕВОЛЮЦИОННОЙ РОССИИ: ОПЫТ ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ПОРТРЕТА

С. В. ЛОНСКАЯ\*

История мировой юстиции — обширная тема. Мы остановимся на одной из ее многочисленных сторон — образовательном уровне мировых судей дореволюционной России.

В соответствии с Судебными уставами 1864 г. специальное юридическое образование для мировых судей не требовалось. Они должны были получить образование в любых высших или средних учебных заведениях или выдержать соответствующее испытание (если образование, например, было получено в домашнем порядке). В качестве альтернативы допускалась служба не менее трех лет в таких должностях, при исправлении которых кандидаты в мировые судьи могли приобрести практические сведения в производстве судебных дел.<sup>1</sup> Уместно говорить о «полупрофессионализме» российской мировой юстиции (в значении «недостаточного, не полного профессионализма»), подчеркивая, с одной стороны, отсутствие для судей образовательного ценза специальной юридической квалификации, а с другой — возможность (отсутствие запрета) обладать такими специальными знаниями в любой форме.

Исходные причины полупрофессионализма российской мировой юстиции заключаются, на наш взгляд, в следующем. В первую очередь, это патриархальный взгляд на мирового судью, воспринятый законодателем (мировой судья — примиритель, «судья совести» и хранитель мира). Идея о мировом судье как «судье совести» была сформулирована и заложена в Судебные уставы 1864 г. одним из их авторов — Сергеем Ивановичем Зарудным (1821–1887), в ту пору занимавшим должность статс-секретаря Государственного совета. Официальная точка зрения Государственного совета по этому поводу звучала так: «...мировой судья должен пользоваться особым доверием местных жителей, а доверие это он может заслужить не столько юридическим образованием, сколько знанием народных понятий, нравов, обычаев».<sup>2</sup> Более весомой объективной причиной следует назвать недостаток в тот период в России квалифицированных юристов. По данным, которые приводит М. Г. Коротких, с 1840 по 1863 г. юридическое образование в России получили лишь 3650 человек, тогда как только мировых судей требовалось не менее 1320.<sup>3</sup> Такой дефицит профессиональ-

---

\* Лонская Светлана Владимировна — к. ю. н., доцент, кафедра теории и истории государства и права Российского государственного университета им. И. Канта.

© С. В. Лонская, 2009

<sup>1</sup> *Учреждение* судебных установлений // ПСЗ РИ. Собр. 2-е. Т. XXIX. № 41475. Ст. 19.

<sup>2</sup> Цит. по: *Джаншиев Г. А.* Из эпохи великих реформ. 4-е изд. М., 1893. С. 454.

<sup>3</sup> *Коротких М. Г.* Самодержавие и судебная реформа 1864 г. в России. Воронеж, 1989. С. 105–106.

ных кадров был в то время характерен для российской правовой системы в целом. И разумный выход заключался, наверное, в том, чтобы смягчить требования образовательного ценза, где это было возможно.

Положение с квалификацией судей (и не только мировых) в России в дальнейшем также складывалось непросто. К концу 1870-х годов в семи судебных округах, где Судебные уставы были введены в полном объеме, число лиц, получивших юридическое образование, составляло в среднем 74 % от общего числа занимающих судебные должности, причем разброс этих пропорций в различных губерниях был довольно большим, что видно из табл. 1.<sup>4</sup>

Таблица 1

Губерния	Лица с юридическим образованием
Астраханская	48 %
Витебская	87 %
Волынская и Виленская	73 %
Гродненская	67 %
Киевская	70 %
Ковенская	75 %
Минская	59 %
Могилевская	60 %
Олонецкая	62 %
Оренбургская	46 %
Подольская	85 %
Уфимская	50 %

По мнению Н. М. Коркунова, комментировавшего эти данные, значительный процент не получивших юридического образования среди должностных лиц судебного ведомства не мог быть уже объяснен недостатком образованных юристов. Ситуация изменилась. Окончившим курс в университете по юридическому факультету приходилось подолгу ожидать назначения. Лучшее образование не давало им никакого преимущества при замещении должностей по судебному ведомству. Сказанное подтверждалось также уменьшением прилива студентов на юридические факультеты и наоборот, приливом юристов в другие ведомства.<sup>5</sup> Эта тенденция стала очевидной, когда романтический флёр судебной реформы исчез, а власть начала активные действия, направленные на ограничение основных принципов Судебных уставов: независимости, гласности и состязательности суда, несменяемости судей. Престиж профессии юриста, возросший было в первые годы реформы, стал падать.

К середине 1870-х годов стало заметно понижение среднего уровня и кадрового состава мировых судей. Объясняя причину этого явления, современники рассуждали: «...многое изменилось в складе и характере русского общества и в правящих сферах, во всех условиях существования нашего строя. На известный, продолжительный период времени произошел, как известно, раскол между властью и обществом во взглядах на прошлое и на будущее. Правящие сферы приостановились на пути реформ,

<sup>4</sup> Коркунов Н. Юридическая хроника (к 15-летию Судебных уставов) // Журнал гражданского и уголовного права. 1879. Кн. 2. С. 174.

<sup>5</sup> Там же. С. 178.

а в обществе ожидали дальнейшего движения в том же направлении. Получился диссонанс... Люди стали хуже, стали ниже и учреждения. И идея их, достоинство и недостатки форм остались прежние, но исполнители ухудшились качественно. Лучшие люди как-то скрылись, почувствовали, что на них нет большого спроса, что им "ходу не дают"». <sup>6</sup> Подобный спад наблюдался и в кадрах прокуратуры, и среди так называемых коронных судей (членов окружных судов, судебных палат).

Итак, в ходе становления мировой юстиции выявилось важное условие, упрочившее стойкость ее полупрофессионализма: сворачивание либеральных реформ, падение авторитета юридической профессии. Но, думается, это условие не было определяющим в ряду факторов, не учтенных при подготовке и проведении судебной реформы. Многие квалифицированные юристы не могли преодолеть весьма высокий имущественный ценз, предъявлявшийся к кандидатам в мировые судьи, вдвое превышавший подобные требования к лицам, баллотирующимся в земства. Огромная нагрузка, которая легла на плечи мировых судей, трудности организационного и материально-технического характера также делали эту должность малопривлекательной. В лучшем случае юристы рассматривали ее как временное пристанище на своем карьерном пути. Указанные условия, на наш взгляд, сыграли более весомую роль в определении качественного состава судейского корпуса.

Обратимся к истории С.-Петербургского мирового суда. Первый состав мировых судей, избравшихся на трехлетний срок (1866–1869), по своему образовательному цензу был довольно пестрым, но в целом подготовленным (см. табл. 2).

*Таблица 2*

<b>Уровень образования</b>	<b>Число мировых судей</b>
Окончили курс в университете или в Училище правоведения	25
Окончили курс в Александровском лицее	4
Константиновское училище	1
Артиллерийское училище	3
Пажеский корпус	1
Школа гвардейских подпрапорщиков	3
Среднее образование	4
Домашнее образование	—
<b>ВСЕГО</b>	<b>41</b>

Следует отметить, что и Александровский лицей, и Училище правоведения были элитными высшими учебными заведениями, целенаправленно готовившими государственных служащих. Остальные перечисленные учебные заведения, хотя и не менее престижные, профессиональной юридической подготовки не давали; Пажеский корпус, например, готовил лиц со средним образованием. Заметим, что 19,5 % мировых судей С.-Петербурга получили военное образование.

На протяжении полувека (1866–1916) образовательный уровень петербургских мировых судей менялся следующим образом (табл. 3).<sup>7</sup>

<sup>6</sup> Даневский В. В защиту выборного мирового института // Юридический вестник. 1888. Т. XXIX. Кн. 1. С. 94–95.

<sup>7</sup> Петроградский мировой суд за пятьдесят лет. Пг., 1916. С. 208.

Таблица 3

Трехлетия	Образование (%)		
	высшее	высшее юридическое	среднее и домашнее
1866–1869	70,4	52,3	29,6
1869–1872	75,6	48,8	24,4
1872–1875	72,9	53,5	27,1
1875–1878	70	47,5	30
1878–1881	69,9	48,5	30,1
1881–1884	70,5	50	29,5
1884–1887	72,2	50	27,8
1887–1890	77,7	55,5	22,3
1890–1893	84,2	63,1	15,8
1893–1896	81	70,2	19
1896–1899	83,3	73,8	16,7
1899–1905*	88,8	77,7	11,2
1905–1908	93,9	86,3	6,1
1908–1911	94,2	86,9	5,8
1911–1914	95,2	86,9	4,8
1914–1916	95,9	87,9	4,1

\* Выборы 1902 г. были отсрочены.

Уменьшение числа лиц с высшим юридическим образованием в конце 1870-х годов было, как видим, характерно и для столицы. Однако уже с конца 1880-х годов в С.-Петербурге наблюдается неуклонный рост числа мировых судей с высшим образованием, в их числе и дипломированных юристов, доходящий практически до максимума. Это может быть связано как с ростом числа квалифицированных кадров, так и с тем, что с 1889 г. система мировых судов прекратила существование в сельской местности, замененная земскими участковыми начальниками.

Заметим еще одну любопытную тенденцию: на протяжении истории мировой юстиции С.-Петербурга менялось соотношение сословного состава мировых судей. Если в первые годы (1866–1872) преобладали дворяне, составлявшие 77–80 % от общего числа судей, с каждым новыми выборами их доля уменьшалась, зато увеличивалась доля лиц, определявшихся как «сыновья чиновников». На первых выборах таких не было вовсе, последние же выборы (1914–1916) дали соотношение 46,4 % и 22,7 % соответственно.<sup>8</sup> Изменение сословного состава мирового суда авторы труда «Петроградский мировой суд за пятьдесят лет» связали с изменявшимся составом городской Думы, избиравшей судей. Можно предположить и то, что именно «потомственное чиновничество» привносило в эту среду более высокий образовательный уровень.

Конечно, в столице профессиональный уровень мировых судей был неизмеримо выше, чем в провинции; здесь располагались ведущие высшие учебные заведения юридического профиля. Экстраполируя состояние дел в С.-Петербурге на провинциальные губернии, можно предположить, что там доля лиц с юридическим образованием среди мировых судей была

<sup>8</sup> Там же. С. 211.

в целом ниже, но указанная для столицы тенденция повышения качества кадрового состава мировых судей к концу XIX столетия сохранялась. Это во многом подтверждается современными исследованиями.

Так, в 1870-е годы среди мировых судей Владимирской губернии высшие учебные заведения закончили 23,6 % (при этом 6 % от общего числа судей получили университетское образование), гимназии — 19,4 %, средние военные учебные заведения — 38,5 %, образование в прочих средних и низших учебных заведениях получили 18,5 % мировых судей. Среди мировых судей Ярославской губернии высшие учебные заведения закончили 26,4 % (7,3 % от общего числа судей получили университетское образование), гимназии — 20,3 %, средние военные учебные заведения — 35,5 %, образование в прочих средних и низших учебных заведениях получили 17,8 % мировых судей.<sup>9</sup> В Бессарабии к 1880 г. 57 % участковых мировых судей имели высшее образование, 29 % — среднее, 14 % имели прочее образование или служили на судебных должностях.<sup>10</sup> В Архангельской губернии в 1889 г. из 17 мировых судей университетское образование имели 8 человек, т. е. 47%.<sup>11</sup> К сожалению, авторы исследований не уточняют число лиц со специальным юридическим образованием. Можно лишь предполагать на основе петербургских данных, что только половина — две трети университетских выпускников были дипломированными юристами.

На рубеже веков образовательный уровень мировых судей увеличился и вне столицы. М. А. Бтикеева доказывает, что в Западной Сибири практически все мировые судьи, назначенные в конце XIX — начале XX в., имели высокий уровень образования. Из 87 мировых судей округа Омской судебной палаты выпускниками Московского университета были 19 %, Казанского — 15 %, С.-Петербургского — 14 %, Киевского Императорского университета Св. Владимира — 12,8 %, Новороссийского — 9 %, Демидовского юридического лица — 7,7 %, Томского университета — 6,7 %, Харьковского и Варшавского — по 5 %, Дерптского (Юрьевского) университета — 3,8 %. Имелись выпускники Екатеринбургской гимназии и Военно-юридического училища. Многие из них уже приобрели опыт работы в судебном ведомстве. Все назначенные добавочные мировые судьи также имели высшее образование. 64 % судей уже работали 3 и более лет в установлениях Министерства юстиции, и только 35 % судей начинали работу в округе Омской судебной палаты сразу после окончания учебного заведения.<sup>12</sup> В то же время неясно, окончили ли выпускники университетов курс по юридическому или иному факультету? Оговоримся, что в отношении того же округа С. В. Чечелев отмечает, что, несмотря на достаточно строгий отбор, в число почетных мировых судей попадали все же люди

---

<sup>9</sup> *Трофимова Н. Н.* Мировая юстиция Центрально-промышленного района России в 1864–1869 гг.: генезис, региональные особенности судоустройства и деятельности. Автореф. дис. ... к. ю. н. Владимир, 2004. С. 20.

<sup>10</sup> *Боршевский А.* Российское законодательство о мировой юстиции и его проявление в деятельности мировых судов Бессарабии (к. 60-х — 70-е гг. XIX в.). Дис. ... доктора истории. Кишинэу, 2007. С. 40, 161–162.

<sup>11</sup> *Латышева Н. А.* Становление мировой юстиции в Архангельской губернии // *Мировой судья.* 2006. № 9. С. 3.

<sup>12</sup> *Бтикеева М. А.* Решение кадрового вопроса для судебных учреждений на примере округа Омской судебной палаты второй половины XIX в. // [http://omeconom-nauka.narod.ru/oktober\\_conf/800.html](http://omeconom-nauka.narod.ru/oktober_conf/800.html) (2006. 2 сент.).

недостаточно компетентные и довольно малограмотные, с низким уровнем культуры.<sup>13</sup>

Требование трехлетнего стажа работы в должностях, где кандидаты могли приобрести практические сведения в производстве судебных дел, установленное ст. 19 Учреждения судебных установлений, конечно, не могло полноценно заменить специального юридического образования, поскольку было альтернативным. По мнению Н. П. Огарева, этот ценз «по судебной части» делал мирового судью «закоренелым чиновником». <sup>14</sup> Но это было намного лучше, чем совершенная некомпетентность. Анализ служебной деятельности, предшествовавшей избранию на должность, для петербургских мировых судей почти за все годы существования там мировой юстиции показывает, что 58 % мировых судей столицы имели служебный опыт по судебной части (табл. 4).<sup>15</sup>

Таблица 4

Служебная деятельность, предшествовавшая избранию на должность мирового судьи	Число мировых судей
Мировой судья вне Петербурга	31
Почетный мировой судья вне Петербурга	9
Общие судебные места, центральное управление и канцелярии	75
Адвокатура	14
Профессура	8
Военное ведомство	7
Прочие ведомства	63
Нигде не служившие	6
Выяснить не удалось	8

Недостаток профессиональных знаний, конечно, негативно сказывался на качестве работы мировой юстиции, а само отношение к служебно-образовательному цензу было неоднозначным. Не раз низкий уровень подготовки мировых судей становился предметом критики, например, изпод пера известного судебного деятеля П. Н. Обнинского в конце 1880-х годов вышла весьма нелицеприятная формула, этот профессиональный уровень характеризовавшая: «наивное до цинизма юридическое невежество». <sup>16</sup> Примеров такого невежества можно приводить много, остановимся на одном.

В 1879 г. купец Карачевского уезда Собакин обвинил крестьян Ульянова, Евдокимова и Хотеева в мошенничестве. Упомянутая троица принялась на работу, получила задаток, а через пять дней от работы отказалась и задатка не возвратила. Мировой судья, принявший дело к своему рассмотрению, не обнаружил в действиях крестьян состава уголовного преступления, а расценил это как неисполнение гражданского договора. Обвинение в мошенничестве было снято и крестьяне оправданы.

<sup>13</sup> Чечелев С. В. Институт почетных мировых судей округа Омской судебной палаты // Вестник Омского университета. 1998. Вып. 4. С. 109.

<sup>14</sup> Огарев Н. П. Разбор «Основных положений преобразования судебной части в России» // Колокол. Л. 150. 1862. 15 нояб. С. 1239–1240.

<sup>15</sup> Петроградский мировой суд за пятьдесят лет. С. 208.

<sup>16</sup> Обнинский П. Н. Мировой институт // Юридический вестник. 1888. № 3. С. 408.

Вышестоящая инстанция — съезд мировых судей — напротив, отменил решение мирового судьи, признал Ульянова, Евдокимова и Хотеева виновными в мошенничестве и приговорил каждого к шести неделям тюремного заключения.<sup>17</sup>

Мировой суд императорской России оставался полупрофессиональным до самого своего конца. Когда в начале XX в. проводилась последняя дореволюционная реформа в судебной сфере (реформа местного суда), требование служебного ценза (трехлетний стаж работы по судебной части) предлагалось сделать обязательным. Однако II Государственная Дума, обсуждая законопроект в 1907 г., не поддержала это предложение, которое, с ее точки зрения, открывало путь в мировые судьи для земских участковых начальников, что могло подорвать авторитет мировых судей.<sup>18</sup>

Закон о местном суде был принят в 1912 г. следующим Думским созывом. Для мировых судей требование среднего образования стало соединяться со службой по судебной части в течение не менее трех лет. Теперь отвечающие каждому из этих условий в отдельности не могли, как ранее, по Судебным уставам в редакции 1864 г., автоматически претендовать на баллотировку. А вот высшее образование, как и прежде, не требовалось. При избрании в почетные (неоплачиваемые) мировые судьи для лица со средним образованием предыдущая служба также не являлась условием. Если же кандидат в мировые судьи имел *высшее юридическое* образование, то достаточным для занесения в избирательные списки был либо половинный имущественный ценз, либо равноценный ему служебный: исправление не менее трех лет должностей земского участкового начальника, присяжного поверенного, нотариуса, мирового или городского судьи, судебного следователя или товарища прокурора окружного суда.<sup>19</sup> Опытные специалисты, таким образом, могли не соответствовать высокому имущественному цензу, часто служившему непреодолимым препятствием для многих способных занять эту должность и, как говорилось выше, объективно понизившему профессиональный уровень мировых судей.

Однако допускалась и ситуация, когда служебный ценз преобладал над образовательным: лица, прослужившие не менее шести лет в должностях предводителей дворянства, секретарей мирового съезда, земских участковых начальников или секретарей уездного съезда, могли не представлять сведений о своем образовании. Речь идет о земских и местных судебно-административных учреждениях.

Если вновь обратиться к табл. 3, мы увидим, что последние выборы, состоявшиеся в Петербурге — Петрограде после вступления в действие закона 1912 г., действительно привели к повышению доли лиц с высшим юридическим образованием в мировых судах. Однако считать этот факт тенденцией вряд ли возможно: падение монархии оборвало и эволюцию мировой юстиции в России на несколько десятилетий...

<sup>17</sup> Журнал гражданского и уголовного права. 1879. Кн. 6. С. 111–112.

<sup>18</sup> Государственная Дума. Второй созыв. Стеногр. отчеты. 1907 г. Сессия II. Т. 2. СПб., 1907. Ст. 1346–1347.

<sup>19</sup> Учреждение судебных установлений (в ред. от 15 июня 1912 г.) // ПСЗ РИ. Собр. 3-е. Т. XXXII. № 37328. Ст. 19.

## ИЗ ИСТОРИИ ВРЕМЕННЫХ СУДОВ (ПЕТРОГРАД, 1917 г.)

А. Б. НИКОЛАЕВ\*

Упоминания о временных судах содержатся как в обобщающих работах по истории российской судебной системы<sup>1</sup> и мирового суда,<sup>2</sup> так и в работах, посвященных непосредственно событиям революционного 1917 года.<sup>3</sup> Вместе с тем история временных судов Петрограда не привлекла должного внимания отечественных исследователей: вплоть до сегодняшнего дня была опубликована лишь одна специальная статья на эту тему.<sup>4</sup>

Так и не выяснены обстоятельства того, как было принято решение о создании временных судов Петрограда, кто выступил с инициативой, приведшей к изданию министром юстиции 3 марта 1917 г. Приказа № 2. Считается, что появление «временных судов связано с политической борьбой, развернувшейся в период двоевластия, и с уступками революционному народу со стороны Временного правительства».<sup>5</sup> В приказе же от 3 марта 1917 г. указывалось, что временные суды образуются для того, чтобы «быстро устранить печальные недоразумения, возникающие в городе между солдатами, населением и рабочими».<sup>6</sup> Думается, что причины создания временных судов требуют более серьезного изучения. Недостаточно, на наш взгляд, рассмотрен и вопрос о нормативно-правовых основах деятельности временных судов в Петрограде.

Министр юстиции А. Ф. Керенский 3 марта отдал Приказ № 2 об образовании временных судов в Петрограде, который, несомненно, имел характер законодательного акта. В нем он поручал мировым судьям «принять участие в образовании временных судов», состоящим из трех человек — мирового судьи, представителя от армии и представителя от рабочих. Механизм наполнения состава временных судов за счет представителей от армии и рабочих в приказе не раскрывался. Но важен был

---

\* Николаев Андрей Борисович, д. и. н., профессор, кафедра русской истории РГПУ им. А. И. Герцена.

© А. Б. Николаев, 2009

<sup>1</sup> Шевчук В. Б. Реформирование судебной системы России во второй половине XIX — нач. XX в. (историко-правовое исследование). Дис. ... к. ю. н. СПб., 2004. С. 167.

<sup>2</sup> Лонская С. В. Мировая юстиция в России. Калининград, 2000. С. 152–154.

<sup>3</sup> Токарев Ю. С. Народное правотворчество накануне Великой Октябрьской социалистической революции (март — октябрь 1917 г.). М.; Л., 1965. С. 116–117.

<sup>4</sup> Скрипелев Е. А. К истории временных судов Петрограда в 1917 г. // Правоведение. 1968. № 6. С. 120–124.

<sup>5</sup> Там же. С. 121.

