

5/08

ИЗВЕСТИЯ  
ВЫСШИХ  
УЧЕБНЫХ  
ЗАВЕДЕНИЙ

ISSN 0131-8039

# Право ведение

5  
2008

ИЗВЕСТИЯ ВЫСШИХ УЧЕБНЫХ ЗАВЕДЕНИЙ

# ПРАВОВЕДЕНИЕ

2008

НАУЧНО-ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ  
ОСНОВАН В ОКТЯБРЕ 1957 г.

5 (280)

ПЕЧАТНЫЙ ОРГАН УМО ПО ЮРИДИЧЕСКОМУ ОБРАЗОВАНИЮ ВУЗОВ РФ

ЮРИДИЧЕСКИЙ ФАКУЛЬТЕТ  
САНКТ-ПЕТЕРБУРГСКОГО  
ГОСУДАРСТВЕННОГО УНИВЕРСИТЕТА  
И РЕДАКЦИЯ ЖУРНАЛА «ПРАВОВЕДЕНИЕ»

ПОЗДРАВЛЯЮТ

СЕРГЕЯ ДМИТРИЕВИЧА КНЯЗЕВА  
С НАЗНАЧЕНИЕМ НА ДОЛЖНОСТЬ  
СУДЬИ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА  
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ



УНИВЕРСИТЕТСКИЙ  
ИЗДАТЕЛЬСКИЙ КОНСОРЦИУМ  
**ЮРИДИЧЕСКАЯ КНИГА**

---

**СОДЕРЖАНИЕ****НОМЕРА**

---

**ПРЕДИСЛОВИЕ  
ГЛАВНОГО РЕДАКТОРА****МАТЕРИАЛ НОМЕРА****ХАРТ Г. П. А.**  
ОКСФОРД, ВЕЛИКОБРИТАНИА**ОПРЕДЕЛЕНИЕ И ТЕОРИЯ  
В ЮРИСПРУДЕНЦИИ**

6

**ТЕОРИЯ И ИСТОРИЯ ПРАВА****СОВРЕМЕННЫЕ  
ПРАВОВЫЕ ИССЛЕДОВАНИЯ****КНЯЗЕВ Г. А.**  
С.-ПЕТЕРБУРГ**КОНФЕДЕРАЦИИ ПРОШЛОГО —  
СЕТЕВЫЕ ГОСУДАРСТВА БУДУЩЕГО?**

33

**ИСТОРИЯ  
ОТЕЧЕСТВЕННОГО ПРАВА****МАКСИМОВА Н. А.**  
САРАТОВ**ДРУЖИННАЯ СЛУЖБА  
В ДРЕВНЕРУССКОМ ГОСУДАРСТВЕ**

52

**ИСТОРИЯ ЗАРУБЕЖНОГО ПРАВА****ПОЧЕКАЕВ Р. Ю.**  
С.-ПЕТЕРБУРГ**ПАМЯТНИКИ МАТЕРИАЛЬНОЙ КУЛЬТУРЫ —  
ИСТОЧНИК ПО ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА  
(НА ПРИМЕРЕ ПАМЯТНИКОВ ЗОЛОТОЙ ОРДЫ  
В КОЛЛЕКЦИЯХ ЭРМИТАЖА)**

59

**ТОМСИНОВ В. А.**  
МОСКВА**ЮРИДИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ  
«СЛАВНОЙ РЕВОЛЮЦИИ» 1688 ГОДА  
В АНГЛИИ**

64

**ПРИМАКОВ Д. Я.**  
С.-ПЕТЕРБУРГ**СИСТЕМАТИЗАЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО  
ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ЕГИПТА  
(КОНЕЦ XIX — СЕРЕДИНА XX В.)**

86

**ЛЕКЦИИ****КАПУСТИНА М. А.**  
С.-ПЕТЕРБУРГ**ПРАВО, ОБЩЕСТВО, ГОСУДАРСТВО**

92

**МЯГКИХ А. И.**  
РЯЗАНЬ**САНКЦИЯ КАК СТРУКТУРНЫЙ ЭЛЕМЕНТ  
ПРАВОВОЙ НОРМЫ**

107

**БИБЛИОГРАФИЯ****АРХИПОВ В. В.**  
С.-ПЕТЕРБУРГ**«МОРАЛЬ ПРАВА» ЛОНА ФУЛЛЕРА:  
К ВЫХОДУ В СВЕТ РУССКОГО ПЕРЕВОДА КНИГИ