<sup>6</sup> Приказы министра юстиции // Вестник Временного правительства. 1917. 5 марта; Об образовании временных судов // Собр. узаконений и распоряжений правительства, издаваемое при Правительствующем Сенате. Отдел первый (далее — СУ). 1917. № 58. 12 марта. Ст. 354. С. 544.

сам подход — привлечение к осуществлению правосудия представителей народных масс. Суд должен был заседать в помещении камеры мирового судьи, подчеркивалось также, что «границы мировых районов сохраняются». Иначе говоря, при создании временных судов предполагалось использовать кадровую и материально-техническую базу мировых судов Петрограда. Заметим, что в приказе ничего не говорилось о ликвидации прежних мировых судов. То есть вследствие приказа Керенского в Петрограде наряду с мировыми судами должны были в ближайшее время заработать и временные суды. Кстати, первыми начали осуществлять свою деятельность именно временные суды, и лишь несколько позднее — мировые участковые суды.<sup>7</sup> Количество камер временных судов в приказе не оговаривалось. Указывалось, что дела во временных судах «разрешаются по большинству голосов, причем члены суда пользуются равными правами». Согласно приказу «заседания в камерах продолжаются с 10 ч утра до 5 ч дня». Подсудность временных судов четко прописана в приказе не была. Насколько можно понять, все судебные дела, попавшие в камеру временного суда, условно можно разделить на две группы: менее серьезные и серьезные. Первые рассматривались временными судами в окончательном порядке, а вторые временный суд, видимо, после признания их таковыми, должен был направлять на «разрешение коменданта от Временного правительства».<sup>8</sup> Судя по всему, комендант — это уполномоченный Временного правительства, получивший право единолично выносить приговоры по «серьезным делам», переданным из временных судов.

Недоговоренности, содержащиеся в приказе от 3 марта, были обсуждены 4 марта председателем Петроградского столичного мирового съезда В. В. Меншуткиным и присяжным поверенным Я. Г. Фрумкиным. Ими были намечены предложения, которые должны были закрыть юридические лакуны приказа Керенского о временных судах. На следующий день, 5 марта, «намеченное» Меншуткиным и Фрумкиным «разрешение» «было окончательно выработано распорядительным заседанием съезда», а 6 марта — «одобрено общим собранием мировых судей, судей от солдат и от рабочих» и оформлено в виде «Инструкции для временных судов».<sup>9</sup>

Инструкция, состоящая из 19 параграфов, содержала детальную регламентацию деятельности временных судов. Ранее исследователи, характеризуя эту инструкцию, ограничивались ее изложениями, опубликованными в различных периодических изданиях 1917 г.<sup>10</sup> Нам же удалось выявить проект инструкции, одобренной 6 марта 1917 г. В ЦГИА хранится проект инструкции с правкой,<sup>11</sup> а в прессе был опубликован проект уже без исправлений.<sup>12</sup>

<sup>7</sup> 21 марта 1917 г. начали свою работу 18 камер мировых судей для рассмотрения гражданских дел (*Открытие [камер] мировых судей // День. 1917. 21 марта*).

<sup>8</sup> СУ. 1917. № 58. 12 марта. Ст. 354. С. 544.

<sup>9</sup> Меншуткин В. Временные суды в Петрограде // Журнал Министерства юстиции (ЖМЮ). 1917. № 4. С. 185; Скрипелев Е. А. К истории временных судов Петрограда в 1917 г. С. 121.

<sup>10</sup> В частности, Е. А. Скрипелев в своей работе ссылался на изложение инструкции, которое было дано еженедельником «Право» (1917. № 8. Стб. 460). Кроме того, подробное изложение инструкции было опубликовано в «Журнале Министерства юстиции» (1917. № 2–3. С. 55–56).

<sup>11</sup> ЦГИА СПб. Ф. 520. Оп. 1. Д. 556. Л. 17–17 об.

<sup>12</sup> Проект инструкции для временных судов // Новое время. 1917. 9 марта.

Параграф 1 Инструкции повторял положение приказа министра юстиции А. Ф. Керенского о составе формирующихся временных судов, т. е. они должны были состоять «в равном числе из мировых судей, представителей от армии и представителей от рабочих». Здесь же указывалось, что «камеры временных судов в числе 21-й распределяются по различным районам города, согласно прилагаемому расписанию». Временным судам были «подсудны деяния, направленные против личной и имущественной безопасности граждан, а также против общественного порядка и спокойствия, в том числе и посягательства против нового порядка, если они совершены после 27 февраля частными лицами или воинскими чинами вне службы» (§ 2). Новацией было то, что «воинские чины за преступления и проступки, совершенные вне службы, судились также временными судами». <sup>13</sup> Несомненно, что эта подсудность не ограничивалась «деяниями», произошедшими в дни Февральской революции. Временные суды должны были рассматривать дела, в том числе и посягательства против нового порядка, возникшие и в последующий период. В § 3 указывалось, что суд получил право налагать следующие наказания: «выговор, замечание, внушение, штраф до 10 000 руб., арест не свыше 3 месяцев, тюремное заключение не свыше 1 года и 6 месяцев». В. В. Меншуткин разъяснял, что эти наказания находились «в пределах, определенных для власти мировых судей (ст. 33 Устава уголовного судопроизводства), <sup>14</sup> только размер денежных взысканий повышен до десяти тысяч рублей, в предвидении того, что временным судам придется разбирать дела о тайной продаже спирта, крепких напитков, переработанного денатурированного спирта, об ответственности торговцев и промышленников за возвышение или понижение цен на предметы продовольствия или необходимой потребности». <sup>15</sup> И все-таки, во-первых, в инструкции эта связанность временного суда законами прописана не была, а во-вторых, по крайней мере по одному виду наказания — денежное взыскание — подсудность временных судов выходила за рамки мировых.

В § 3 Инструкции вновь говорилось о коменданте, в распоряжение которого временный суд передавал дело в том случае, если находил, что «деяние по важности заслуживает более строгого наказания». При этом не были указаны те наказания, которые мог налагать комендант. Можно предположить, что к ним относились штраф свыше 10 000 руб., арест свыше 3 месяцев и тюремное заключение свыше 1 года и 6 месяцев. Правда, оставалось непонятным, где лежит верхняя граница наказания и о каких конкретно преступлениях идет речь. В газете «День», впрочем, разъяснялось, что к этим преступлениям относятся, например, имеющие «характер политический». <sup>16</sup> Отметим также, что в проекте инструкции говорилось о районном коменданте. Но слово «районный» было затем вычеркнуто. <sup>17</sup> Это заставляет предположить, что речь шла о каком-то единственном коменданте, которому надлежало рассматривать дела, переданные из временных судов как выходявшие за рамки их компетенции по тяжести преступного деяния и размеру наказания. Несомненно, что в данном слу-

<sup>13</sup> Меншуткин В. Временные суды в Петрограде. С. 186.

<sup>14</sup> Устав уголовного судопроизводства. Систематический комментарий / под общ. ред. М. Н. Гернета. М., 1914. Вып. 1. С. 155.

<sup>15</sup> Меншуткин В. Временные суды в Петрограде. С. 186.

<sup>16</sup> Первый день действия временных судов // День. 1917. 8 марта.

<sup>17</sup> ЦГИА СПб. Ф. 520. Оп. 1. Д. 556. Л. 17.

чае речь шла не о военном коменданте, а о лице, которому новая власть вручила судебные функции.

Какой-либо переписки временных судов с комендантом от Временного правительства нами не выявлено. Складывается впечатление, что этот институт не нашел реального воплощения и остался лишь на бумаге. Косвенно в пользу этого утверждения говорят слова весьма информированного о деятельности временных судов человека — председателя Петроградского столичного мирового съезда В. В. Меншуткина. Он писал: «...как разрешались такие дела комендантом и имел ли он вообще возможность их разрешать, оставалось неизвестным...».<sup>18</sup> Иначе говоря, о судебной деятельности коменданта от Временного правительства Меншуткину ничего известно не было.

Параграф 4 Инструкции устанавливал, что временному суду предоставлялось право заменить денежное взыскание в случае неуплаты такового арестом. На суды возлагалась также обязанность принять меры к тому, чтобы «никто не содержался под стражей без письменного постановления лиц, принадлежащих к Временному правительству или им уполномоченных, а равно военных или гражданских властей настоящего времени». Временные суды были обязаны немедленно освобождать всех неправильно задержанных (§ 5). На мирового судью возлагалось председательствование, наблюдение за делопроизводством, заведование канцелярией (§ 7) и распоряжение военным караулом, охраняющим камеру суда (§ 17). В Инструкции, как и в Приказе от 3 марта, указывалось, что заседания судов «не должны прекращаться ранее 5 часов дня» (§ 9). Здесь же содержалась новация: подчеркивалось, что суд должен был работать также в воскресные и праздничные дни.

Получив жалобу (словесную или письменную) или сообщение, временный суд должен был рассмотреть дело, не направляя его в суд другого района. Арестованные препровождались в ближайшую к месту совершения преступления камеру временного суда (§ 10). Вызов «к суду» производился приказом суда, доставляемым через рассыльного, которому при вручении приказа городская милиция и военные власти были обязаны оказывать содействие. В случае неявки вызываемого лица суд мог поручить милиции района по месту проживания вызываемого подвергнуть его приводу (§ 11). Согласно § 12 производство во временном суде «устно и публично». Указывалось, что в суде должна вестись книга, в которой отмечались: а) день заседания и состав участвующих судей; б) имена, отчества, фамилии и местожительства обвиняемых; в) существо обвинения; г) содержание приговора или иного постановления; д) время исполнения приговора или постановления.<sup>19</sup> Инструкция не предусматривала составление временными судьями протоколов заседаний по тем или иным делам. В Инструкции указывалось, что свидетели перед допросом давали обещание «показывать правду по чистой совести» (§ 13). Приговоры должны были объявляться по следующей форме: «Именем Временного правительства России временный суд ... района г. Петрограда приговорил...» (§ 14). Приговор, подписанный всеми членами суда и заслушанный присутствующими стоя, подлежал немедленному исполнению. Лица, осужденные к лишению свободы, отсылались в места заключения. Одновременно туда же направ-

<sup>18</sup> Меншуткин В. Временные суды в Петрограде. С. 186.

<sup>19</sup> Образец заполнения книги был разослан по временным судам в Петрограде (ЦГИА СПб. Ф. 520. Оп. 1. Д. 556. Л. 35).

лялась и выписка из приговора, подписанная членами суда (§ 15). Обжалованию приговоры не подлежали, но могли быть отменены министром юстиции в порядке надзора (§ 16). Отвлекаясь от анализа правовых основ деятельности временных судов, отметим, что в отдельных случаях они признавали распоряжения министра юстиции об отмене приговоров незаконными.<sup>20</sup> Именно невозможность обжалования приговоров и позволяла авторам Инструкции не включать в нее положение о протоколах временных судов. Лица, приговоренные к аресту, содержались в городском арестном доме; к тюремному заключению — в одиночной тюрьме. Взысканные штрафы поступали в доход казны. Осужденные воинские чины для исполнения приговора передавались в распоряжение начальства (§ 19).

Можно утверждать, что, согласно Инструкции, временные суды являлись органами народного правосудия, действия которых не были связаны законами и ограничивались лишь надзорной властью министра юстиции. Подчеркнем и то, что Инструкция была введена явочным порядком. Временные суды, открывшие свои судебные заседания 7 марта 1917 г., функционировали на ее основе.<sup>21</sup>

Нормативно-правовая база, определявшая судоустройство и судопроизводство временных судов, изменялась и дополнялась за счет различных ведомственных документов Министерства юстиции. Так, 8 марта 1917 г. Министерство юстиции отдало циркулярное распоряжение за № 8885 председателям съездов мировых судов, согласно которому «приговоры, решения и определения судебных мест», провозглашаемые от имени верховной власти, подлежали «объявлению от имени Временного правительства в следующей форме: “По указу Временного правительства...”».<sup>22</sup> 13 марта 1917 г. копия циркуляра была препровождена за № 222 во временные суды Петрограда.<sup>23</sup> Теперь временные суды были обязаны использовать эту формулу приговора, а не содержащуюся в «Инструкции для временных судов» от 6 марта. С 15 марта, согласно распоряжению Временного правительства, «все чины полиции после рассмотрения их дел временными судами» обязаны были явиться в Следственную комиссию при Государственной думе, а не в Общественное градоначальство.<sup>24</sup> Видимо, здесь они должны были получить соответствующие удостоверения или направления к воинскому начальнику для дальнейшего направления в действующую армию. Петроградский Совет рабочих и солдатских депутатов, по сообщению прессы, выступал за то, чтобы отправлять полицейских, городских и других представителей старого режима в Сибирь на поселение.<sup>25</sup> 21 марта Первый департамент Министерства юстиции обратился к председателю Петроградского столичного съезда мировых с указанием за № 1241, которое конкретизировало § 19 Инструкции от 6 марта 1917 г. Речь шла о том, что осужденные воинские чины для исполнения приговора должны были препровождаться к «коменданту города, который в качестве местного представителя военно-полицейской власти... либо непосредственно приводит приговоры в исполнение, препровождая осуж-

<sup>20</sup> Судебные вести // Новое время. 1917. 28 июля.

<sup>21</sup> Первый день действия временных судов.

<sup>22</sup> Циркулярное распоряжение по Министерству юстиции. № 8885. 8 марта 1917 г. // ЖМЮ. 1917. № 2–3. С. 54.

<sup>23</sup> ЦГИА СПб. Ф. 520. Оп. 1. Д. 556. Л. 37.

<sup>24</sup> Хроника // Биржевые ведомости. 1917. 15 марта (веч. вып.).

<sup>25</sup> Что делать с арестованными // Последние новости. Киев, 1917. 22 марта (утр. вып.).

денного в надлежащее место заключения военного ведомства, либо дает им, в надлежащих случаях, дальнейшее законное направление». Извещение об оправдательном приговоре также необходимо было направлять не военному начальству, а коменданту города. 24 марта это указание за № 1778 было направлено председателем Столичного съезда мировых судей во временные суды.<sup>26</sup> Подчеркнем, что в данном случае речь идет о военном коменданте, а не о коменданте от Временного правительства, обладавшим судебными функциями.

В судопроизводство временных судов Петрограда стали вторгаться различные органы, созданные для выяснения вопроса об арестованных. Напомним, что § 5 Инструкции от 6 марта предоставлял именно временным судам право озаботиться выяснением оснований (к ним относилось наличие или отсутствие письменного постановления органов новой революционной власти) ареста задержанных лиц и предписывал немедленно освобождать всех неправильно задержанных. В компетенцию временных судов, в частности, попытался вторгнуться Комитет об арестованных, состоящий из чинов прокуратуры и выборных офицеров. Заседания комитета проходили под председательством помощника общественного градоначальника по гражданской части С. Г. Саватикова. По сообщению прессы, Комитет принял решение «разгрузить Таврический дворец от арестованных мелких преступников». Предполагалось освободить в первую очередь городских и жандармов-инвалидов, а затем — «полицейских чинов, добровольно сдавшихся революционному народу и не причинивших ему особенного вреда». Все освобожденные должны были получить «особые очистительные свидетельства».<sup>27</sup> Иначе говоря, лица, арестованные внесудебным порядком, должны были получить свободу также внесудебным порядком. Видимо, предполагалось, что «очистительные свидетельства» защитят вышедших на свободу полицейских и жандармов от народного гнева. Но план Комитета, в случае его реализации, наносил удар по временным судам, а точнее — фактически уничтожал § 5 Инструкции и, тем самым, сокращал компетенцию временных судов.

В начале марта 1917 г. Советом присяжных поверенных была избрана комиссия для обследования причин задержания арестованных. По словам В. В. Меншуткина, Анкетная комиссия была создана присяжным поверенным М. Л. Гольдштейном «с разрешения» министра юстиции А. Ф. Керенского.<sup>28</sup> Председатель Комиссии Гольдштейн и другие ее члены 6 марта посетили товарища министра юстиции А. С. Зарудного, который на постановление Петроградского совета присяжных поверенных о создании комиссии наложил резолюцию с просьбой к начальнику Главного тюремного управления А. А. Жижеленко оказать ей «полное содействие».<sup>29</sup> Предполагалось, что члены Анкетной комиссии опросят содержащихся в местах заключения, а составленные протоколы опросов представят во временные суды «для распоряжений об освобождении или задержании в дальнейшем арестованных». В связи с этим Комиссия обратилась к Меншуткину с предложением организовать «в пяти временных судах вечерние заседания от 8 до 10 час. вечера для доставления в них задержанных в видах наиболее скорого разрешения вопроса о правильности ареста для облегчения участи арестованных». 7 марта председатель Петроградского

<sup>26</sup> ЦГИА СПб. Ф. 520. Оп. 1. Д. 556. Л. 50.

<sup>27</sup> Хроника революционного движения // День. 1917. 7 марта.

<sup>28</sup> ЦГИА СПб. Ф. 520. Д. 556. Л. 20.

<sup>29</sup> Сообщения // ЖМЮ. 1917. № 2–3. С. 75.

столичного мирового съезда Меншуткин созвал для обсуждения предложения Анкетной комиссии представителей временных судов, которые отнеслись к предложению «сочувственно». 8 марта Меншуткин обратился к членам временных судов с просьбой «установить очередь для присутствия в вечерних заседаниях».<sup>30</sup>

10 марта Гольдштейн принял участие в совещании в ГТУ «по вопросу об урегулировании мест заключения».<sup>31</sup> Вскоре Гольдштейн вместе с прокурором Петроградской судебной палаты П. Н. Переверзевым составил докладную записку о создании Комиссии об арестованных. А. Ф. Керенский утвердил записку 13 марта 1917 г. и просил Гольдштейна «быть председателем» этой Комиссии. В записке подчеркивалось, что «вопрос об арестованных и арестуемых, число коих дошло до нескольких тысяч, осложняется с каждым днем». По мнению авторов записки, это вызывалось тем, что «не только причины задержания, но и причины освобождения до того разнообразны, и иногда противоречивы, что о равенстве, справедливости, а главное — об единстве не может быть и речи». Переверзев и Гольдштейн утверждали, что «не только Министерство юстиции, Общественное градоначальство, Думская комиссия, но и временные суды придерживаются различных взглядов на один и тот же предмет».<sup>32</sup> В связи с этим предлагалось образовать при прокуроре судебной палаты «Комиссию об арестованных» в составе председателя и ее членов — по одному мировому судье, товарищу прокурора, представителю от Совета рабочих и солдатских депутатов, Общественного градоначальства, Государственной думы, Главного тюремного управления и адвокатуры. Можно предположить, что мировой судья представлял не только мировую юстицию, но и временные суды. Комиссия должна была, в частности, выработать инструкцию для временных судов, которой они должны руководствоваться «при разрешении дел» арестованных (п. 3). Указывалось также, что комиссия должна была «организовать работу временных судов в местах заключения в две смены» (п. 4).<sup>33</sup>

Инструкция была выработана в кратчайший срок: 17 марта она была утверждена товарищем министра юстиции Г. Д. Скарятиным как «Временные правила об условиях освобождения арестованных и производства новых арестов в городе Петрограде». Шесть из восьми пунктов «Временных правил» были посвящены деятельности временных судов. В п. 2 указывалось, что «при отсутствии письменного приказа, постановления или других достаточных оснований к задержанию арестованных лиц, временные суды постановляют о немедленном их освобождении». Заметим, что этот пункт был взят из Инструкции для временных судов от 6 марта (§ 5). В п. 3. содержалась норма, вносящая существенное изменение в Приказ от 3 марта: «Дела о преступных деяниях, наказания за которые превышают компетенцию временных судов, направляются ими подлежащей судебной власти». Она заменяла собой следующее исключенное положение: «Серьезные дела направляются на разрешение коменданта от Временного правительства». Заметим, что к этому времени должность коменданта получила новое наименование, но ликвидирована не была. 16 марта 1917 г. председатель Петроградского столичного мирового съезда уведомил

<sup>30</sup> ЦГИА СПб. Ф. 520. Д. 556. Л. 20.

<sup>31</sup> *Сообщения* // ЖМЮ. 1917. № 2–3. С. 75.

<sup>32</sup> ЦГИА СПб. Ф. 1695. Оп. 2. Д. 49. Л. 11.

<sup>33</sup> *Образование комиссии об арестованных* // ЖМЮ. 1917. № 2–3. С. 56–57; *Вестник Временного правительства*. 1917. 14 марта.

временные суды, что «комендант от Временного правительства ныне именуется — «комиссар г. Петрограда»». <sup>34</sup> Вместе с тем во «Временных правилах» о комиссаре г. Петрограда ничего не говорилось. Видимо, это было связано с тем, что в обязанности комиссара г. Петрограда судебные функции уже не входили. Во всяком случае, никакой переписки временных судов с комиссаром от Временного правительства нами не выявлено. Пункт 4 устанавливал полномочия временных судов в решении дел об арестованных лицах, служащих в политической полиции, кроме нижних чинов Петроградского жандармского дивизиона, подлежащих передаче временными судами в распоряжение особой следственной комиссии. Пункт 5 предписывал временным судам при выяснении непричастности чинов сыскальной полиции к политическому сыску зачислять их за Петроградским общественным градоначальником и препроводить в его распоряжение. В п. 6 перечислялись лица, служащие в полиции, которые приравнивались в отношении условий и порядка их освобождения к частным лицам (чины речной полиции, служители полицейских участков, медперсонал, писцы и служащие при участках и частях по вольному найму). Это положение перекликалось с сообщением Петроградского общественного градоначальства от 13 марта за № 1351, в котором указывалось, что чины речной полиции подлежали немедленному освобождению. <sup>35</sup> В связи с этим можно даже предположить, что освобождению подлежали все лица, указанные в п. 6. В п. 7 перечислялись лица, подпадавшие под обследование через особые следственные отряды (офицерские и классные чины наружной полиции, околоточные надзиратели, паспортисты и письмоводители участков, смотрители и служители полицейских арестных домов, городские). На основании данных обследования временные суды обязаны были принять постановление «о передаче лиц, подлежащих дальнейшему содержанию, в особую следственную комиссию». Все остальные должны были быть освобождены, за исключением военнообязанных, которые передавались «в распоряжение подлежащего военного начальника». <sup>36</sup>

Наконец, 22 марта 1917 г., за подписью товарища министра юстиции А. С. Зарудного, была утверждена «Инструкция для временных судов». Министерская инструкция, состоящая из 20 параграфов, содержала некоторые новации. Е. А. Скрипилев отметил, что «вместо коменданта, которому следовало передавать наиболее сложные дела, в ней упоминается «подлежащая судебная власть»» <sup>37</sup> (§ 3). В § 14 указывалась новая форма вынесения приговора. Новым было и положение, согласно которому временный суд получил право досрочного освобождения осужденного от дальнейшего заключения, если убедится в его раскаянии или исправлении (§ 20). <sup>38</sup>

Скрипилев дал высокую оценку этой инструкции, считая, что она содержала более детальную регламентацию деятельности временных судов, чем Инструкция от 6 марта. С этим утверждением вряд ли можно согласиться полностью. В Инструкции от 22 марта содержалось всего три новых положения: передача наиболее сложных дел подлежащей судебной власти, форма приговора, право досрочного освобождения осужденных временными судами. Но, согласно циркулярному распоряжению Минис-

<sup>34</sup> ЦГИА СПб. Ф. 520. Оп. 1. Д. 556. Л. 43.

<sup>35</sup> Там же.

<sup>36</sup> *Временные правила об условиях освобождения арестованных и производства новых арестов в городе Петрограде* // ЖМЮ. 1917. № 2–3. С. 57–59.

<sup>37</sup> *Скрипилев Е. А.* К истории временных судов Петрограда в 1917 г. С. 121.

<sup>38</sup> *Инструкция для временных судов* // ЖМЮ. 1917. № 4. С. 190–192.

терства юстиции от 8 марта, доведенному до временных судов 13 марта, новая форма приговора уже ими использовалась.<sup>39</sup> Положение о передаче наиболее сложных дел подлежащей судебной власти содержалось в Правилах от 17 марта. Все остальные положения были заимствованы из Инструкции от 6 марта.

Более того, Инструкция от 22 марта, на наш взгляд, создавала коллизию в вопросе о делах, неподсудных временному суду: в § 6 вновь упоминался комендант, которому передавались лица, неподсудные временному суду, т. е. было восстановлено положение о коменданте, содержавшееся в Инструкции от 6 марта. Но как это согласовывается, во-первых, с положением о передаче наиболее сложных дел «подлежащей судебной власти» и, во-вторых, с тем, что комендант от Временного правительства к этому времени уже именовался комиссаром? Не исключено, что при принятии этой инструкции был заимствован соответствующий параграф из Инструкции от 6 марта, который по каким-то причинам не подвергся предварительному изменению. Эта коллизия приводила к недоразумениям, суть которых изложена в уведомлении прокурора Петроградской судебной палаты от 15 апреля за № 1981 на имя председателя Съезда мировых судей. Прокурор писал: «...по имеющимся у меня сведениям, арестованных, препровождаемых в тюрьмы, неправильно зачисляются содержанием за главным комендантом, какового в Петрограде вовсе нет...».<sup>40</sup> Добавим, что в § 19 Инструкции от 22 марта по неизвестным причинам не было внесено изменение в соответствии с указанием Первого департамента Министерства юстиции от 21 марта 1917 г., т. е. осужденные воинские чины, как и прежде, должны были передаваться «в распоряжение их начальства для исполнения приговора», а не коменданту города. Здесь речь идет о военном коменданте, который судебной властью не обладал.

Интересно и то, что в данной Инструкции не нашли отражение п. 4 и п. 7 Правил от 17 марта, в которых содержался перечень лиц, в первом случае подлежащих передаче в распоряжение Особой следственной комиссии, а во втором — деятельность которых подлежала обследованию «через особые следственные отряды». Временные суды, видимо, считая основным нормативно-правовым документом, определяющим их деятельность, Инструкцию от 22 марта, в полной мере не следовали Правилам от 17 марта 1917 г. Это приводило к тому, что временные суды, в частности, игнорировали п. 7 и освобождали чинов полиции, не прошедших предварительно через процедуру обследования в особых следственных отрядах. Председатель Столичного мирового съезда 26 марта был вынужден в связи с этим обратиться к временным судам с уведомлением, что «несколько таким образом освобожденных судами чинов полиции были умерщвлены населением» и призвал к точному соблюдению правил от 17 марта. Он разъяснял, что «только при получении от следственных отрядов материала о деятельности чинов полиции явится возможность всесторонне обсудить вопрос об освобождении или дальнейшем задержании арестованных, как в видах общественного порядка, так и личной безопасности освобожденных».<sup>41</sup>

<sup>39</sup> В прессе сообщалось, что «вместо старой формы приговора Временный суд приносит приговоры в такой форме: ...“Постановление. 14 марта 1917 года по указу Временного правительства России Временный суд 5 района гор[ода] Петрограда постановил: ...”» (*Новый суд // Маленькая газета. 1917. 17 марта*).

<sup>40</sup> ЦГИА СПб. Ф. 1695. Оп. 2. Д. 105. Л. 49 а.

<sup>41</sup> Там же. Ф. 520. Оп. 1. Д. 556. Л. 49.

Инструкция, утвержденная Министерством юстиции, подверглась резкой критике со стороны ряда юристов. Так, М. С. Раввич писал в июне 1917 г., что благодаря министерской инструкции временные суды «не связаны законом — ни материальным, ни процессуальным». Раввич утверждал, что «суд, не связанный законом, — не суд», а расправа. Он призывал издать постановление, которое обязало бы временные суды соблюдать законы, ввело апелляции в Съезд судей и кассации в Сенат.<sup>42</sup> Справедливости ради укажем, что судебные власти предприняли попытку «связать» временный суд законом.<sup>43</sup> В июле 1917 г. «прокурором Петроградского окружного суда было направлено во временные суды дознание о ряде лиц, обвинявшихся, в связи событиями 3–5 июля, по ст. 29 уст. о нак. (за появление с оружием в руках на улице),<sup>44</sup> перечислив арестантов за временными судами». <sup>45</sup> И хотя указанным лицам обвинений и постановлений о дальнейшем содержании под стражей временными судами так и не было сделано,<sup>46</sup> но с этого времени они стали выносить обвинительные приговоры именно по этой статье. Так, 19 июля во II временном суде рассматривалось дело трех молодых людей, устроивших стрельбу в ночь с 17 на 18 июля в районе Невского проспекта и Знаменской площади. Всем троим было предъявлено обвинение по ст. 29 Устава о наказаниях, налагаемых мировыми судьями.<sup>47</sup>

Некоторые вопросы деятельности временных судов регламентировались как председателем Петроградского столичного съезда мировых судей, так и самим Столичным съездом. Ими принимались некоторые меры, которые определялись подходом, содержащимся в приказе министра юстиции А. Ф. Керенского, об использовании материально-технической базы Петроградского мирового суда для создания и функционирования временных судов. В частности, председатель Столичного мирового съезда В. В. Меншуткин 8 марта обратился к мировым судьям с просьбой откомандировать «рассыльных недействующих камер в распоряжение временных судов для разности пакетов и приказов».<sup>48</sup> 24 марта распорядительное заседание Петроградского столичного съезда мировых судей приняло ряд положений, касающихся материально-технической стороны деятельности временных судов. Расходы по временным судам теперь должны были покрываться мировыми судьями из получаемых ими канцелярских сумм для мировых судов поровну, т. е. половина средств должна была направляться на расходы по деятельности временных судов, а половина — мировых судов. Это положение имело силу относительно мировых судей 18 камер. Исключение составляли мировой суд 34-го участка, а также камеры по распределению денег между кредиторами и по делам о несовершеннолетних.

В ходе этого же заседания были приняты «Правила пересылки пакетов и вручения повесток», в которых шла речь и о временных судах. В п. 1

<sup>42</sup> Раввич М. С. Временные суды // Право. 1917. № 17. 13 июня. Стб. 972–973.

<sup>43</sup> Вопрос о связанности временных судов Петрограда законами требует специального изучения.

<sup>44</sup> О новом изложении ст. 29 Устава о наказаниях, налагаемых мировыми судьями // СУ. 1917. № 66. 23 марта. Ст. 376. С. 570.

<sup>45</sup> ЦГИА СПб. Ф. 520. Оп. 1. Д. 555. Л. 8.

<sup>46</sup> Там же; Хроника // День. 1917. 10 августа.

<sup>47</sup> Четыре месяца тюрьмы за хулиганство. Эпилог стрельбы на Знаменской площади / Изо дня в день // Петроградская газета. 1917. 20 июля.

<sup>48</sup> ЦГИА СПб. Ф. 520. Оп. 1. Д. 556. Л. 18.

указывалось, что при каждом временном суде должно состоять не менее двух рассыльных. Если же во временном суде имелся лишь один рассыльный, то в такой участок должен быть командирован «другой рассыльный из участков, входящих в состав данной группы, по очереди или по соглашению соответствующих судей» (п. 2). Правила предусматривали разрешение ситуации, когда повестки и другие бумаги временного суда подлежали вручению вне пределов того участка, где располагался временный суд. В этом случае временный суд направлял их с пометкой «Съезд — Почта» в почтовую экспедицию через рассыльного Петроградского столичного съезда мировых судей (п. 11).<sup>49</sup>

Некоторые вопросы деятельности временных судов разрешались собраниями временных судей. Как уже указывалось, в ходе одного из них представители временных судов согласились с предложением Анкетной комиссии о введении вечерних заседаний в пяти камерах временных судов. 8 марта В. В. Меншуткин выбрал для этих целей камеры V, VI, XI, XVII и XX временных судов.<sup>50</sup> Но уже 13 марта было решено проводить вечерние заседания временных судов только в камере мирового судьи 47-го участка (Литейный пр., д. 15) по установленной очередности с 16 марта по 5 апреля включительно для всех мировых судов.<sup>51</sup> Общее собрание судей могло решать вопрос о закрытии той или иной камеры временного суда. Так, в заседании 7 июня 1917 г. оно определило закрыть I временный суд (Новоисаакиевская ул., д. 22), а дела по 1-му подрайону Адмиралтейского района передать в XXI временный суд (наб. р. Фонтанки, д. 107), а по 2-му подрайону — в VIII суд (Казанская ул., д. 40).<sup>52</sup> Что касается судей I временного суда, то они переводились во II временный суд (Гончарная ул., д. 25). Все эти меры приводились в исполнение с 12 июня 1917 г.<sup>53</sup> Заметим, что и после 12 июня I временный суд еще работал. В одном из документов сообщалось, что в производство этого суда по 17 июня поступило 774 дела.<sup>54</sup> В одном из документов Юридической комиссии Петроградского столичного съезда мировых судей, который можно приблизительно датировать второй половиной мая 1917 г., проходил как упраздненный XVIII временный суд (Кавалергардская ул., д. 2).<sup>55</sup> Предположительно, решение о закрытии этого суда также было принято Общим собранием судей во временных судах. Иначе говоря, Общее собрание судей пересматривало § 1 инструкций от 6 и 22 марта 1917 г., где говорилось о 21 камере временных судов. Никаких следов согласований с Министерством юстиции вопроса о закрытии камер временных судов нами не выявлено. 12 июля в ходе заседания Общего собрания временных судей был принят проект о передаче гражданских дел во временные суды. Судья по газетной публикации, временные суды предлагали свои услуги в решении споров между домовладельцами и квартирантимастерами, а также между предпринимателями и рабочими тех предприятий, которые находились вне ведения фабричной инспекции. Этот проект было решено передать на рассмотрение министра юстиции.<sup>56</sup>

<sup>49</sup> Там же. Л. 51–51 об.

<sup>50</sup> Там же. Л. 20.

<sup>51</sup> Там же. Л. 36.

<sup>52</sup> Районы Временных судов // Ведомости общественного градоначальства. 1917. 6 апреля.

<sup>53</sup> ЦГИА СПб. Ф. 520. Оп. 1. Д. 556. Л. 6.

<sup>54</sup> Там же. Д. 556. Л. 15.

<sup>55</sup> Там же. Д. 557. Л. 1.

<sup>56</sup> Передача гражданских дел временным судам / Изо дня в день // Петроградская газета. 1917. 13 июля.

Временные суды просуществовали недолго. Закон Временного правительства от 4 мая предоставил министру юстиции «озаботиться упразднением, в меру признанной им возможности, временных судов».<sup>57</sup> Ю. С. Токарев подчеркивает, что этим же постановлением «предусматривалось упразднение судебных установлений, введенных массами по своему почину».<sup>58</sup> 19 июля 1917 г. министр юстиции И. Н. Ефремов издал приказ, согласно которому временные суды упразднялись со дня вступления в соответствующих местностях в должность судей, избранных и назначенных на основании постановления Временного правительства от 4 мая.<sup>59</sup>

24 июля 1917 г. состоялись выборы мировых судей,<sup>60</sup> а 25 июля — председателя Петроградского столичного мирового съезда; в этот же день избранные мировые судьи принесли присягу.<sup>61</sup> Таким образом, с формально-юридической стороны 25 июля было последним днем работы временных судов в Петрограде. Вместе с тем материалы прессы позволяют утверждать, что некоторые камеры временных судов работали еще и 26 июля.<sup>62</sup> 14 августа председатель Петроградского столичного мирового съезда уведомил мировых судей о том, что 17 августа состоится распорядительное заседание съезда, в ходе которого предполагается рассмотреть, в частности, запрос Первого департамента Министерства юстиции «о порядке передачи дел упраздненных временных судов мировым судьям и в общие судебные места».<sup>63</sup> 16 сентября 1917 г., т. е. уже после закрытия временных судов в Петрограде, Временное правительство постановило «сократить наполовину определенные приговорами временных судов сроки заключения лицам, отбывающим наказания по приговорам названных судов в тех местностях, где таковые суды окажутся уже упраздненными, на основании приказа министра юстиции от 19 июля 1917 года». Исполнение этой меры возлагалось на прокурорский надзор.<sup>64</sup> 22 сентября 1917 г. это постановление было доведено Министерством юстиции до сведения прокурора Петроградской судебной палаты.<sup>65</sup>

В советской историографии временные суды характеризовались как урезанная форма «участия масс в осуществлении правосудия»,<sup>66</sup> а наиболее полезной стороной деятельности этих судов считалась их несвязанность «царскими материальными и процессуальными законами».<sup>67</sup> Приведенный в данной статье материал позволяет несколько расширить представление

<sup>57</sup> *О временном устройстве местного суда* // СУ. 1917. № 104. 6 мая. Ст. 577. С. 912.

<sup>58</sup> Токарев Ю. С. Народное правотворчество... С. 117. — Об упразднении всех судебных установлений, образованных населением по своему почину, говорилось в п. VI.2, а об упразднении временных судов, учрежденных по приказу министра юстиции от 3 марта 1917 г., — в п. VI.3.

<sup>59</sup> *Об упразднении временных судов* // СУ. 1917. № 167. 20 июля. Ст. 911. С. 1613.

<sup>60</sup> *В городской думе / Городские дела* // Новое время. 1917. 25 июля.

<sup>61</sup> *Выборы столичных мировых судей (в городской думе... 24 июля)* // Петроградская газета. 1917. 25 июля; *Выборы в мировом съезде* // Там же. 26 июля.

<sup>62</sup> *Обыски у спекулянтов / Дневник происшествий* // День. 1917. 27 июля; *Происшествие / Хроника* // Новое время. 1917. 27 июля.

<sup>63</sup> ЦГИА СПб. Ф. 520. Д. 555. Л. 12.

<sup>64</sup> *Журналы заседаний Временного правительства. Т. 4: Сентябрь — октябрь 1917 г.* / отв. ред. Б. Ф. Додонов; сост. Е. Д. Гринько. М., 2004. С. 147–148; *О сокращении срока наказания лицам, осужденным временными судами* // СУ. 1917. № 232. 22 сентября. Ст. 1610. С. 2690.

<sup>65</sup> ЦГИА СПб. Ф. 1695. Оп. 2. Д. 47. Л. 64.

<sup>66</sup> Токарев Ю. С. Народное правотворчество... С. 117.

<sup>67</sup> Скрипелев Е. А. К истории временных судов Петрограда в 1917 г. С. 124.

о временных судах Петрограда. Привлекая Приказом от 3 марта в качестве равноправных членов временного суда мирового судью (цензовый элемент) и представителей от армии и рабочих (нецензовый демократический элемент), А. Ф. Керенский использовал для создания новых судебных органов тот успешный опыт думско-советского сотрудничества, который позволил в дни Февраля 1917 г. решить ряд важнейших задач революции. Отметим, что в приказе не указывалось, на основе каких законов временные суды будут выносить приговоры, назначать наказания и т. д. Все эти вопросы должны были разрешить сами временные судьи. Тем самым А. Ф. Керенский выступил архитектором механизма народного (пусть и ограниченного!) правотворчества и правосудия, осуществляемого под надзором министра юстиции. Действительно, основным документом, определяющим деятельность временных судов, стала Инструкция от 6 марта, в утверждении которой принимали участие судьи от рабочих и солдат. Что касается министерской Инструкции от 22 марта, то она внесла лишь некоторые новации, сохранив основное содержание Инструкции от 6 марта, и создала коллизию по делам о преступных деяниях, наказания за которые превышали компетенцию временных судов. Только события 3–5 июля 1917 г. принудили судебные власти связать временный суд законом, да и то всего лишь через одну статью Устава о наказаниях, налагаемых мировыми судьями (ст. 29), данную в новой редакции, которая должна была применяться за появление с оружием в руках на улице. Подчеркнем и то, что некоторые вопросы деятельности временных судов в Петрограде решались общим собранием временных судей.

Решение об упразднении временных судов (Закон от 4 мая 1917 г.), их ликвидация (Приказом министра юстиции от 19 июля 1917 г.) и существенное сокращение сроков заключений по вынесенным временными судами приговорам (Постановление Временного правительства от 16 сентября 1917 г.) свидетельствовали о том, что, во-первых, временные суды фактически ставились в один ряд с судебными установлениями, самочинно введенными народными массами, и, во-вторых, тогдашняя власть признала опыт участия народа в правотворчестве и осуществлении правосудия негодным для судебной системы новой России.

## АДМИНИСТРАТИВНАЯ ВЫСЫЛКА ПРЕДСТАВИТЕЛЕЙ РОССИЙСКОЙ ИНТЕЛЛИГЕНЦИИ 1922 г.: ДИСКУССИОННЫЕ ПРОБЛЕМЫ

Л. Г. БЕРЛЯВСКИЙ\*

Высылка 1922 года продолжает приковывать к себе внимание исследователей: юристов, историков, философов. В частности, И. Е. Казанин утверждает, что новеллы в уголовном праве, введенные УК РСФСР 1922 г., соответствовали политике, намеченной государственным руководством по отношению к интеллигенции.<sup>1</sup> Действительно, высылка как вид уголовного наказания открывала главу «Роды и виды наказаний и других мер социальной защиты» вступившего в силу 1 июня 1922 г. УК РСФСР. Однако на практике все высланные депортировались не в результате уголовного преследования и не на основании судебного приговора, а в административном порядке — по решению исполнительной власти, без какого-либо судебного разбирательства, хотя уже был введен в действие УК РСФСР. В данном случае, как представляется, имело место осуществление неправовых практик.<sup>2</sup>

10 августа 1922 г. ВЦИК был принят Декрет «Об административной высылке», согласно которому высылка в административном порядке устанавливалась «в целях изоляции лиц, причастных к контрреволюционным выступлениям», в отношении которых испрашивалось у Президиума ВЦИК разрешение на изоляцию свыше двух месяцев и в тех случаях, «когда имеется возможность не прибегать к аресту». Рассмотрение вопросов о высылке возлагалось на Особую комиссию при наркомате внутренних дел под председательством наркома. Высланные лишались избирательного права и поступали под надзор ГПУ.<sup>3</sup> 3 января 1923 г. вступила в действие подписанная Ф. Э. Дзержинским «Инструкция по применению постановления ВЦИК об административной высылке за границу и внутренней высылке».<sup>4</sup>

---

\* Берлявский Леонид Гариевич — д. и. н., к. ю. н., профессор, кафедра конституционного и муниципального права юридического факультета Ростовского государственного экономического университета «РИНХ».

© Л. Г. Берлявский, 2009

<sup>1</sup> Казанин И. Е. Высылка идеологов антисоветской интеллигенции: политико-правовые проблемы // Правоведение. 2004. № 5. С. 220.

<sup>2</sup> Неправовые практики определяются как совокупность устойчивых и массовых социальных действий (взаимодействий), связанных с нарушением акторами разных уровней норм права (Заславская Т. И., Шабанова М. А. Социальные механизмы трансформации неправовых практик // Общественные науки и современность. 2001. № 5. С. 8).

<sup>3</sup> СУ РСФСР. 1922. № 51. Ст. 646. С. 813–814.

<sup>4</sup> Фельштинский Ю. К. К истории нашей закрытости. Законодательные основы иммиграционной и эмиграционной политики. М., 1991. С. 118–119.

В самом тексте декрета ВЦИК содержалось существенное противоречие: в п. 1 указывалось, что высылка осуществляется за границу или в определенные местности РСФСР, а п. 6 четко определял, что срок административной высылки не может превышать трех лет. Если следовать букве декрета, то и высланные за границу имели право вернуться через три года. Между тем их высылали бессрочно, с арестованных бралась подписка с обязательством не возвращаться в Советскую Россию. Ю. И. Айхенвальд, давая подписку, указывал в ней, что предупрежден о применении к нему ст. 7 УК РСФСР, карающей за самовольное возвращение в пределы РСФСР высшей мерой наказания.<sup>5</sup>

И. Е. Казанин, как следует из названия статьи, утверждает, что высылка своим острием была направлена против идеологов антисоветской интеллигенции, приводя в качестве примера позиции П. А. Сорокина, Н. А. Бердяева, Е. И. Замятина.<sup>6</sup> В действительности административная высылка готовилась в непосредственной связи с уголовным преследованием политических противников Советской власти из лагеря социалистов: меньшевиков и эсеров. 7 января 1922 г. И. С. Уншлихт предъявил постановление президиума ВЧК содержащимся в Бутырской тюрьме меньшевикам.<sup>7</sup> В конце февраля 1922 г. в Москве было объявлено о предстоящем судебном процессе над правыми эсерами. 16 июля 1922 г. В. И. Ленин направил И. В. Сталину письмо о том, что необходимо осуществить решение высшего советского руководства о высылке оппозиционно настроенных к советской власти представителей интеллигенции и о том, что все мероприятия следует провести быстро, до окончания судебного процесса над эсерами.<sup>8</sup>

Серьезным фактором, на который не обратил внимание И. Е. Казанин, был рост авторитета ученых, принявших активное участие в борьбе с голодом в 1921–1922 гг. Статус общественного Всероссийского комитета помощи голодающим (Помгола) был утвержден ВЦИК, председателем его был назначен председатель Моссовета Л. Б. Каменев, а почетным председателем избран писатель В. Г. Короленко. В составе «Помгола», деятельность которого стала беспрецедентным в истории СССР случаем предоставления широкой автономии общественной организации, были широко представлены научные круги России: президент Академии наук А. П. Карпинской, вице-президент В. Стеклов, академики П. Лазарев, В. Игнатъев, А. Ферсман, Н. Курнаков, Н. Марр, С. Ольденбург, профессора А. Чайнов, Н. Кондратьев и др.<sup>9</sup> При Комитете действовала ячейка коммунистов из 12 человек: А. В. Луначарский, М. М. Литвинов и др.

Комитет был наделен широкими полномочиями: правами образовывать свои отделения на местах и за рубежом, приобретать в России и за границей продовольствие, фураж, медикаменты, распределять их

<sup>5</sup> «Очистим Россию надолго». К истории высылки интеллигенции в 1922 г. / вступ. статья, комм. и подготовка документов к публикации А. Н. Артизова // Отечественные архивы. 2003. № 1. С. 67.

<sup>6</sup> Казанин И. Е. Высылка идеологов антисоветской интеллигенции. С. 217–218.

<sup>7</sup> Уншлихт И. С. — В Политбюро ЦК РКП (б). В. И. Ленину. 7 января 1922 г. // Российский государственный архив социально-политической истории (далее — РГАСПИ). Ф. 5. Оп. 2. Д. 46. Л. 9–10.

<sup>8</sup> Ленин В. И. — Сталину И. В. 16 июля 1922 г. // РГАСПИ. Ф. 2. Оп. 2. Д. 1338. Л. 1–1 об.

<sup>9</sup> Просим освободить из тюремного заключения / сост. В. Гончаров, В. Нехотин. М., 1998. С. 165–167.

среди голодающих.<sup>10</sup> Уже в июле 1921 г. почетный председатель «Помгола» В. Г. Короленко пришел к выводу, что «у нас, вместо свободы, все идет прежним путем: одно давление сменилось другим, и вот вся наша «свобода»». <sup>11</sup> Ректор Московского зоотехнического института профессор М. М. Щепкин, арестованный карательными органами в числе других членов Комитета помощи голодающим по обвинению в контрреволюционной деятельности, на следствии признал, что отдельные члены комитета в неофициальной обстановке высказывались о возможности падения советской власти из-за голода и разрухи.<sup>12</sup> Последовавшие в августе 1921 г. аресты московских профессоров, сотрудничавших с «Помголом», продемонстрировали негативную оценку властями гуманитарной акции ученых в помощь голодающим.

В опубликованной в феврале 1922 г. правдинской заметке «Кадеты за работой» утверждалось, что «профессора ВУЗ ведут бешеную кампанию против советской власти»; опираясь исключительно на веяния нэпа, они разыгрывают предгенуэзскую комедию борьбы за «автономию» высшей школы.<sup>13</sup> Обращает на себя внимание увязка борьбы профессоров за академическую автономию с надеждами на усиление роли оппозиции в условиях борьбы СССР за дипломатическое признание. Обзор ГПУ политико-экономического состояния РСФСР по округам за март 1922 г. зафиксировал наибольшее оживление в кадетских группах высших учебных заведений.<sup>14</sup>

Даже находясь под следствием в ГПУ, многие ученые не отказывались от своих воззрений. Так, в протоколе допроса от 19 августа 1922 г. Н. А. Бердяев заявил, что он не сочувствует политике советской власти относительно высшей школы, «поскольку она нарушает свободу науки и преподавания и стесняет свободу преподавания философии». <sup>15</sup> Подобное интеллектуальное свободомыслие не могло не тревожить власти, так как при нэпе продолжали существовать вполне легальные возможности обнародования своих взглядов, в частности в ноябре 1921 г. была разрешена деятельность частных издательств, число которых в Москве составляло 220, а в Петрограде — 99.<sup>16</sup>

<sup>10</sup> Геллер М., Некрич А. Утопия у власти // Даугава. 1990. № 12. С. 75.

<sup>11</sup> Короленко В. Если возможен еще выход для России, то он только в одном: в возвращении к свободе // Родина. 1989. № 3. С. 71.

<sup>12</sup> Костиков В. Прожить проклятый год // Совершенно секретно. 1990. № 6. С. 11.

<sup>13</sup> Кадеты за работой // Правда. 1922. 17 февр.

<sup>14</sup> Обзор ГПУ политико-экономического состояния РСФСР по округам за март 1922 г. // Философский пароходъ. Высылка интеллигенции из Советской России в 1922 году. 2003. С. 1.

<sup>15</sup> Протокол допроса Н. А. Бердяева. Отдел секретный. 18 августа 1922 г. // История России 1917–1940. Хрестоматия / под ред. М. Е. Главацкого. Челябинск, 1994. С. 202–203.

<sup>16</sup> Голанд Ю. Политика и экономика: очерки общественной борьбы 20-х годов // Знамя. 1990. № 3. С. 124. — С другой стороны, на допросах в ГПУ в мае — ноябре 1922 г. профессора Ф. А. Степун, Н. О. Лосский, И. И. Лапшин, Л. П. Карсавин, А. С. Изгоев, И. Н. Куколевский показали, что относились к советской власти вполне лояльно, считали необходимой «непрерывную работу ученых людей на ниве народного просвещения», отрицательно относились к саботажу и эмиграции, высказывались за «духовную неприемлемость большевистски-коммунистического мирозерцания», многие критиковали реформы высшей школы, сочувственно относились к сменовеховцам (Макаров В. Г. Архивные тайны: интеллигенция и власть // Вопросы философии. 2002. № 10. С. 108–155). Историк С. П. Мельгунов заявил на допросе 5 июня 1922 г., что, не являясь

19 мая 1922 г. В. И. Ленин обратился к Ф. Э. Дзержинскому по «вопросу о высылке за границу писателей и профессоров, помогающих контрреволюции... Надо поставить дело так, чтобы этих "военных шпионов" изловить и излавливать постоянно и систематически высылать за границу». В письме упоминались закрытый в Петрограде журнал «Новая Россия» и враждебно настроенные по отношению к советской власти сотрудники журнала «Экономист».<sup>17</sup>

Однако в практической плоскости обсуждение высылки на уровне высшего партийно-государственного руководства осуществлялось отнюдь не в связи с идеологами антисоветской интеллигенции, а применительно к профессионалам-медикам, в которых страна остро нуждалась после окончания Гражданской войны.

21 мая 1922 г. нарком здравоохранения Н. А. Семашко направил письмо членам Политбюро ЦК РКП (б) об опасных антисоветских течениях, проявившихся на 2-м Всероссийском съезде врачей-секций при ЦК профсоюза Всемедикосантруда, широко распространенных среди интеллигенции и старых специалистов и опасных в период переустройства советской системы и проведения нэпа. В письме предлагалось с помощью ГПУ «изъять верхушку» оппозиционного съезда и некоторых местных врачебных обществ. В. И. Ленин запиской на данном письме, адресованной И. В. Сталину, предложил ознакомить с предложениями Семашко всех членов Политбюро для выработки ГПУ соответствующих директив.<sup>18</sup>

Обращает на себя внимание выполненная на этом же письме вслед за записью В. И. Ленина резолюция М. П. Томского: «Воздерживаюсь, ибо вопрос съезда врачей требует иной постановки дела. Во многом виноваты мы сами и в первую голову т. Семашко».<sup>19</sup> Из этого можно сделать вывод, что в высшем советском партийно-государственном руководстве не было единства по проблеме «изъятия верхушки» интеллигенции. Поэтому представляется недостаточно обоснованным мнение М. Е. Главацкого о том, что решение о высылке принято до 19 мая 1922 г.<sup>20</sup>

Только через пять дней после письма В. И. Ленина от 19 мая 1922 г. на заседании Политбюро было решено поручить Ф. Э. Дзержинскому с участием Н. А. Семашко выработать план мер в связи с Всероссийским съездом врачей.<sup>21</sup> 1 июня 1922 г. ГПУ за подписью особоуполномоченного Я. Агранова была направлена в Политбюро ЦК РКП (б) докладная записка «Об антисоветских группировках среди интеллигенции», в которой

---

принципиальным сторонником советской власти и той государственной системы, которую она строит, он, тем не менее, относится к ней лояльно (*Протокол допроса С. П. Мельгунова от 5 июня 1922 г. // С. П. Мельгунов — пассажир «Философского парохода» / предисл. В. С. Христофорова // Новая и новейшая история. 2003. № 2. С. 127*). Любопытно, что в феврале того же года Президиум ВЦИК на основании ходатайства Академии наук постановил освободить Мельгунова из-под ареста и откомандировать его «для научных занятий» (*С. П. Мельгунов — пассажир «Философского парохода». С. 123*).

<sup>17</sup> Ленин В. И. — Дзержинскому Ф. Э. 19 мая 1922 г. // РГАСПИ. Ф. 2. Оп. 1. Д. 23211. Л. 1–2 об.

<sup>18</sup> Семашко Н. А. — Членам Политбюро ЦК РКП (б). 21 мая 1922 г. // Там же. Д. 23224. Л. 1–1 об.

<sup>19</sup> Томский М. П. Запись на письме Н. А. Семашко от 21 мая 1922 г. // Там же. Д. 1. Л. 2.

<sup>20</sup> Главацкий М. Е. «Философский пароход»: год 1922-й. Историографические этюды. Екатеринбург, 2002. С. 92–93.

<sup>21</sup> Протокол заседания Политбюро ЦК РКП (б) от 24 мая 1922 г. № 8. Пункт 22 // РГАСПИ. Ф. 17. Оп. 3. Д. 294. Л. 5.

утверждалось, что антисоветская интеллигенция широко использует открывшиеся ей возможности организации и собирания своих сил, созданные мирным курсом и ослаблением деятельности репрессивных органов. Борьба за автономную высшей школы была охарактеризована в этом документе как имевшая исключительно политические цели. В качестве «орудий борьбы» антисоветской интеллигенции были названы частные общества (научные, торгово-промышленные и др.), частные издательства и периодическая печать, съезды и всероссийские совещания специалистов.<sup>22</sup>

Исходя из этих данных ГПУ, Политбюро 8 июня 1922 г. предложило ВЦИК издать постановление о создании особого совещания из представителей Народного комиссариата иностранных дел и Народного комиссариата юстиции, которому предоставить право в тех случаях, когда имеется возможность не прибегать к более суровому наказанию, заменять его высылкой за границу или в определенные пункты РСФСР. Для окончательного рассмотрения списка «подлежащих высылке верхушек враждебных интеллигентских группировок» образовывалась комиссия в составе И. С. Уншлихта, Л. Б. Каменева, Д. И. Курского.<sup>23</sup>

22 июня 1922 г. Политбюро ЦК РКП (б) приняло по докладу И. С. Уншлихта постановление о высылке группы делегатов Всероссийского съезда врачей за использование ими служебного положения для антисоветской агитации.<sup>24</sup> В этот же день Политбюро разослало губкомам партии письмо с разъяснением о том, что на Всероссийской партконференции в докладе «Очередные вопросы агитации и пропаганды» будет рассматриваться вопрос об отношении к антисоветским партиям и течениям.<sup>25</sup> Тезисы данного доклада были подготовлены Г. Е. Зиновьевым.<sup>26</sup>

В это время деятели отечественной науки протестовали против уголовных преследований ученых по политическим мотивам. В защиту приговоренных по делу церковных деятелей Петрограда выступили известный правовед, автор многочисленных статей и книг по общим и частным юридическим вопросам профессор А. А. Жижиленко и будущий академик Д. Б. Рязанов.<sup>27</sup> Профессор уголовного права А. А. Жижиленко был известен как страстный пропагандист презумпции невиновности.<sup>28</sup> На этом процессе он защищал своего коллегу — профессора уголовного права Ю. П. Новицкого, профессоров богословия В. Н. Бенешевича и П. А. Карабинова, профессора Военно-юридической академии М. Ф. Огнева. По мнению государственного обвинителя на данном процессе, высшее образование подсудимых было обстоятельством, усугублявшим их вину.<sup>29</sup>

<sup>22</sup> Агранов Я. Об антисоветских группировках среди интеллигенции: Докладная записка ГПУ в Политбюро ЦК РКП (б) 1 июня 1922 г. // Там же. Оп. 86. Д. 17. Л. 55–59.

<sup>23</sup> Об антисоветских группировках среди интеллигенции. Постановление Политбюро ЦК РКП (б). 8 июня 1922 г. (проект решения) // Там же. Л. 51–59.

<sup>24</sup> Постановление Политбюро ЦК РКП (б) от 22 июня 1922 г. // Там же. Оп. 163. Д. 282. Л. 18.

<sup>25</sup> Политбюро ЦК РКП (б). — Губкомам РКП (б). 22 июня 1922 г. // Там же. Ф. 49. Оп. 1. Д. 1. Л. 10 а.

<sup>26</sup> Зиновьев Г. Е. Наброски тезисов к докладу «Об антисоветских партиях и течениях». Август 1922 г. // Там же. Л. 16–28.

<sup>27</sup> Судебная расправа 1922 года: академик Рязанов против карательной практики большевиков // Вестник РАН. 1992. № 4. С. 112.

<sup>28</sup> См., напр.: Жижиленко А. А. 1) Наказание и его отличие от других правоохранительных средств. Пг., 1914; 2) О безответственности народных представителей. Ярославль, 1909; и др.

<sup>29</sup> «Дело» митрополита Вениамина. Петроград, 1922. М., 1991. С. 12, 18, 64–65.

В опубликованном сообщении Исполкома Коминтерна о завершившемся судебном процессе над эсерами было обосновано важнейшее для советского политического режима положение о том, что «революционная власть далека от буржуазного обожания буквы закона».<sup>30</sup> На основании принятого политического решения органы госбезопасности перешли к активным действиям, так как Политбюро признало работу комиссии по высылке неудовлетворительной «как в смысле величины списка, так и в смысле его недостаточного обоснования». ГПУ поручалось разработать индивидуальные меры в отношении интеллигентов, враждебно настроенных к советской власти.<sup>31</sup> Заместитель председателя ГПУ И. С. Уншлихт 18 августа 1922 г. направил В. И. Ленину утвержденные Политбюро «списки интеллигенции», т. е. кандидатов на высылку по Москве, Петрограду и Украине.<sup>32</sup>

Из письма Ф. Э. Дзержинского И. Уншлихту от 5 сентября 1922 г. следует, во-первых, что директивы по вопросам административной высылки исходили от В. И. Ленина; во-вторых, в этой системе был заблаговременно создан отдел по интеллигенции, а главным специалистом по данному вопросу стал известный чекист Я. Агранов, с отъездом которого, сетовал Ф. Э. Дзержинский, нет лица, достаточно компетентного.<sup>33</sup> 17 сентября 1922 г. В. И. Ленин просил Уншлихта вернуть списки «с заметками, кто выслан, кто сидит, кто (и почему) изаблен от высылки».<sup>34</sup> 18 сентября 1922 г. Г. Г. Ягода возвратил В. И. Ленину списки антисоветской интеллигенции с комментариями о действиях, предпринятых в отношении высылаемых.<sup>35</sup>

Одновременно были предприняты пропагандистские усилия для разъяснения причин и обстоятельств депортации. 30 августа 1922 г. в интервью Л. Брайант-Рид Л. Д. Троцкий назвал высылаемых политически ничтожными, но заметил, что они — «потенциальное оружие в руках наших возможных врагов». В случае военных осложнений, утверждал Троцкий, мы вынуждены будем расстрелять их по законам войны.<sup>36</sup>

В опубликованной на следующий день статье «Первое предостережение» Л. Д. Троцкий пояснял, что высылаемые по постановлению ГПУ наиболее активные контрреволюционные элементы из среды профессуры, врачей, агрономов, литераторов издевались над государством, которое «не имело достаточного кадра своей собственной интеллигенции, и проводили политику открытого и тайного саботажа». Важно заметить, что в статье указывалось на высылку по решению административного органа — ГПУ, в качестве причины депортации назывался саботаж, причем под «тайный саботаж» можно было подвести любое проявление инакомыслия. Троцкий

<sup>30</sup> Исполнительный Комитет Коммунистического Интернационала. Справедливый приговор // Правда. 1922. 9 авг.

<sup>31</sup> Доклад т. Уншлихта: Постановление Политбюро ЦК РКП (б) 20 июля 1922 г. Пункты 13–14 // РГАСПИ. Ф. 17. Оп. 163. Д. 287. Л. 18, 19.

<sup>32</sup> Уншлихт И. С. — Ленину В. И. 18 августа 1922 г. // Там же. Ф. 5. Оп. 1. Д. 2603. Л. 1–1 об.

<sup>33</sup> Заметки Ф. Э. Дзержинского после разговора с В. И. Лениным об организации работы по высылке интеллигенции. 4–5 сентября 1922 г. // Там же. Ф. 76. Оп. 3. Д. 303. Л. 1–3.

<sup>34</sup> Ленин В. И. — Уншлихту И. С. 17 сентября 1922 г. // Там же. Ф. 2. Оп. 2. Д. 1245. Л. 1.

<sup>35</sup> Ягода Г. Г. — Ленину В. И. 18 сентября 1922 г. // Там же. Л. 2–6.

<sup>36</sup> Троцкий Л. Д. Из беседы с Л. Брайант-Рид // Правда. 1922. 30 авг.

настаивал на том, что среди высылаемых нет крупных научных имен, «в большинстве это — политиканствующие элементы профессуры».<sup>37</sup>

Практическая деятельность по подготовке и осуществлению высылки интеллигенции была освещена в Циркулярном письме ГПУ от 23 ноября 1922 г., в котором указывалось, что «контрреволюционные элементы профессуры пытались и пытаются использовать кафедру высшей школы в качестве орудия антисоветской пропаганды»; профессура ряда высших учебных заведений Москвы и Петрограда провела весной 1922 г. ряд забастовок, где наряду с экономическими требованиями были выдвинуты и требования автономии высшей школы, свободы профессорских и студенческих ассоциаций.<sup>38</sup>

При начальнике Секретно-оперативного управления ГПУ учреждалось особое бюро по административной высылке антисоветской интеллигенции. ГПУ настаивало на том, что административная высылка могла применяться к определенному лицу при возможности вменения ему какой-либо из ст. 57, 62, 63, 69, 70 УК РСФСР (участие или пособничество антисоветским организациям, контрреволюционные выступления на съездах, конференциях и в печати и пр.) в случае, если материал недостаточен для предания дела суду. Считалось, что административные репрессии могут касаться главным образом видных деятелей антисоветской интеллигенции; «должны приниматься во внимание удельный вес данного лица в качестве научной и технической силы и степень его полезности для Советской республики».<sup>39</sup>

Из 116 кандидатов на высылку по девяти спискам, утвержденным Политбюро ЦК РКП (б) 10 августа 1922 г., профессоров и других деятелей науки было 64 человека, или 55 процентов, что свидетельствует о преобладании представителей научного сообщества.<sup>40</sup> Среди высланных были не только гуманитарии, но и известные в то время представители инженерно-технической интеллигенции. Так, в список кандидатов на высылку были включены профессор Московского высшего технического училища В. В. Зворыкин, Н. Р. Брилинг, И. И. Куколевский, профессора Института инженеров путей сообщения Т. П. Кравец, Н. Д. Тяпкин, профессор института им. К. Маркса Н. А. Изгарышев, целая группа специалистов согласно «Списку антисоветских инженеров (Москва)», утвержденных на высылку постановлением Политбюро ЦК РКП(б) от 10 августа 1922 г. ГПУ предлагалось всех подвергнуть обыску, арестовать только тех, кто может скрыться, к остальным применить домашний арест.<sup>41</sup>

Относительно итогов высылки стоит заметить, что по данным справочника «Наука в России» за 1922 г. только в Петрограде было зарегистрировано

<sup>37</sup> Троцкий Л. Д. Первое предостережение // Правда. 1922. 31 авг.

<sup>38</sup> Из Циркулярного письма ГПУ № 26 «Об антисоветском движении среди интеллигенции» от 23 ноября 1922 г. // «Философский пароход». Высылка ученых и деятелей культуры из России в 1922 г. / предисл. В. С. Христофорова // Новая и новейшая история. 2002. № 5. С. 166.

<sup>39</sup> Там же. С. 168, 169.

<sup>40</sup> Подсчитано по: Постановление Политбюро ЦК РКП(б) об утверждении списка высылаемых из России интеллигентов. 10 августа 1922 г. ПБ № 21/7. Приложения 1–9 // «Очистим Россию надолго». К истории высылки интеллигенции в 1922 г. С. 81–90.

<sup>41</sup> Постановление Политбюро ЦК РКП (б) об утверждении списка высылаемых из России интеллигентов. 10 августа 1922 г. (Приложения 2, 7) // РГАСПИ. Ф. 17. Оп. 163. Д. 290. Л. 8.

около 4000 научных специалистов.<sup>42</sup> Даже если предположить, что выслано было, как считается по последним оценкам, примерно 500 деятелей науки и техники, с количественной точки зрения потеря в масштабах страны не выглядит катастрофической. Однако высылались в административном порядке ученые, обладавшие большим опытом научно-исследовательской деятельности, часто руководившие научными школами, востребованные в условиях оживления кооперативного движения, промышленности, торговли во время нэпа.

Относительно того, что высылка достигла своей цели, у высшего советского руководства существовали серьезные сомнения. 27 мая 1923 г. Ф. И. Дзержинский в письме И. С. Уншлихту и В. Р. Менжинскому высказался за нецелесообразность практики массовых высылки, пояснив, что «массовые высылки вызывают у меня большие опасения»; по данному вопросу он считал необходимым войти с предложением в ЦК партии.<sup>43</sup>

В юридической литературе высылка лиц, подстрекающих к общественным беспорядкам, в другие районы страны во время режима чрезвычайного положения характеризуется как пример репрессивного метода государственно-правового регулирования.<sup>44</sup> Критики данной точки зрения обращают внимание на то, что в этом случае речь идет о применении санкции за нарушение предписаний и запретов, т. е. об императивных методах правового регулирования.<sup>45</sup> В случае высылки 1922 г. в стране не действовал режим чрезвычайного положения, сама высылка осуществлялась в большей степени за пределы страны, высылаемые в условиях нэпа не занимались подстрекательством к общественным беспорядкам.

Таким образом, представляется, что высылка 1922 г. вполне может быть отнесена к репрессивным методам государственно-правового регулирования, которые апробировались советским политическим режимом в 1920-е годы и активно использовались в последующий период.

<sup>42</sup> *Наука в России*. Справочник. Данные к началу 1922 года / сост. Комиссией «Наука в России» при РАН. Под наблюдением С. Ф. Ольденбурга. Научные работники Петрограда. М.; Пг., 1923. С. IV.

<sup>43</sup> *Дзержинский Ф. Э.* — Уншлихту И. С., копия Менжинскому В. Р. 27 мая 1923 г. // РГАСПИ. Ф. 76. Оп. 3. Д. 150. Л. 20.

<sup>44</sup> *Чиркин С. В.* Конституционное право в Российской Федерации. М., 2001. С. 29.

<sup>45</sup> *Конюхова И. А.* Конституционное право Российской Федерации. М., 2003. С. 66.

## ПОМОЩЬ ЛЕНИНГРАДСКОГО УНИВЕРСИТЕТА В СТАНОВЛЕНИИ ВЫСШЕГО ЮРИДИЧЕСКОГО ОБРАЗОВАНИЯ В КАЗАХСТАНЕ

Ш. В. ТЛЕПИНА\*

**Подготовка юридических кадров для Казахстана.** В первое десятилетие существования Советского государства сеть правового образования приводилась в соответствие с политико-правовыми реалиями.<sup>1</sup> Политический режим государства детерминировал специализацию юридических учебных заведений. Приоритетная подготовка «судебно-прокурорско-следственных, исправительно-трудовых» специальностей свидетельствует о продолжавшейся стратегии политического укрепления государства диктатуры пролетариата, об усилении гонений на инакомыслящих, оппозиционеров и других представителей общества, неугодных власти. В 1930-е годы некоторые теоретики права делали упор на волевой момент в праве. Была подчеркнута органическая связь права с государством, заключающаяся в том, что последнее либо само формирует правовые нормы, либо санкционирует существующие правила, придавая им тем самым характер правовых. Связь права с государством подчеркивалась в обеспечении государством применения существующих правовых норм.<sup>2</sup> Власть определяла, кто может защищать ее политические права. В связи с этим был четко обозначен социальный состав студентов юридических вузов: не менее 50 % рабочих, 40 % колхозников, батраков и лиц, принадлежащих к бедняцко-средняцким слоям крестьянства, не более 10 % служащих советских учреждений и общественных организаций. В партийном отношении: не менее 50 % членов и кандидатов в члены ВКП(б). В половом и национальном: не менее 30 % женщин, не менее 30 % представителей нерусских национальностей.<sup>3</sup> Возрастной диапазон поступающих был

\* Тлепина Шолпан Валерьевна — д. ю. н., проректор Актюбинского государственного университета им. К. Жубанова.

© Ш. В. Тлепина, 2009

<sup>1</sup> Тлепина Ш. 1) Подготовка кадров юристов для Казахстана в юридических вузах России // Юридическое образование и наука. 2004. № 3. С. 40–46; 2) Подготовка кадров для органов Советов и юридических государственных органов в начале 1930-х годов в Казахстане // Концепция правовой политики Казахстана: реалии и перспективы. Мат-лы науч.-теорет. конф., посвященной 10-летию КазГЮУ (26 марта 2004 г.) / редкол.: Б. Х. Толеубекова, А. А. Салимгерей, В. М. Рашидова и др. Алматы, 2004. С. 72–88; 3) К вопросу о развитии ведомственного юридического образования в Казахстане в советский период // Мат-лы науч.-практ. конф., посвященной 10-летию Закона Республики Казахстан «Об оперативно-розыскной деятельности» (19 ноября 2004 г.). Ч. 1 / отв. ред. Б. А. Абдрахманов. Алматы, 2004. С. 98–104.

<sup>2</sup> Павлов И. В. О развитии советской правовой науки за сорок лет // Сов. государство и право. 1957. № 11. С. 43.

<sup>3</sup> Центральный государственный архив Республики Казахстан (далее — ЦГА РК). Ф. 1380. Оп. 2. Д. 398. Л. 156.

от 18 до 45 лет, образование не ниже семилетки, школы третьей ступени или приравненного к ней учебного заведения. Исключения допускались для лиц, имеющих достаточно высокий уровень общего и политического развития и проживающих в культурно отсталых национальных районах.

Предоставлению мест национальным республикам, в том числе Казахской АССР, в целях «коренизации» судебно-следственного аппарата уделялось особое внимание, о хозяйственно-правовой подготовке в данном случае не говорилось. Видимо, определяющим было назначение Казахстана как одного из основных регионов расположения лагерей ГУЛАг. Подчеркивалось, что набор должен производиться в первую очередь за счет судебно-прокурорского актива, выходцев из рабочих и детей рабочих, колхозников, батраков и бедняcko-середняцких слоев крестьянства, народных заседателей, общественных обвинителей, членов общественных судов, членов наблюдательных комиссий, групп содействия, практических работников юстиции.

Становление юридического образования различных уровней в Казахстане связано с юридическим образованием Советской России. Влияние и воздействие советского российского юридического образования осуществлялось на институциональном, кадровом, организационном, правовом и идеологическом уровнях.

Подготовка кадров юристов для Казахстана в юридических вузах России производилась с конца 1920-х и до конца 1930-х гг., уделялось внимание коренизации центрального аппарата.<sup>4</sup> В решении стратегической задачи — подготовки юристов-профессионалов большое значение отводилось центральным высшим учебным заведениям, в том числе г. Ленинграда.<sup>5</sup> Например, в 1932 г. подготовку кадров юристов проводили и так называемые опорные базы — Центральные заочные курсы советского права (ЦЗКСП) при Ленинградском институте советского права (ИСП).<sup>6</sup>

В 1935 г. набор на основные факультеты и подготовительное отделение Ленинградского ИСП (несмотря на Постановление ЦИК и СНК СССР от 5 марта 1935 г., изменяющее в циркулярах НКЮ СССР наименование ИСП на Правовые институты, он назывался Ленинградский ИСП, поэтому мы называем его так же, как и в документах) был следующим:

<sup>4</sup> Сапаргалиев М. 1) История народных судов Казахстана (1917–1965). Алма-Ата, 1966. С. 268, 270; 2) Возникновение и развитие судебной системы Советского Казахстана. 1917–1967 гг. Алма-Ата, 1971. С. 414.

<sup>5</sup> Главным центром подготовки профессиональных кадров юристов для Казахстана был определен Казанский институт советского права: Тлепина Ш. Подготовка юридических кадров для Казахстана в правовых институтах России в 30-е годы XX века (на примере Казанского института советского права НКЮ РСФСР) // Проблемы межрегионального сотрудничества в условиях формирования единого экономического пространства: стратегия и механизм реализации. Мат-лы межд. науч. конф. (13–15 ноября 2003 г.). Ч. 1 / редколл.: Т. А. Есиркепов, Н. А. Абдоллаев, Ж. Н. Тасмамбетов и др. Актобе; Оренбург, 2003. С. 343–346.

<sup>6</sup> ЦГА РК. Ф. 1380. Оп. 2. Д. 398. Л. 156. — См. об институтах: Демидов. Ленинградский юридический институт // Сов. юстиция. 1941. № 16. С. 18–19; Казанский юридический институт (беседа с директором Ф. Ф. Горбачевым) // Там же. С. 19; Борисов В. В., Матузов Н. И. Саратовскому юридическому институту — 50 лет // Сов. государство и право. 1981. № 6. С. 138–140; Герцензон А. Московский юридический институт и 185-летие высшего юридического образования (исторический очерк) // Там же. 1940. № 2. С. 133–145. — Казахстан не направлял своих студентов в Харьков, однако и там с 1920-х годов действовал юридический институт: Харьковскому юридическому институту — 50 лет // Там же. 1970. № 12. С. 134–135.

I. На основные факультеты: рабочих в Ленинградский ИСП — 70 %; крестьян, колхозников, единоличников — 20 %; служащих во всех ИСП — по 10 %; членов и кандидатов в члены ВКП(б) — 60 %; членов ВЛКСМ — 30 %; женщин набирали везде по 25 %; представителей национальных республик в Ленинградский ИСП — по 20 % (больше всего принимал Казанский ИСП — 80 %); практических работников органов юстиции, как и служащих, набирали во всех правовых вузах по 10 %.

II. На подготовительное отделение: рабочих в Ленинградский ИСП — 70 %; служащих — по 10 %; членов и кандидатов в члены ВКП(б) во всех ИСП — 80 %; членов ВЛКСМ — 20 %; женщин — 30 %; националов на подготовительном отделении Ленинградского ИСП — 45 % (Казанского ИСП — 85 %). На подготовительное отделение ИСП практических работников юстиции в 1935 г. не принимали. Сохранялась деятельность отборочных комиссий, которые стали работать в совхозах и колхозах. При комплектовании студентов уделялось внимание партийности, общественной активности. Постановка стратегической задачи по подготовке национальных кадров юристов активно разъяснялась населению. В обществе стали понимать необходимость и важность развития правовой системы не только для подготовки судебно-прокурорских, оперативных работников, служащих исправительно-трудовых лагерей, но и для юридического образования. Набор студентов должен был производиться согласно разрядке. Порядок комплектования основных факультетов и подготовительных отделений правовых институтов в 1935 г. составлялся НКЮ РСФСР.<sup>7</sup>

Уже в 1934 г. в РСФСР было 5 институтов советского права (в Москве, Казани, Иркутске, Ленинграде, Саратове) и 6 институтов советского строительства (в Москве, Казани, Иркутске, Ленинграде, Саратове, Алма-Ате).<sup>8</sup>

**Послевузовская подготовка.** Следующим этапом в развитии правового образования в союзных республиках, начавшимся в 1930-е гг., был набор в аспирантуру центральных правовых вузов, в частности Москвы и Ленинграда.

На основании Постановления СНК СССР от 13 января 1934 г. и Положения об аспирантуре, утв. Учебно-методическим советом НКЮ 20 февраля 1934 г., НКЮ РСФСР предлагал директорам Московского и Ленинградского ИСП в дополнение установленного набора на новый учебный год принять к 1 сентября 1934 г. аспирантов (для Ленинграда — 7 человек). Согласно Циркуляру НКЮ РСФСР № 46 от 20 мая 1934 г. руководители высших органов юстиции республик и областей обязывались развернуть работу по привлечению аспирантов в данные Институты. В этих целях в республиках организовывались специальные комиссии по отбору аспирантов. Руководителями комиссий назначались председатели главных судов союзных и автономных республик.

Прием в аспирантуру, как и в Институт советского права, требовал соответствия большевистским установкам.<sup>9</sup> Это означало обязательное членство в ВКП(б) не менее 5 лет, соответствие возрастному цензу (до

<sup>7</sup> ЦГА РК. Ф. 1380. Оп. 2. Д. 515. Л. 24–26. — См. также: *Бажанов А.* Пять лет работы Казанского юридического института по заочному образованию // Сов. юстиция. 1934. № 6. С. 33.

<sup>8</sup> *Паушканис Е.* К вопросу о подготовке кадров советского строительства и права // Сов. государство. 1934. № 2. С. 37; *О работе Института Советского строительства и права* // Сов. государство и революция права. 1930. № 1. С. 166–167.

<sup>9</sup> Это требование действовало и в дальнейшем: Российский государственный архив социально-политической истории (далее — РГАСПИ). Ф. 606. Оп. 1. Д. 1432. Л. 8.

35 лет), наличие законченного высшего образования, стаж практической работы в органах юстиции, на оперативной работе не менее двух лет после окончания вуза и проявление способностей к научно-исследовательской работе. При зачислении преимущество отдавалось ударникам. Наряду с этим набор аспирантов в ИСП производился из числа студентов, окончивших основные отделения правового вуза на момент комплектования аспирантов, по представлению кафедр. Кафедры выдвигали кандидатов из числа отличников учебы, способных к научно-исследовательской работе. Утверждение аспирантов, отвечавших названным требованиям, но не имеющих установленного стажа практической работы в органах юстиции, производилось в виде исключения в каждом отдельном случае Центральной отборочной комиссией НКЮ РСФСР, по особому мотивированному ходатайству директоров Институтов.

Категорическое требование НКЮ РСФСР от Наркомов юстиции Республик и директоров Институтов советского права — требование исполнения указания о комплектовании аспирантов, отвечающих качественным и количественным показателям, было обусловлено острой недостаточностью советских научно-педагогических кадров. Срок обучения в аспирантуре составлял три года. Аспирантов готовили по специальностям: марксистско-ленинское учение о государстве и праве, уголовная и исправительно-трудовая политика, хозяйственное право, судоустройство и процессы, земельно-колхозное право, трудовое право.

При подаче заявления о поступлении в аспирантуру требовалось назвать избранную специальность.<sup>10</sup> Решением ЦК ВКП(б) от 13 апреля 1938 г. было запрещено передвигать без разрешения ЦК ВКП(б) на другую работу коммунистов — аспирантов вузов, втузов и научно-исследовательских институтов.<sup>11</sup> В соответствии с «Перечнем краев, областей, АССР, РСФСР и союзных республик, на территории которых происходит отбор в аспиранты Московского и Ленинградского Институтов советского права в 1934 году» Казахская Республика была прикреплена к Московскому ИСП.<sup>12</sup> Таким образом, подготовка квалифицированных педагогических, научных кадров юристов для Казахстана осуществлялась в вузах России. Подготовка аспирантов-юристов для Казахстана осуществлялась и при Ленинградском ИСП. Впоследствии именно выпускники Ленинградского юридического института будут возглавлять первый профессиональный вуз по подготовке кадров юристов в Казахстане.

Таким образом, становление юридического образования в целом берет свое начало с государственной подготовки кадров юристов для Казахской автономии, Казахской союзной республики в центральных вузах России, в том числе Ленинграда.

**Из истории возникновения высшего юридического образования и науки в предвоенные и послевоенные годы.** В 1938 г. был открыт Алма-Атинский юридический институт НКЮ Казахской ССР.<sup>13</sup> По воспоминаниям

<sup>10</sup> ЦГА РК. Ф. 1380. Оп. 2. Д. 431. Л. 36–37.

<sup>11</sup> Архив Президента Республики Казахстан (далее — АП РК). Ф. 708. Оп. 2/1. Д. 139. Л. 10.

<sup>12</sup> ЦГА РК. Ф. 1380. Оп. 2. Д. 431. Л. 38. — См. также: *Клейнман А.* Аспирантура юридических институтов // Сов. юстиция. 1937. № 10–11. С. 60–61.

<sup>13</sup> См. об этом: *Тлепина Ш.* 1) О реорганизации АИСС в АЮИ (1934–1938 гг.) // *Фемида*. 2004. № 6 (12). С. 40–46; 2) Об организации Алма-Атинского юридического института // *Взаимодействие Казахстана с сопредельными странами в XVIII — начале XX вв.: современный*

старейшины юридического образования в Казахстане Л. В. Дюкова,<sup>14</sup> первыми в Алма-Ату прибыли работать бывшие студенты и аспиранты Ленинградского юридического института — Т. М. Культелеев,<sup>15</sup> А. Н. Агеев,<sup>16</sup>

взгляд на проблему. Мат-лы межд. науч.-практ. конф. (10–11 декабря 2004 г.). / редколл.: М. К. Койгельдиев, К. К. Кенжебаев, А. Ш. Кадырбаев и др. Актобе, 2004. С. 102–106.

<sup>14</sup> Леонид Васильевич Дюков — к. ю. н., доц., профессор Академии юриспруденции — Высшей школы права «Әділет». В системе высшего юридического образования Казахстана с 1938 г. Окончил Московский юридический институт НКЮ СССР. Л. В. Дюков и Т. М. Культелеев были аспирантами Ленинградского юридического института и дружили с тех пор. Научным руководителем Л. В. Дюкова был И. И. Яковкин, профессор Ленинградского юридического института, затем ЛГУ, директор Библиотеки АН СССР. Т. М. Культелеев поддержал Л. В. Дюкова в его решении о поездке на работу в Алма-Ату в 1938 г. Л. В. Дюков высоко оценивал человеческие, исследовательские, педагогические, организаторские качества Т. М. Культелеева (*Запись беседы с Л. В. Дюковым*. 13 мая 2003 г. Личный архив). Л. В. Дюков работал старшим преподавателем, доцентом кафедры теории и истории государства и права, заместителем директора по учебной и научной работе, и. о. директора Алма-Атинского юридического института, доцентом Алма-Атинской юридической школы, доцентом, ученым секретарем Первого государственного юридического института НКЮ СССР (ГЮИ), зав. учебной частью Алма-Атинского филиала ВЮЗИ, с. н. с. Сектора права; был председателем ГЭК в Ташкентском юридическом институте (ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 8. Л. 18; Д. 40. Л. 32; Д. 41. Л. 56; АП РК. Ф. 708. Оп. 26. Д. 1812. Л. 114; Оп. 16/1. Д. 690. Л. 197; ЦГА РК. Ф. 1821. Оп. 4. Д. 36. Л. 65; ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 17. Л. 79–79 об; Д. 13. Л. 99; Архив Национальной академии наук Республики Казахстан (далее — АНАН РК). Ф. 2. Оп. 18. Д. 2. Л. 1–2; Архив Казахского Национального университета им аль-Фараби (далее — АҚазНУ им. аль-Фараби). Ф. 1352. Оп. 2. Д. 192. Л. 1–29). См. о нем: *Сартаев С. С.* Юристы Казахстана в лицах. Алматы, 2002. С. 193; *Профессорско-преподавательский состав Академии «Әділет»*. Библиографический словарь-справочник (2001/02 учеб. г.). В 2 ч. / авт.-сост. С. Ф. Ударцев; сост. указ. С. Ф. Ударцев, И. В. Синельников. Алматы, 2003. С. 98–101.

<sup>15</sup> АП РК. Ф. 708. Оп. 7/1. Д. 116. Л. 5. — См. о нем: *Некролог* // Казахстанская правда. 1953. 21 февр.; *Култелеев Таир Молдағали ұлы* // Қазақ Совет энциклопедиясы. 6 т. Алматы, 1975. 161 б.; *Зиманов С. З.* Т. М. Культелеев — исследователь уголовного обычного права казахов // Проблемы казахского обычного права / отв. ред. С. З. Зиманов. Алма-Ата, 1989. С. 5–8; *Исаков К. 1*) Т. М. Культелеев — исследователь обычного права казахов (к 85-летию со дня рождения) // Юридическая газета. 1996. № 49. С. 14; 2) Вклад Т. М. Культелеева в юридическую науку (к 85-летию со дня рождения) // Фемида. 1996. № 6. С. 11–13; *Исаков Қ.* Тұғыры биік тұлға // Әділет министрлігінің хабаршысы. 1996. № 7. С. 53–56; *Жиренчин К. А.* Культелеев Таир Мулдағалиевич // Право и государство. 1997. № 3. С. 2; *Тлепина Ш. В.* 1) К вопросу о становлении Института права и философии Академии наук Казахской ССР // Правовая реформа в Казахстане. 2003. № 4 (22). С. 121–122; 2) Т. М. Культелеев и его книга «Уголовное обычное право казахов» // Библиотекосведение, библиография, книговедение. Сб. науч. статей / редколл.: В. З. Галиев, М. М. Ауэзов, Ш. А. Алтаев и др. Вып. 12. Алматы, 2005. С. 101–136.

<sup>16</sup> Андрей Никитич Агеев — к. ю. н., доц., окончил Первый Ленинградский юридический институт, работал зав. кафедрой Гражданского права Ленинградского юридического института в 1937–1938 гг., был направлен НКЮ СССР на работу в Алма-Атинский юридический институт, где работал зав. кафедрой гражданского права, зам. директора, директором в 1938–1942 гг., 1943–1944 гг. В 1944–1946 гг. служил зав. административно-правовым сектором СНК Казахской ССР, зам. наркома юстиции, зам. министра юстиции Казахской ССР. С 1950 г. — зам. по науке и учебным вопросам начальника Главного управления юридических учебных заведений МВО СССР (Центральный государственный архив Санкт-Петербурга (далее — ЦГА СПб). Ф. 2403. Оп. 4-с. Д. 8. Л. 5, 59; АҚазНУ им. аль-Фараби. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 2. Л. 1–67; *Тулеугалиев Г. И.* Становление юридического образования в Республике Казахстан и некоторые проблемы его развития на современном этапе // Право и государство. 2001. № 1. С. 3; *Қазақстанның халық комиссарлары. 1920–1946 жж. Өмірбаяндық анықтамалық* / ред. М. С. Нәрікбаев

Г. М. Маслов<sup>17</sup> и Л. В. Дюков. Из питомцев Ленинградского юридического института руководителем Алма-Атинского работал А. Н. Агеев в качестве директора юридического института;<sup>18</sup> заместителем директора по учебной, научной работе позже был и Л. В. Дюков.

Приказом народного комиссара юстиции Казахской ССР Ш. У. Уразбаева<sup>19</sup> от 7 апреля 1940 г. № 149 Т. М. Культелеев был назначен директором Алма-Атинского юридического института.<sup>20</sup> Коллектив названного института выдвигал Т. М. Культелеева кандидатом в члены-корреспонденты АН Казахской ССР в 1946 г.<sup>21</sup> Он являлся членом Верховного Суда Казахской ССР, членом коллегии НКЮ Казахской ССР,<sup>22</sup> лектором ЦК КП(б) Казахстана, входил в состав Государственной терминологической комиссии при Совете Министров Казахской ССР. В годы Великой Отечественной войны провел большую организационную работу по приему и обустройству эвакуированных ученых-юристов из Минска, Риги, Харькова, Москвы; юридических институтов Москвы; разрозненного состава преподавателей, студентов и аспирантов Харьковского юридического института; организованного Первого ГЮИ.<sup>23</sup> В должности директора он проработал до мобилизации на фронт (Приказ № 13 от 28 января 1942 г.).<sup>24</sup> В годы Великой Отечественной войны директором объединенных Алма-Атинского и Московского юридического институтов был назначен Б. Я. Арсеньев. Т. М. Культелеев был призван в ряды Рабоче-крестьянской Красной Армии. В период прохождения воинской службы Т. М. Культелеев состоял в должности помощника военного прокурора Томского гарнизона, был слушателем Военно-

---

(жауапты), Л. Д. Дегітаева, Е. М. Грибанова. Құраст.: М. Х. Жақыпов, А. С. Зұлқашева, А. Н. Ипмағамбетова (жауапты), Е. В. Чиликова. Алматы, 2004. 23, 47 б.).

<sup>17</sup> Георгий Митрофанович Маслов — к. ю. н., доц., окончил Первый Ленинградский юридический институт. В 1940 г. был направлен в распоряжение директора Алма-Атинского юридического института, где читал трудовое и колхозно-земельное право, работал начальником Учебного отдела, в годы войны мобилизован и служил начальником Управления НКЮ Казахской ССР по Южно-Казахстанской области, работал консультантом сектора местных Советов СНК Казахской ССР, инструктором организационно-инструкторского отдела Совета министров Казахской ССР, зав. кафедрой трудового и колхозно-земельного права (А КазНУ им. аль-Фараби. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 387. Л. 1–1 об., 3–4, 7, 11–12, 15–16, 18, 20–21, 27).

<sup>18</sup> АП РК. Ф. 708. Оп. 11. Д. 145. Л. 30.

<sup>19</sup> Оразбаев Шашан Оразбайұлы (1908–1994) — народный комиссар юстиции Казахской ССР в 1939–1943 гг. (*Қазақстанның халық комиссарлары. 1920–1946 жж. Өмірбаяндық анықтамалық / ред. М. С. Нәрікбаев (жауапты), Л. Д. Дегітаева, Е. М. Грибанова; құраст.: М. Х. Жақыпов, А. С. Зұлқашева, А. Н. Ипмағамбетова (жауапты), Е. В. Чиликова. Алматы, 2004. 22, 341–342 бб.).*

<sup>20</sup> А КазНУ им. аль-Фараби. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 338. Л. 5; ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 1. Л. 1.

<sup>21</sup> Вестник Казахского филиала АН СССР. 1946. № 2–3 (11–12). Февраль — март. С. 10.

<sup>22</sup> АП РК. Ф. 708. Оп. 7/1. Д. 116. Л. 5.

<sup>23</sup> См. об этом: *Тлепина Ш. В.* Первый государственный юридический институт НКЮ СССР (1941–1943 гг.) // *Юридическое образование и наука.* 2004. № 1. С. 34–39.

<sup>24</sup> А КазНУ им. аль-Фараби. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 338. Л. 13. — В фондах Алма-Атинского юридического института нами изучены: Акт о приеме-сдаче Алма-Атинского Юридического института вновь назначенным директором института тов. Культелеевым Т. М. от бывшего директора этого же института тов. Кузнецова Д. В.; Акт о разделении Первого государственного юридического института; Приемно-сдаточный акт при переводе Алма-Атинского юридического института из Министерства юстиции Казахской ССР в ведение МВО СССР (ЦГА РК. Ф. 1694. Оп. 1. Д. 8. Л. 1–9; Д. 27. Л. 1–2; Д. 40. Л. 1–84).

юридического состава, преподавал в Военно-юридической академии Красной Армии, из армии демобилизован по отзыву директивных органов.<sup>25</sup>

Эвакуированному в г. Балашов Саратовской области Ленинградскому юридическому институту в связи с сильным повреждением здания в результате бомбежки и в военно-стратегических интересах вновь предстояло перебазирование. СНК СССР распорядился временно объединить находившийся в Алма-Ате Московский юридический институт с Ленинградским.<sup>26</sup> Однако «объединение двух институтов не состоялось, так как помещение, предназначенное Московскому юридическому институту в Алма-Ате, было использовано для других государственных нужд. Ленинградский институт при активном содействии СНК Казахской ССР разместился в Джамбуле, где ему предоставили два здания одной из средних школ».<sup>27</sup> В период нахождения Ленинградского юридического института в Джамбуле (ныне г. Тараз) была завершена диссертация на соискание ученой степени кандидата юридических наук М. А. Нуделя на тему «Уничтожение ханской власти в Младшем жузе Казахстана». Защита состоялась в 1944 г. на Ученом совете Всесоюзного института юридических наук (ВИЮН) НКЮ СССР.<sup>28</sup>

Всего в годы войны в Казахстан было эвакуировано 22 высших учебных заведения, из них в Алма-Ату — 12 вузов.<sup>29</sup> В Казахстан были эвакуированы юридические институты Киева, Ленинграда, Москвы.<sup>30</sup> Среди них особое место занимает Первый ГЮИ. Его роль в становлении и дальнейшем развитии высшего юридического образования и юридической науки в Казахстане велика. Это подтверждается в работах, выступлениях, воспоминаниях, различной мемуарной литературе видных казахских ученых-юристов первого поколения.<sup>31</sup> Разносторонняя деятельность данного института (в особенности научно-педагогическая, исследовательская, а также по подготовке учебников и учебных пособий) многие годы оставалась ориентиром в вузовской работе. Разрабатывавшие теоретические проблемы различных дисциплин правовой науки, ученые Первого ГЮИ влияли на развитие правовой мысли казахстанских исследователей на протяжении всего послевоенного периода. Так, история становления исследований истории

<sup>25</sup> А КазНУ им. аль-Фараби. Ф. 1352. Оп. 2. Д. 338. Л. 44.

<sup>26</sup> Петров Г. И. Ленинградский юридический институт им. М. И. Калинина в годы Великой Отечественной войны // Правоведение. 1969. № 1. С. 23–24.

<sup>27</sup> Там же. С. 24.

<sup>28</sup> Государственно-правовая наука в Казахстане. Библиографический указатель 1930-е гг. — 1991 г. / авт.-сост. Ш. В. Тлепина; под ред. С. Ф. Ударцева. Алматы, 2005. С. 28, 376.

<sup>29</sup> Жаманбаев К. Ж. Высшая школа Казахстана. Алма-Ата, 1972. С. 68.

<sup>30</sup> Шибанов А. Ф. Юридические высшие учебные заведения. М., 1963. С. 66; *Очерки по истории юридических научных учреждений в СССР* / В. М. Курицын, А. Ф. Шибанов. М., 1976. С. 95.

<sup>31</sup> Зиманов С. З. Успехи правовой науки в Республике // Октябрь и наука Казахстана. Алма-Ата, 1967. С. 515; Баймаханов М. Т., Басин Ю. Г. Развитие правовой науки и юридического образования в Казахстане // Правоведение. 1984. № 4. С. 4; Тлепина Ш. 1) Высшее юридическое образование в Казахстане в годы Великой Отечественной войны // Правовая реформа в Казахстане. 2004. № 2. С. 110–116; 2) Эволюция государственно-правовой науки в Казахстане (1930-е — 1991 гг.). Алматы, 2005. С. 70–85; Тулеугалиев Г. И. Становление юридического образования в Республике Казахстан и некоторые проблемы его развития на современном этапе // Право и государство. 2001. № 1. С. 3; и др.

государства и права зарубежных стран связана с Первым ГЮИ так же, как и с Ленинградским юридическим институтом.

Среди учебников и учебных пособий Первого ГЮИ можно назвать следующие: «Извлечения из институций Юстиниана» (Со словарем и комментариями. Пособие для юристов. 10 п. л. Ст. препод. Е. А. Башаринов); «Материалы к лекциям по истории государства и права» (Учебное пособие. 4 п. л. Доц. Л. В. Дюков).<sup>32</sup> В 1941 г. Л. В. Дюков подготовил книгу «Нексум в римском праве», которая была принята в печать, но не вышла в свет в связи с началом Великой Отечественной войны. Дальнейшая судьба рукописи неизвестна.<sup>33</sup> В 1942 г. он планировал подготовить публикации о государственно-правовых принципах Парижской Коммуны, обзор теории феодальной поземельной собственности в России, новые материалы по вопросу о так называемом «Германском завоевании» Римской империи.<sup>34</sup>

Л. В. Дюков подготовил и защитил диссертационное исследование по проблемам всеобщей истории государства и права в Ленинградском юридическом институте.<sup>35</sup> К сожалению, это направление историко-правовых исследований долгое время оставалось неразвитым, исследования Л. В. Дюкова не были углублены, а сам он на протяжении почти всего советского периода казахстанской историко-правовой науки оставался единственным специалистом по всеобщей истории государства и права. На наш взгляд, данное положение объяснялось многими причинами. Прежде всего следует назвать идеологические аспекты, поскольку не всегда было безопасным увлечение даже на научно-исследовательском уровне государственно-правовыми вопросами зарубежных стран, в особенности капиталистических государств. Также играла свою роль необходимость знания на достаточном уровне иностранных языков с обязательным изучением иностранных источников. Высокий уровень исследований делал желательным и выезд в научную командировку в регион исследования. Кроме того, недоставало высококвалифицированных специалистов по всеобщей истории государства и права. Зарубежной историей государства и права занимались ученые-юристы, направленные в Казахстан высшими государственными органами юстиции, получившие образование в российских вузах, где существовала многолетняя традиция исследования государства и права стран Европы и Востока,<sup>36</sup> поэтому исследования зарубежной истории государства и права в Секторе права (впоследствии в Институте философии и права АН Казахской ССР) фактически не проводились, а историко-правовые исследования были сконцентрированы на проблемах государственно-правового развития Республики.

Представляется важным отметить еще одно связующее звено казахстанских и российских ученых-юристов. В архивах хранятся копии писем, направленных Т. М. Культелеевым в библиотеки АН СССР, профессору

<sup>32</sup> Тлепина Ш. В. Первый государственный юридический институт НКЮ СССР (1941–1943 гг.) // Юридическое образование и наука. 2004. № 1. С. 34–39.

<sup>33</sup> Цит. по: Профессорско-преподавательский состав Академии «Эділет». С. 98.

<sup>34</sup> Тлепина Ш. В. Первый государственный юридический институт... С. 34–39.

<sup>35</sup> Дюков Л. В. Долговое рабство в Древнем Риме. Историко-юридический очерк. Дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1940. 156 с. (науч. рук. — д. ю. н., д. и. н., проф. И. И. Яковкин, официальные оппоненты — д. ю. н., проф. Г. Мартынов, проф. Л. И. Дембо, доц. С. О. Вайнлуд; защита состоялась 25 июня 1940 г.). — См. также: Профессорско-преподавательский состав Академии «Эділет». С. 98; Государственно-правовая наука в Казахстане. С. 375.

<sup>36</sup> Тлепина Ш. В. Первый государственный юридический институт... С. 34–39.

И. И. Яковкину, в юридические институты и юридические факультеты университетов Москвы, Ленинграда, в Государственное юридическое издательство СССР, в Верховный Суд, Прокуратуру, в Наркомат юстиции СССР Н. М. Рычкову, в союзные республики с просьбой о предоставлении библиотеке Сектора права Казахского филиала АН СССР, АН Казахской ССР научных трудов, монографической, периодической, справочной и иной литературы досоветского и советского периодов.

Впоследствии тесная связь казахстанских, алма-атинских ученых с российскими, ленинградскими ярко отразилась в исследованиях Я. М. Бельсона.<sup>37</sup> Ученый трудился в КазГУ — еще одном исследовательском центре государственно-правовой науки. Он плодотворно работал над анализом государственно-правовой науки капиталистических государств.

Я. М. Бельсон отмечал, что «сущность государственно-правовых институтов современного буржуазного общества может быть правильно оценена лишь в результате критического анализа их основных признаков».<sup>38</sup> В связи с этим он провел анализ избирательной системы США, Англии, Франции, Италии, ФРГ; рассмотрел связанный с выборами абсентеизм.<sup>39</sup> Также Я. М. Бельсон исследовал вопросы финансовой деятельности буржуазного государства.<sup>40</sup> Ученым были проанализированы такие формы финансовой деятельности буржуазного государства, как увеличение налогов, налоговые льготы, займы, денежная инфляция, девальвация валюты, тарифное законодательство, субсидирование военных заказов, финансирование экспортно-импортных операций, финансовая помощь другим государствам.<sup>41</sup> Принципы английского парламентаризма, касающиеся избирательной системы, законодательной деятельности, парламентского контроля за деятельностью правительства, и другие вопросы внутрипарламентской процедуры были проанализированы в отдельной статье Я. М. Бельсона.<sup>42</sup> Теория «народного государства» в Америке, Англии, Франции, характер многопартийности в западных странах стали также предметом его анализа.<sup>43</sup> В последующие годы, работая уже в ЛГУ,

<sup>37</sup> Яков Михайлович Бельсон — д. ю. н., профессор. Окончил юридический факультет и аспирантуру ЛГУ. В 1953–1963 гг. работал на юридическом факультете КазГУ, затем выехал на работу в Высшую школу МОП РСФСР в Ленинграде. В 1961 г. защитил докторскую диссертацию «Основные проблемы государственно-правовой науки Великобритании и США (критическое исследование)» в Институте государства и права АН СССР в 2 т. (Вечерняя Москва. 1961. 19 апр.; *Государственно-правовая наука в Казахстане*. С. 373; *Личное дело Я. М. Бельсона* (20.09.1960–28.04.1961) // Текущий архив Института государства и права РАН; *Сартаев С. С.* Юристы Казахстана в лицах. Алматы, 2002. С. 149).

<sup>38</sup> *Бельсон Я. М.* Основные черты избирательной системы главных капиталистических государств // Учен. тр. КазГУ им. С. М. Кирова. Сер. юрид. Вып. 3. Алма-Ата, 1957. С. 167.

<sup>39</sup> Там же. С. 171, 173, 175–176, 182. — См. также: *Бельсон Я.* Упадок современного буржуазного парламентаризма // Коммунист Казахстана. 1955. № 2. С. 36–41.

<sup>40</sup> *Бельсон Я. М.* 1) Роль буржуазного государства в обогащении монополий // Там же. 1956. № 8. С. 43–47; 2) О некоторых формах финансовой деятельности буржуазного государства // Учен. тр. КазГУ им. С. М. Кирова. Сер. юрид. Вып. 5. Алма-Ата, 1959. С. 270–285.

<sup>41</sup> *Бельсон Я. М.* О некоторых формах финансовой деятельности... С. 272, 274, 282, 284–285.

<sup>42</sup> *Бельсон Я. М.* Проблемы современного английского парламентаризма в буржуазной правовой науке // Сов. государство и право. 1957. № 12. С. 122–128.

<sup>43</sup> *Бельсон Я. М.* 1) Буржуазный миф о «народном государстве» // Партийная жизнь Казахстана. 1958. № 11. С. 66–70; 2) Вывески разные, а сущность одна // Там же. 1959. № 12. С. 59–63.

Я. М. Бельсон был автором учебников по государственному праву зарубежных стран, которые неоднократно переиздавались.<sup>44</sup> Широкая эрудиция, высокий уровень интеллекта, огромный теоретический багаж ученого обогатили историю правовой мысли в целом, стали ярким свидетельством эволюционного развития государственно-правовой науки в Казахстане. Его работы, как, впрочем, и работы других казахстанских ученых, работавших, живших в Казахстане в советский период, имеют большое значение для эволюционного развития всей юридической науки Казахстана и могут быть предметом специального научного исследования.

Из 12 докторских диссертаций, подготовленных и защищенных в сфере государственно-правовой науки в советский период казахстанскими учеными, вторая была защищена Я. М. Бельсоном (после докторской диссертации С. Л. Фукса в 1948 г.) в 1961 г. Я. М. Бельсон первым в Казахстане защитил диссертацию на соискание ученой степени доктора юридических наук по государственному праву зарубежных стран.

Среди 60 диссертаций на соискание ученой степени кандидата юридических наук первые две — Т. М. Культелеева и Л. В. Дюкова — были защищены в Ленинградском юридическом институте в 1939 и 1940 г. Т. М. Культелеев стал первым казахским профессиональным ученым-юристом, первым казахом — директором высшего юридического учебного заведения.

Подведем итоги. Кадровая, организационная поддержка, помощь в обеспечении библиотечного фонда центральной научной библиотеки АН Казахской ССР, в частности Сектора права, впоследствии Института философии и права, юридического института, а позже и юридического факультета Казахского государственного университета им. С. М. Кирова, многолетние научные связи, плодотворное сотрудничество с юридическими образовательными учреждениями, многочисленные научные публикации на страницах авторитетного научно-теоретического журнала «Правоведение», личные связи ученых, исследователей, преподавателей вузов — все это способствовало поддержанию и росту профессиональных контактов, творческому сотрудничеству, взаимному уважению и признанию успехов ученых-юристов Казахстана и России.

Влияние высшего юридического образования центральных советских вузов, в частности ленинградских, на формирование правовой мысли ученых-юристов Казахстана имеет большое значение. Постигание основ теоретического изучения права, общества и государства, заложенное в традициях российской юридической науки, было воспринято и продолжено казахстанскими исследователями. Высокая степень восприимчивости к научным исследованиям права и государства обусловила своеобразие современной казахстанской правовой мысли. На наш взгляд, для изучения истории правовой мысли важно обращение к советскому наследию юридической науки Казахстана.

---

<sup>44</sup> См., напр.: *Государственное право буржуазных стран и стран, освободившихся от колониальной зависимости*. Учебник / под ред. Б. А. Стародубского и В. Е. Чиркина. 2-е изд. М., 1977; 3-е изд. М., 1986. — В 1960-е годы Я. М. Бельсон рецензировал учебники: Щетинин Б. В., Бельсон Я. М. [Рец. на кн.] Два учебника по государственному праву стран народной демократии // *Сов. государство и право*. 1962. № 2. С. 144–146.

## ЗАХАРОВ В. В. КАК ГОТОВИТЬ ЮРИСТА: Изучая русские рецепты.

Очерки истории юридического образования  
в России второй половины XIX — начала XX века.  
Курск: Изд-во Курского госуд. ун-та, 2006. 297 с.

Жизнь юриста разделяется на два отрезка:  
университетские годы, или время сева,  
и годы практической работы, или время  
сбора урожая...

*Рудольф фон Иеринг*

Есть ли в современной России представитель профессионально-педагогического сообщества, не желающий узнать рецепты подготовки юриста? Речь, конечно, идет о поиске оптимальной и адекватной современным реалиям модели юридического образования. Многочисленные научные и учебно-методические форумы, активная полемика в печати, знакомство с зарубежным опытом и рефлексия по поводу участия страны в интеграционных процессах демонстрируют «болевы точки» современного образования и неоднозначное отношение к его реформированию. В связи с этим представляется весьма своевременным исследование Владимира Викторовича Захарова.

Автор констатирует, что современная историография характеризуется устойчивым интересом к истории юридического образования (с. 14). Справедливость такого тезиса подтверждается появившимися в последние годы отдельными монографическими, диссертационными исследованиями и потоком публикаций в научной периодике. Кроме того, генезис подготовки юриста в России освещен в ряде учебников и учебных пособий.<sup>1</sup> Тем не менее широкий круг вопросов остается пока без ответов, и реконструкция картины становления и модернизации отечественной подготовки юристов является благодатной нивой для неравнодушного исследователя. Автором в полной мере используются возможности избранного формата «очерков», известного в рамках исследуемой проблематики также по работам И. А. Емельяновой, С. И. Михальченко и др.<sup>2</sup>

Особенностью работы является стремление установить корреляционные связи между юридическим образованием и состоянием правовой системы, а также таких ее элементов, как формы права и правосознание (с. 8). Именно таким образом поставленная задача позволяет исследователю показать главные

<sup>1</sup> *Волосникова Л. М., Чеботарев Г. Н.* Правовой статус университетов: история и современность. М., 2007. С. 69–97; *Корнев А. В., Борисов А. В.* Правовая мысль в дореволюционной России. М., 2005. С. 189–239; *Левитан К. М.* Юридическая педагогика. М., 2008. С. 95–130; *Ящук Т. Ф.* Очерки по истории юридического образования. Омск, 2004.

<sup>2</sup> *Емельянова И. А.* Юридический факультет Казанского университета. 1805–1917 гг. Очерки. Казань, 1998; *Михальченко С. И.* Юридический факультет Варшавского университета, 1869–1917. Краткий исторический очерк. Брянск, 2000.

особенности основных периодов истории «воспроизводства» юридического корпуса в Российской империи. Устойчивой историографической традицией стало рассмотрение в качестве критериев периодизации истории российского высшего образования (в том числе и юридического) общих уставов императорских российских университетов. Автор не ограничивается исключительно заявленным в заголовке хронологическим отрезком и включает в работу сюжет-«предысторию», поскольку многие процессы, протекавшие в юридическом образовании во второй половине XIX — начале XX в., уходят своими корнями в предшествующее время (с. 16).

В исследовании выделены такие этапы, как подготовка юристов в первой половине XVIII в., появление формально-теоретического юридического образования (вторая половина XVIII в.), складывание систематического высшего юридического образования (первая треть XIX в.), переход к утилитарной модели во второй половине XIX в., формирование теоретической модели юридического образования в университетах (в контексте общей буржуазной модернизации государственности, правовой системы), корректировка модели юридического образования в связи с принятием университетского устава 1884 г. Очевидно, что в предложенной схеме-периодизации отражены не только изменения, происходившие в российском праве и законодательстве, но и обусловленная соответствующими потребностями государственная политика. Определяющему участию государства в формировании имперской образовательной системы традиционно уделяется внимание в научной литературе. Автор данного исследования также указывает на то, что государство выступало в роли движущей силы прогресса в области юридического образования. Оно формулировало требования к профессиональной компетентности юристов; эти требования учитывали преимущественно интересы государства как главного заказчика и распорядителя ресурсов. Профессура же не могла выполнить эту миссию в силу малочисленности и отсутствия влияния (с. 39–40). Таким образом, показаны сложные и объективно существующие взаимосвязи между юридическим образованием, правовыми традициями, государственной политикой и социальными запросами.

Период второй трети XIX столетия, когда был осуществлен переход к утилитарной модели юридического образования, звонко охарактеризован в работе как «революционный переворот в системе юридического образования» (с. 36). И действительно, в это время юридическое образование приобретает новые характеристики; нравственно-политическая подготовка в университетах уступает место «законоведению». На смену активному заимствованию зарубежных (европейских) образцов, охарактеризованному в литературе как «научный десант на российскую почву» или «диффузия европейских инноваций в сфере науки и образования», приходит ориентация на собственные историю, право, законодательство. Определяющее значение для подобного перехода, как справедливо отмечено автором, имели систематизация российского законодательства, осуществленная под руководством М. М. Сперанского, изменение внутренней политики самодержавия и критика естественной школы права (с. 36–37).

С большой увлеченностью В. Захаров анализирует различные аспекты подготовки юристов: организационно-управленческие, научные, учебно-методические. В системе учебных заведений, осуществлявших такую подготовку, он предлагает выделять юридические факультеты университетов в качестве главных поставщиков юридических кадров от группы специальных учебных заведений юридического профиля (Училище правоведения, лицеи, Военно-юридическая академия). Появившаяся в ходе буржуазной модернизации альтернативная высшая школа, предоставившая возможность обучения женщинам, оказалась на периферии образовательной системы (с. 71). Справедливо указывается на

сложившуюся многоведомственность управления юридическим образованием и попытки взаимодействия министерств (народного просвещения и юстиции) в деле оптимизации профессиональной подготовки (с. 57–60).

Отказ от одиозных, исключительно негативных оценок университетских уставов 1835 и 1884 гг., намеченный в современных исследованиях, поддержан и в данной работе. Так, отмечается, что реформа 1835 г. способствовала росту престижа юридической профессии (с. 41). Отход от положений устава 1863 г. в части университетской автономии, закрепленный последним в империи Общим уставом российских императорских университетов 1884 г., рассматривается в контексте «государственной заданности» университетов, которые «всегда воспринимались как часть государственного аппарата, построенного на принципах централизации управления» (с. 64–65). Характеризуя тенденцию роста ведомственного (по линии Министерства народного просвещения) нормотворчества, наметившуюся с изданием устава 1884 г., автор предпринимает попытку преодоления однозначной ее оценки как «мелочной опеки» в сфере законодательного регулирования управления университетами с целью подчинения их полному правительственному контролю. Подчеркивается, что специфика отношений в сфере образования зачастую делает необходимой детальную регламентацию. Поскольку с образованием в императорской России увязывались разнообразные вопросы государственной службы, социальной мобильности и т. п., конкретизация предписаний закона министерскими распоряжениями становилась неизбежной.

Опора на научные знания становится главным принципом университетского образования во второй половине XIX в., что отразилось на модели юридического образования. Автором она характеризуется как фундаментальная; ее целью было формирование и передача систематизированного научного знания (с. 81–83). На основании анализа положений университетского устава 1863 г., учебных планов и материалов официальных комиссий делается вывод о расширении числа предметов на юридических факультетах за счет общегуманитарных и историко-правовых курсов. Следует поддержать тезис В. Захарова о положительном значении выделения в качестве самостоятельных тех научных дисциплин, предметом которых выступали «не совсем оформившиеся отрасли права», например финансового права. Появление таких курсов на основе «молодых» отраслей права или законодательства было результатом заимствования из германской системы высшего юридического образования и стимулировало соответствующие научные изыскания.

Примечателен исследовательский сюжет о значении историко-правовых предметов, которые, как отмечает автор, присутствовали практически в каждом семестре. История права развивала юридическое мышление студентов, приобщала к научным исследованиям. Справедливо подчеркивается, что преобладающим было мнение о невозможности понимания и объяснения положительного права без его истории. Делается вывод о следовании русской высшей юридической школы континентальной традиции преподавания права (с. 85–86).

Открытие «шлюзов» для нравственной и интеллектуальной энергии общества в «эпоху великих реформ» привело и к расцвету российской юридической науки. Обнаружившееся многообразие научных трудов, мировоззренческих и методологических позиций в правоведении, видимо, и послужило основанием для своеобразного тезиса французского компаративиста Р. Давида о том, что русская юридическая литература появилась только во второй половине XIX в.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1996. С. 118.

Новое качество науки влекло за собой необходимость модернизации образования.

Полагаем, многих заинтересуют сюжеты о попытках введения специализации на юридических факультетах, а также о мощной дискуссии в периодической печати рубежа XIX–XX вв. о методах и формах преподавания права, названной современниками «литературным плебисцитом». Сложно прижилась и в итоге была отвергнута идея разделения юридических факультетов на юридические и административные отделения. Не менее сложно проходило внедрение практических занятий в практику преподавания. Последние зачастую проводились в форме чтения или толкования какого-либо памятника права или написания сочинений; реже студенты упражнялись в составлении процессуальных документов (с. 148).

Составленные автором на основании университетских уставов 1835, 1863 и 1884 гг. диаграммы наглядно демонстрируют эволюцию соотношения кафедр и дисциплин общегуманитарного, историко-теоретического и отраслевого характера (с. 82, 95).

В заключении работы весьма емко сформулированы «детерминанты юридического образования». Кроме того, подчеркивается, что приобретение имперским юридическим образованием фундаментального характера способствовало росту востребованности юридической профессии. Возросший социальный заказ вел к росту числа учебных заведений, диверсификации форм и методов обучения. Появившиеся проблемы качества подготовки юристов неизбежно повлекли за собой поиск путей ее совершенствования (с. 185).

Замечательно дополняют работу приложения, а именно тексты нормативных правовых актов в сфере юридического образования, а также учебные планы и правила. И если общеуниверситетские уставы в том или ином объеме уже публиковались ранее, то, полагаем, устав Демидовского юридического лицея, Правила по учебной части в Военно-юридической академии 1893 г., учебный план юридического факультета Московского университета на 1914–1915 гг. станут для многих «открытием».

Вместе с тем к автору работы имеются отдельные вопросы. Например, можно ли объяснить неудачи административных отделений юридических факультетов только отсутствием механизма реализации этой меры и незамещенностью профессорских кафедр (с. 90–91)? Предвестниками административных отделений 1860-х годов были «камеральные отделения», создававшиеся в отдельных университетах в 1840-е годы; они также не пользовались большой популярностью у студентов.

Автор также утверждает, что устав 1884 г. впервые установил обязательную для штатных преподавателей норму нагрузки — 6 часов в неделю (с. 128). Однако в п. 86 Университетского устава 1835 г. имелось правило, согласно которому профессор обязан был преподавать свой предмет не менее 8 часов в неделю, т. е. норма нагрузки была установлена ранее 1884 г.

В заключение отметим, что выполненное с привлечением широкого круга различных источников оригинальное, хорошо структурированное исследование В. В. Захарова вносит существенный вклад в научное познание истории российского юридического образования эпохи империи.

*Наталья Николаевна Зипунникова,*  
к. ю. н., доцент УрГЮА  
© Н. Н. Зипунникова, 2009

NATIONALES STRAFRECHT IN RECHTSVERGLEICHENDER  
DARSTELLUNG. ALLGEMEINER TEIL /

Ulrich Sieber, Karin Cornils (Hrsg.). Berlin: Dunker &  
Humblodt, 2008. 960 s.\*

Рецензируемая книга обозначена издателями как результат исследовательского проекта Института Макса Планка по иностранному и международному уголовному праву под названием: «Информационная система по сравнительному уголовному праву».

Вызванные глобализацией общественные, экономические и политические изменения отводят особую роль сравнительному правоведению в национальном и международном уголовном праве. Данные изменения не только ведут к переосмыслению ранее существовавших уголовно-правовых парадигм, но и способствуют появлению новых форм международного сотрудничества в области уголовного права, а также созданию супранационального уголовного права. Понимание международных изменений в уголовном праве и разработка общих принципов уголовного права и создания уголовной политики требуют обращения к систематическому сравнительному правоведению в области уголовного права, которое могло бы совместить в себе черты многих правовых систем. Если учесть, сколько существует в мире правовых систем и насколько велики различия между ними, то неизбежно возникает вопрос: возможно ли создание так называемого «универсального сравнительного правоведения» в области уголовного права?

Авторы книги поставили перед собой задачу создать универсальную метаструктуру для сравнительного уголовного права, с помощью которой можно провести сравнительно-правовой анализ материалов по уголовному праву различных стран, сопоставить решения определенной проблемы в различных правовых системах, найти общие правовые принципы для создания международной уголовно-правовой догматики.

Авторы разработали матрицу, которая охватывает целый ряд правил, теорий и институтов различных правовых систем. Это облегчает проведение сравнительно-правового анализа конкретных институтов уголовного права, которые имеют разные названия в различных правовых системах. Например, при сравнении системы преступления используется не классическое разграничение между противоправностью, виной и составом преступления, господствующее в немецком уголовном праве,<sup>1</sup> а различие объективной и субъективной стороны деяния, которое можно найти во многих правовых системах. Система матрицы для общей части уголовного права излагает принцип законности, международную сферу действия уголовного права, понятие и систематизацию преступления (субъективную и объективную сторону) и неоконченное преступление. Для первой стадии исследования избраны 12 правовых систем: Китая, Кот-д'Ивуара, Англии и Уэльса, Франции, Италии, Южной Кореи, Австрии, Польши, Шотландии, Швеции, Испании и Турции.<sup>2</sup> Авторы сосредоточиваются

---

\* Национальное уголовное право в сравнительно-правовом аспекте. Общая часть / под ред. Ульриха Зиберера и Карин Корнильс. Берлин: Дункер & Хумбольдт, 2008. 960 с.

<sup>1</sup> Подробнее см.: Жалинский А. Современное немецкое уголовное право. М., 2004.

<sup>2</sup> Уголовное право России станет предметом исследования на следующей стадии проекта.

на действующем уголовном законодательстве названных стран, а затем рекомендуют дополнительную уголовно-правовую литературу.

Безусловным достоинством исследования следует признать рассмотрение спектра различных правовых систем: азиатской, романо-германской и англосаксонской — что позволяет сравнить все институты общей части уголовного права в названных системах. Ознакомление с данной работой будет интересно специалистам, занимающимся проблемами зарубежного права и сравнительного уголовного права, преподавателям, аспирантам и студентам юридических вузов.

*Манучехр Абдунабиевич Кудратов,*  
докторант, юридический факультет  
Регенсбургский университет (ФРГ)

© М. А. Кудратов, 2009

## ЮБИЛЕЙ ЛЕОНИДА СОЛОМОНОВИЧА МАМУТА



Леониду Соломоновичу Мамуту — 80 лет! В это трудно поверить, когда он — неизменно подтянутый, элегантный, остроумный — появляется в Институте государства и права РАН, где работает уже более 40 лет. В это трудно поверить, когда видишь и слышишь, как он участвует в научных дискуссиях, общается с коллегами, аспирантами, студентами (которых также считает своими коллегами).

Л. С. Мамут — не только главный научный сотрудник, Заслуженный юрист Российской Федерации, но выдающийся ученый-государствовед, самобытная личность в науке, блестящий аналитик, незаурядный полемист и оратор, учитель и просто замечательный человек. Он внес огромный вклад в развитие теории и философии государства, изучение истории политических и правовых

учений. Л. С. Мамут является одним из «отцов» действующей российской Конституции. Он автор более 200 публикаций, каждая из которых представляет собой открытие, новый шаг к разгадке тех процессов, которые происходят в глубине общества, государства, человека.

Более 40 лет назад пришел Леонид Соломонович в Институт государства и права АН СССР (ныне РАН) вскоре после окончания с отличием Московского юридического института. Он прошел все ступени научной лестницы: от рядового сотрудника до доктора наук, профессора, председателя Диссертационного совета, члена Ученого совета Института. Долгое время он работал в Высшей аттестационной комиссии, где был известен благожелательной принципиальностью.

Всем известно, как ответственно относится Леонид Соломонович к своей научной и педагогической деятельности. Выполнение многочисленных и разнообразных задач, возложенных на него, он воспринимает как миссию — просветительскую и человеческую. Он вкладывает всего себя в любимую работу. Ни один студент, аспирант, молодой ученый или преподаватель, которого судьба сводит с Леонидом Соломоновичем, не уйдет от него без самой подробной, квалифицированной и — что не менее важно — доброжелательной, воодушевляющей консультации.

Леонид Соломонович обладает, говоря его собственными словами, секретом «научной молодости». Ему удалось сохранить редкостное умение: свежим незашоренным взглядом смотреть на самые, казалось бы, простые, привычные явления, мимо которых все проходит, не замечая. Леонид Соломонович же видит их глубину и сущность, корни и последствия.

Профессор Л. С. Мамут ведет постоянный вдумчивый диалог с мыслителями прошлого и своими современниками. Ученики Леонида Соломоновича, ученые, которых он благословил в качестве научного оппонента, навсегда сохраняют дружеские связи с ним. Он никогда не откажет в квалифицированном совете, не пожалеет времени и сил, душевного тепла. Леонид Соломонович славится прямоотой и доброжелательностью, всегда открыт для дискуссии и критики. Он умеет слышать и слушать других, независимо от их возраста и звания.

Глубокие познания, способность к оригинальным выводам — отличительная черта Л. С. Мамута как ученого. Его эрудиция в области гуманитарного знания — предмет «белой зависти» более молодых коллег.

Леонид Соломонович — знаток и ценитель прекрасного, любитель классической музыки и изобразительных искусств. Когда речь заходит о постановках классической оперы, его рекомендации всегда безошибочны. Леонид Соломонович — эталон человека высокой культуры, интеллигентного, душевно щедрого, отзывчивого к чужой беде, верного и благородного друга. Пожелаем ему еще многих лет работы с нами, новых увлекательных идей, сил и времени для их осуществления!

*Л. Е. Лаптева, М. И. Левина*

## ЮБИЛЕЙ МАРКА МОИСЕЕВИЧА БОГУСЛАВСКОГО

8 июня 2009 г. исполнилось 85 лет главному научному сотруднику Института государства и права Российской академии наук, доктору юридических наук, профессору Марку Моисеевичу Богуславскому.

Энциклопедически образованный ученый с мировым именем, М. М. Богуславский на редкость гармонично сочетает качества исследователя, преподавателя и юриста-практика, во всех этих сферах проявляя редкий талант.

М. М. Богуславский — автор около 500 научных работ по различным вопросам международного публичного и частного права, интеллектуальной собственности, юридической защиты культурных ценностей, правовым аспектам внешнеэкономической деятельности и т. д. Многие из его произведений переведены на иностранные языки, а учебник международного частного права выдержал несколько изданий и стал настольной книгой для всех, кто интересуется этой проблематикой.

На лекциях М. М. Богуславского по международному праву, которые он в течение многих лет читал в Высшей дипломатической школе и Дипломатической академии, воспитано не одно поколение наших ученых-международников и дипломатических работников.

Марк Моисеевич с неизменным успехом преподавал и в иностранных вузах, среди которых следует особо отметить Кильский университет в Германии, где в течение нескольких лет он возглавлял Институт права стран Восточной Европы.

М. М. Богуславский давно и активно участвует в нормотворческой деятельности. При его непосредственном участии разрабатывалось законодательство СССР о правовом положении иностранных граждан, о патентах и товарных знаках, а также, например, Федеральный закон от 15 июля 2008 г. № 64-ФЗ «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации».

М. М. Богуславский неоднократно представлял нашу страну как на различных международных конференциях, так и в качестве члена официальных делегаций на переговорах о заключении международных соглашений.

Марку Моисеевичу принадлежит важная роль в обеспечении эффективной защиты интересов Российской Федерации в иностранных судах по делам о собственности на имущество бывшего СССР, перешедшее к России в порядке правопреемства, в том числе на культурные ценности.

Недавно М. М. Богуславский опубликовал книгу «Свидетель эпохи (записки юриста-международника)», в которой рассказал главным образом о своих учителях, коллегах по научной и практической работе, и лишь попутно — о себе. Между тем М. М. Богуславский — далеко не только свидетель эпохи: он один из ее творцов.

Пожелаем этому выдающему ученому и обаятельному человеку доброго здоровья и дальнейших творческих достижений!

## ЮБИЛЕЙ ВЛАДИМИРА КОНСТАНТИНОВИЧА АНДРЕЕВА



Исполняется 70 лет со дня рождения известного ученого-юриста, специалиста по гражданскому и предпринимательскому праву, доктора юридических наук, профессора Владимира Константиновича Андреева.

В. К. Андреев родился 28 июля 1939 г. в городе Торжке Калининской (ныне Тверской) области. После окончания средней школы поступил на дневное отделение юридического факультета Ленинградского государственного университета им. А. А. Жданова. Среди однокашников, друзей и товарищей Владимира были ставшие теперь крупными учеными-юристами профессора Г. Е. Быстров, Д. И. Луковская, А. И. Хаснутдинов, А. И. Экимов, член-корреспондент РАН В. А. Мусин. Несмотря на то что будучи студентом Володя Андреев специализировался по кафедре гражданского права, по окончании Университета в 1961 г. он по распределению государственной комиссии был направлен в органы БХСС.

После трех лет работы следователем перешел на работу в народное хозяйство, десять лет трудился юрисконсультом в различных промышленных предприятиях и объединениях Калинина (ныне Тверь). Он был назначен госарбитром и некоторое время возглавлял Государственный арбитраж Калининской области.

Накопленный опыт практической работы в народном хозяйстве позволил Владимиру Константиновичу заняться глубокими научными исследованиями в сфере правового регулирования экономики. В 1972 г. он успешно защитил кандидатскую диссертацию на тему «Правовые вопросы транспортно-экспедиционного обслуживания» во Всесоюзном научно-исследовательском институте законодательства при Министерстве юстиции СССР (ныне ВНИИ законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ). С 1973 г. В. К. Андреев стал заниматься научно-педагогической работой в Калининском государственном университете, заняв сначала должность доцента кафедры гражданского права, затем — декана юридического факультета.

В 1981 г. Владимир Константинович по приглашению академика В. В. Лаптева перешел на работу в Институт государства и права АН СССР, где прошел путь от старшего научного сотрудника до главного научного сотрудника в секторе хозяйственного законодательства. На протяжении 16 лет работы в Институте В. К. Андреев принимал активное участие в подготовке проектов многих законодательных актов — «О собственности в РСФСР», «О государственном предприятии (объединении)», «О трудовых коллективах», «О развитии малых и средних предприятий», «Об аудиторской деятельности» и др., готовил научно-практические разработки, доклады, сообщения. В 1987 г. защитил докторскую диссертацию на тему «Правосубъектность хозяйственных органов».

С 1997 по 1999 г. В. К. Андреев совмещал научно-исследовательскую работу с практической деятельностью, работая главным инспектором Счетной палаты РФ. В 1999 г. он вернулся на педагогическое поприще в качестве профессора юридического факультета им. М. М. Сперанского Академии народного хозяйства при Правительстве РФ.

С 2004 г. по настоящее время профессор В. К. Андреев работает в Российской академии правосудия, возглавляя с 2006 г. кафедру гражданского права. Он также преподает в Институте государственного управления и социальных исследований МГУ им. М. В. Ломоносова.

Сфера научных интересов В. К. Андреева достаточно широка. В начале своей научной деятельности он исследовал проблемы представительства и разрабатывал вопросы правового регулирования перевозок грузов. Идеи его кандидатской диссертации по транспортной экспедиции по существу были воплощены в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. (ст. 105 «Договор транспортной экспедиции»), а затем — в части второй ГК РФ (глава 41 «Транспортная экспедиция», ст. 801–806).

В дальнейшем В. К. Андреев разрабатывал проблемы правосубъектности юридических лиц, права собственности и приватизации, рынка ценных бумаг, правового регулирования аудита, правового регулирования предпринимательской деятельности в целом и др. Итоги этих исследований отражены в опубликованных им книгах: «Транспортное право» (1977), «Представительство в гражданском праве» (1978), «Правосубъектность хозяйственных органов» (1986), «Право собственности в России» (1993), «Правовое положение акционерных обществ» (1996), «Правовые проблемы аудита в России» (1996), «Правовые основы предпринимательской деятельности» (1997), «Рынок ценных бумаг: правовое регулирование. Курс лекций» (1998), «Право государственной собственности в России» (2004), «О праве частной собственности в России» (2007), «Предпринимательское законодательство России: Научные очерки» (2008). Владимир Константинович — автор свыше 200 научных статей, опубликованных в ведущих юридических журналах, а также глав в учебниках и учебных пособиях. Особого внимания заслуживает новейшая монография В. К. Андреева «Предпринимательское законодательство России», вышедшая в свет в 2008 г. Цель этой книги, написанной в жанре научных очерков, — «представление авторского подхода к определению принципов применения норм различных отраслей права при осуществлении предпринимательской деятельности, определение состава предпринимательских отношений, анализ федерального законодательства, иных нормативных правовых актов, судебной практики» (с. 5). В книге излагается позиция автора по ряду крупных проблем предпринимательского права; при этом предпринимательское право рассматривается как специальная обособленная часть гражданского права (с. 6).

Владимир Константинович принимает активное участие в научных дискуссиях, постоянно выступая на международных и российских конференциях, семинарах и круглых столах.

Большое значение он придает педагогической работе, руководя аспирантами и докторантами в Российской академии правосудия и МГЮА им. О. Е. Кутафина. За успешную подготовку научно-педагогических кадров он неоднократно награждался почетными грамотами Академии народного хозяйства при Правительстве РФ, МГЮА им. О. Е. Кутафина, Министерства образования и науки РФ.

В. К. Андреев состоит в диссертационных советах Российской академии правосудия, МГЮА им. О. Е. Кутафина и Академии народного хозяйства при Правительстве РФ. В течение длительного времени он является членом Научно-консультативного совета при Высшем Арбитражном Суде РФ, членом Экспертного совета ВАК РФ. В. К. Андреев входит в редакционные советы журналов «Предпринимательское право» и «Актуальные проблемы правоведения».

Юридическая общественность, коллеги, друзья от всего сердца поздравляют Владимира Константиновича с 70-летием и желают ему крепкого здоровья, долгих лет жизни и новых творческих успехов!

*К. К. Лебедев*

## БОРИС ИВАНОВИЧ КОЖОХИН (1922–2009)



30 апреля ушел из жизни замечательный, мудрый и добрый человек, доктор юридических наук, профессор Борис Иванович Кожохин. Большая часть жизни Бориса Ивановича была связана с Ленинградским юридическим институтом и юридическим факультетом Ленинградского (ныне Санкт-Петербургского) государственного университета. Здесь он учился, защитил диссертации, преподавал, писал свои научные труды, занимался административной работой.

Борис Иванович родился 16 июня 1922 г. в селе Егорьевское Угличского уезда Ярославской губернии, в 1933 г. переехал в Углич, где и окончил среднюю школу. В 1939 г. 17-летний юноша отправился поступать в Ленинградский юридический институт. Успешно пройдя вступительные испытания,

он успел проучиться чуть больше года — с сентября 1939 по октябрь 1940 г.

Великая Отечественная война вмесалась в его судьбу еще до своего начала: в октябре 1940 г. Б. И. Кожохина призвали в РККА. Борис Иванович прошел всю войну, перенес не только ее тяготы, но и труды освоения новых наук. После интендантского училища, куда его отправили за 2 дня до начала войны, он несколько месяцев был делопроизводителем, но на этой службе не остался. Вскоре Б. И. Кожохин был отправлен на Карельский фронт, где сперва служил рядовым кавалеристом, а затем — командиром взвода конной разведки. О фронтовых днях Борис Иванович всегда рассказывал скромно и часто говорил, что судьба была благосклонна к нему: среди его сверстников в живых остались только двое из каждой сотни молодых и неопытных бойцов. Старший лейтенант Б. И. Кожохин демобилизовался в октябре 1945 г. Он удостоен нескольких боевых наград, в том числе медали «За победу над Германией».

После войны Борис Иванович продолжил учебу в Ленинградском юридическом институте. Получив диплом в 1948 г., поступил в аспирантуру, и с 1951 г. начал преподавать. Защита его кандидатской диссертации состоялась в 1954 г., а тема диссертации Б. И. Кожохина была непростая, она затрагивала глубокие вопросы не только права, но и политики: «Советский Союз против линии реакции и агрессии в вопросе международной защиты прав человека».

После объединения Ленинградского юридического института с юридическим факультетом ЛГУ Б. И. Кожохин, работая на кафедре международного права, читал лекции по государственному праву стран народной демократии и по государственному праву буржуазных стран. Защита прав человека и прав народов в международном и национальном праве СССР и иностранных государств, проблемы сравнительного государственного и конституционного права наряду с вопросами государственного устройства и развития демократических институтов стали основными предметами его научных интересов.

Сфера научной и преподавательской деятельности Б. И. Кожохина охватывала стыке двух специальностей и двух кафедр — международного и государственного права. Однако и его кандидатская, и докторская диссертация

(на тему «Демократическая сущность социалистического государства», 1970) были защищены по специальности «конституционное право». Еще до защиты докторской диссертации, в 1957–1964 гг., Борис Иванович работал на кафедре государственного права, затем возвратился на кафедру международного права. Окончательный его переход состоялся в декабре 1976 г. в связи с кончиной заведующего кафедрой государственного права В. С. Петрова.

Возглавив кафедру государственного права, Б. И. Кожохин беспрерывно руководил ею больше 15 лет — до 1992 г. За эти годы и факультет, и кафедра пережили немало трудностей и конфликтов, но, преодолевая их, Борис Иванович всегда демонстрировал самое чуткое, внимательное и доброжелательное отношение к людям, с пониманием относился к их слабостям и недостаткам и с удивительной мудростью умел найти выход из любой сложной ситуации. Борис Иванович создал дружный и работоспособный коллектив; всегда с готовностью оказывая помощь и поддержку молодым преподавателям, он обеспечил развитие кафедры на много лет вперед.

У Бориса Ивановича было множество учеников, под его руководством защищено около 20 кандидатских диссертаций, и многие люди в России и за рубежом с теплотой вспоминают о нем, называя не только Учителем в науке, но и человеком, сама жизнь которого служила примером.

Профессиональная деятельность Б. И. Кожохина выходила далеко за пределы Советского Союза. Еще в 1959 г. он несколько недель преподавал в Польше, в 1963 г. на год был отправлен вести преподавательскую деятельность во Вьетнам, где успешно читал лекции и опубликовал учебное пособие на вьетнамском языке. Работы Бориса Ивановича издавались на разных языках, он руководил аспирантами из многих стран мира.

Борис Иванович вел большую общественную работу, в том числе в партийных органах, избирался секретарем партбюро Ленинградского юридического института, а затем и юридического факультета Ленинградского университета. Много лет Б. И. Кожохин выполнял обязанности заместителя декана по научной работе на юридическом факультете ЛГУ.

Не стало удивительно светлого, доброго и отзывчивого человека, замечательного педагога, мудрого руководителя. Многие люди на Земле испытывают скорбь и горечь утраты. Добрые дела Бориса Ивановича сохраняют о нем память, светлая память о большом Человеке.

\* \* \*

Весть о кончине Бориса Ивановича Кожохина отозвалась в моем сердце глубокой болью.

Наш совместный трудовой путь начался в 1954 г., когда Ленинградский юридический институт им. М. И. Калинина, в котором Борис Иванович был студентом, аспирантом, а впоследствии преподавал, воссоединился с юридическим факультетом Ленинградского государственного университета, где я подвизался в роли ассистента. За более чем полвека ни одно облачко не омрачило наших отношений. А бывали и времена, когда Борис Иванович, старший и по возрасту и по званию, протягивал мне дружескую руку, на которую всегда можно было опереться.

Воин-фронтовик, никогда не отсиживавшийся при штабах, Борис Иванович скупно рассказывал, как тяжело давалась ему нелегкая солдатская наука. Прежде он не имел дела с лошадьми, и пока научился сидеть в седле и управляют конем, до задней части его тела больно было дотронуться. Впору вспомнить слова поэта Семена Гудзенко: «Быть под началом у старшин, хотя бы треть пути, тогда смогу я с тех вершин в поэзию сойти». Б. И. Кожохин сошел с этих вершин в науку, а это не менее трудно.

Борис Иванович был человеком необычайно высокообразованным, деликатным и скромным. Эти качества в полной мере раскрылись, когда он в течение

многих лет руководил кафедрой государственного права, где порой кипели нештучные страсти. Борис Иванович умело их гасил, оберегая достоинство коллег, щадя их слабости и недостатки. Ему была присуща общественная жилка, которая позволила занимать высокие посты как в административных, так и в выборных структурах. При этом он был чужд какого бы то ни было карьеризма и никогда не использовал свое положение в личных целях.

Ко мне Борис Иванович пришел на помощь в самый трудный период моей многолетней работы на факультете. На кафедре гражданского права, где я к тому времени проработал четверть века, разгорелся острый конфликт. В этот драматический момент Борис Иванович, желая отвести беду, предложил мне перейти на кафедру государственного права. Он поручил мне разработать новый для кафедры курс «Правовые вопросы управления народным хозяйством». Несколькими годами спустя этот курс (разумеется, не мне судить, успешно ли). Кроме того, я руководил дипломными работами, близкими мне по проблематике; совместно с Борисом Ивановичем редактировал коллективный труд кафедры «Конституционные основы народовластия в СССР»; выполнял разовые поручения Бориса Ивановича, в том числе курировал кандидатскую диссертацию тогда еще безвестного Н. С. Бондаря (ныне судья Конституционного Суда РФ), приехавшего в Ленинград из Ростова-на-Дону.

Ко всем Борис Иванович относился с предельным тактом и уважением, от него, с кем бы он ни общался, всегда исходило какое-то незабываемое тепло. На кафедре Бориса Ивановича я проработал три года (1977–1979). Он сделал все, чтобы я не чувствовал себя изгоем и органически влился в коллектив кафедры. Я всегда ощущал его дружескую поддержку, одобряющий взгляд. Вспоминаю, что когда я работал на кафедре гражданского права, и после заседания кафедры проводилось собрание партгруппы, мне и завкафедрой Б. Б. Черепяхину как беспартийным предлагали удалиться; на кафедре же государственного права меня, напротив, просили остаться, подчеркивая, что мое участие в работе партгруппы может быть полезным.

Хотя к моменту перехода на кафедру Бориса Ивановича мне было уже под пятьдесят, у него я, пожалуй, впервые прошел настоящую школу того, как нужно держать удар, управлять страстями, сохранять нормальные рабочие отношения с людьми, которые не вызывают положительных эмоций.

После того как обстановка на кафедре гражданского права разрядилась, встал вопрос о моем возвращении на кафедру, которая была основана моим учителем академиком Анатолием Васильевичем Венедиктовым и которую я, несмотря ни на что, считал и считаю своей *alma mater*. При решении этого вопроса вновь сыграло свою роль присущее Борису Ивановичу благородство. Хотя моя «реституция» и была связана с целым рядом трудностей (в частности, с перераспределением в середине учебного года педагогической нагрузки), Борис Иванович мой переход поддержал, понимая, что мне совсем не просто перестраиваться с цивилистического на государствоведческий лад.

Борис Иванович и как педагог, и как завкафедрой, и как замсекретаря парткома Университета пользовался неизменной любовью и признанием студентов. Когда на встрече сокурсников тогдашнего Президента РФ В. В. Путина, приуроченной к 30-летию окончания Университета (на ней Б. И. Кожохин не был по болезни), стало известно, что на этот же день приходится юбилейная дата Бориса Ивановича, В. В. Путин, узнав об этом, тотчас попросил соединить его с Борисом Ивановичем и тепло его поздравил. Это говорит о многом.

Только время позволит сполна оценить всё то доброе, что сделал Борис Иванович для нашей Родины, спасая ее в годы военного лихолетья; для науки; для воспитания и обучения поколений, пришедших нам на смену.

Горька и глубока тяжесть понесенной утраты. Но печаль наша светла, ибо Борис Иванович Кожохин, его дела и свершения с нами.

Ю. К. Толстой

## CONTENTS

Our Martens (in commemoration of the 100th anniversary of the day of his death and 165th anniversary of his birthday) • *Tsv. Kamenova, R. Mullerson, W. E. Butler* Modern View on the Teaching of Professor Martens. *V. S. Ivanenko* Fyodor Fyodorovich Martens — within and beyond His Time and His Space: View from the Century after • *A. P. Vershinin* The System and Systematization of Russian Energy Legislation • *D. Yu. Gontcharov* The Functional Connections of Protective Norms of Criminal Laws and Norms of Criminal Procedure Laws. *P. V. Agapov* Organized Criminal Activity and Its Description as a Social Legal Phenomenon • *A. V. Martchenko* Legal Nature of a Civil Suit in Criminal Procedure • *G. A. Gadzhiev* The Constitution of Russia as a Legal Basis of Economy: the Legal Model and the Contemporaneity. *A. P. Evdoshenko* The Improvement of an Ombudsman's Legal Status in Russia • *G. I. Lukovskaya* The Constitution of the Russian Federation and Modern Conceptions of Human Rights. *D. M. Diasamidze* The Essence and Peculiarities of the USA Constitution • *O. A. Makarova* On Corporate Law and Corporate Legislation. *S. A. Ginko* Legal Organization of Management in Economic Societies • *A. V. Malko, A. Yu. Salomatin* On the Role of Comparative Jurisprudence in Modern Legal Life. *E. V. Markovicheva* Instruments of Legal Pressure on Minor Offenders in the Western Countries: the Comparative Analysis. *E. A. Serebryakova* The IX Labor Law and Social Security Law European Congress • *N. M. Yurashevich* Evolution of Scientific Knowledge Concerning the Problem of Law and Time • *Yu. V. Susloparova* The XIII–XVIII Centuries English Lawyers on the Nature of English Law • *G. E. Adygezalova* Karl Nickerson Llewellyn. *K. N. Llewellyn* Extracts from the Works: Some Realism About Realism; My Philosophy of Law; The Common Law Tradition • *S. N. Zharov* Along the Traces of Political Search in Kiev Rus. *S. V. Lonskaya* The Justices of the Peace in Pre-Revolutionary Russia: the Experience of Professional Portrait. *A. B. Nickolaev* From the History of Temporary Courts (Petrograd, 1917). *L. G. Berlyavsky* 1922 Administrative Banishment of Representatives of Russian Intelligentsia: Debatable Problems • *Sh. V. Tlepina* Assistance of Leningrad University in the Formation of Higher Vocational Legal Education in Kazakhstan • *N. N. Zipunnikova* Book Review: *V. V. Zakharov* How to Train a Lawyer: Studying Russian Recipes. Essays on the History of Legal Education in Russia of the Second Half of the XIX — the beginning of the XX Centuries Made up for the First Issue. *M. A. Kudratov* Book Review: *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung. Allgemeiner Teil (National Criminal Law in a Comparative Law Aspect. General Part)* • Anniversary of Leonid Solomonovich Mamut. Anniversary of Mark Moiseevich Boguslavsky. Anniversary of Vladimir Constantinovich Andreev • Boris Ivanovich Kozhokhin (1922–2009).



АБСОЛЮТНЫЙ АССОРТИМЕНТ

## ЮРИДИЧЕСКАЯ ЛИТЕРАТУРА

- Магазины •
- Оптовая и интернет-торговля
- Уникальные сервис и дисконтная система
- Корпоративные продажи
- Комплектование библиотек по специальным ценам

12 000 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

РЕКОМЕНДУЕТ

ИСТОЧНИКИ ПРАВА

М. Н. Марченко



В настоящей работе при рассмотрении ряда теоретически и практически значимых вопросов, касающихся источников права, автор широко использовал как страноведческий (при раскрытии источников современного российского права), так и более общий подход (при рассмотрении источников различных правовых семей).

В разных правовых системах различные формы (источники) права играют далеко не одинаковую роль. Однако, несмотря на это, все они являются, по сравнению с неправовыми

средствами, весьма важными рычагами воздействия на общественные отношения и различные общественно-политические институты. Этим определяется то огромное внимание, которое уделяется источникам права на уровне не только национально-правового, но и сравнительного правоведения.

**СОДЕРЖАНИЕ:** Раздел I. Право и его формы (источники). Раздел II. Источники современного российского права.

Раздел III. Источники современного зарубежного права.

2009

768 с., переплет

430 руб.\*

ISBN 978-5-392-00412-6

НОВИНКИ АССОРТИМЕНТА

ПРАВОВАЯ КУЛЬТУРА РОССИИ

И. А. Исаев



Правовая культура представляет собой соединение духовных компонентов — ценностей, идей, верований с определенными нормами и институтами.

В рамках данной работы анализируются основные ценности и нормы правовой культуры в ее развитии и сопоставлении с основными характеристиками других правовых культур, а также дается оценка историко-правового материала, правовых актов, концепций, юридических фактов и т. п., которые в своей совокупности составляют предмет изучения отечественной правовой культуры.

СОДЕРЖАНИЕ: Глава I. Господство обычая (Древняя Русь X-XIV вв.). Глава II. Право национальной монархии (XV-XVII вв.). Глава III. Абсолютизм: регламентация и кодификация (XVIII в.). Глава IV. Время реформ и правовых систем (XIX в.). Глава V. Революция и право (начало XX в.). Глава VI. Социализм и правовая культура (от победы до кризиса).

2009

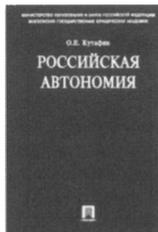
96 с., обложка

193 руб.\*

ISBN 978-5-392-00744-8

РОССИЙСКАЯ АВТОНОМИЯ

О. Е. Кутафин



Автор, академик РАН, основываясь на большом фактическом материале, анализирует особенности автономии царской, советской и постсоветской России. В работе подчеркивается мысль, что в условиях современной Российской Федерации, все субъекты которой являются автономными, нет необходимости в существовании каких-либо других автономий или подчеркивании автономного характера отдельных субъектов Российской Федерации в их наименовании.

Для научных работников, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, всех тех, кто хочет получить глубокие знания конституционном праве России.

СОДЕРЖАНИЕ: Глава I. Автономия в Российской Империи. Глава II. Автономия в Советской России. Глава III. Национально-территориальная автономия в Российской Федерации. Глава VI. Национально-культурная автономия в Российской Федерации.

2008

768 с., переплет

584 руб.\*

ISBN 978-5-482-00654-2

\*Цена в магазинах Книготорговой сети «ЮРИДИЧЕСКАЯ КНИГА» на 27.02.09 (прогнозируемая, с учетом дисконтной системы)

# 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



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](mailto:info@lawpress.ru), либо заполнить онлайн-заявку ([www.lawpress.ru/pp](http://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](mailto:info@lawpress.ru)  
[www.lawpress.ru](http://www.lawpress.ru)

УНИВЕРСИТЕТСКИЙ  
ИЗДАТЕЛЬСКИЙ КОНСОРЦИУМ  
**ЮРИДИЧЕСКАЯ КНИГА**

# РОССИЙСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Научно-теоретическое,  
информационное и практическое издание,  
основанное в 1993 году  
Министерством юстиции РФ  
и ГОУ ВПО “Уральская государственная  
юридическая академия”

- освещает фундаментальные и прикладные проблемы правового регулирования и правоприменительной практики
- публикует материалы, отражающие основные направления профессиональной юридической деятельности (правотворческой, экспертной, судебной и т. п.)
- знакомит читателя с новыми изданиями по правоведению и смежным с ним дисциплинам

**Входит в Перечень основных рецензируемых научных журналов и изданий, выпускаемых в Российской Федерации, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученой степени кандидата и доктора юридических наук**

**Редакция журнала:**

620066, Россия,  
Екатеринбург, Комсомольская, 23, оф. 207,  
тел./факс (343) 375-54-20,  
e-mail: [ruzh@usla.ru](mailto:ruzh@usla.ru), [ruzh93@hotmail.com](mailto:ruzh93@hotmail.com) сайт: [www.ruzh.org](http://www.ruzh.org)

**Для корреспонденции:**

620066, Екатеринбург, Комсомольская, 21,  
редакция Российского Юридического Журнала

**Розничная продажа:**

Издательский дом УрГЮА (Комсомольская, 23, каб. 306),  
магазины: “Де Юре” (Ленина, 101, Ленина, 32/34),  
“Юридическая книга” (Комсомольская, 23, Колмогорова, 54)

**Подписка:**

каталоги: Роспечать “Газеты. Журналы” — подписной индекс 72610,  
“Пресса России” — подписной индекс 41214, годовая подписка 41150,  
ЗАО “МК-Периодика” (129110, Москва, Гиляровского, 39),  
тел.: (495) 684-50-08, 681-91-37, 681-33-22, факс (495) 681-37-98

# 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 редакция, наличие выверенной редакционной политики делают Журнал уникальным источником информации о современном состоянии юридической науки.

Приятного вам чтения!

## УВАЖАЕМЫЕ КОЛЛЕГИ,

до 1 июня 2009 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](mailto:info@lawpress.ru), либо заполнить онлайн-заявку ([www.lawpress.ru/pp](http://www.lawpress.ru/pp)). Квалифицированный менеджер оперативно выполнит все необходимые действия по оформлению подписки, организации оплаты и избранному наиболее удобному для вас способу 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 (направлении 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, подписаться 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](mailto:info@jurisprudence-media.ru)  
[www.jurisprudence-media.ru](http://www.jurisprudence-media.ru)

# Правоведение

АНОНСЫ МАТЕРИАЛОВ, РУБРИК И РАЗДЕЛОВ

**АНОНС № 3, 2009**

**КОРОВОВ А. Е., ХОХЛОВ Е. Б.  
ПРАВОНАРУШЕНИЕ КАК  
ОСНОВАНИЕ ЮРИДИЧЕСКОЙ  
ОТВЕТСТВЕННОСТИ**

Статья посвящена современным проблемам научного осмысления правонарушения. Особое внимание в ней уделено признакам правонарушения, в первую очередь таким, как общественная опасность и наказуемость. Отмечены существенные различия, которые наблюдаются в подходах к ключевым вопросам теории правонарушения. Утверждается, что категория общественной опасности в значительной мере идеологизированна, а значит, субъективна: в уголовно-правовом смысле опасно часто не то, что реально опасно для общественных интересов, а то, что считают опасным. Общественная опасность представляет собой частный случай общественного вреда, хотя и является самостоятельной категорией.

**ВОЗНЕСЕНСКАЯ Н. Н.  
ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА В  
МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ  
ПРАВЕ РОССИИ И ЕС**

В статье анализируются важнейшие аспекты правового статуса иностранного юридического лица в России и странах Европейского союза: определение его личного закона, его национальности, объема правосубъектности и т. д. Обращено внимание на современные тенденции, которые наблюдаются в науке и судебной практике России и стран ЕС, например, переосмысление доктрины контроля при решении вопроса о национальности юридических лиц.

**АНОНС РУБРИК № 3 и 4, 2009**

**СДЕЛКИ В ЧАСТНОМ  
И ПУБЛИЧНОМ ПРАВЕ**

**ПРАВО НА СУДЕБНУЮ ЗАЩИТУ:  
КОНСТИТУЦИОННЫЕ ГАРАНТИИ  
И ТРЕТЕЙСКИЙ ПРОЦЕСС**

**КОММЕРЧЕСКОЕ ПРАВО**

**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](http://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.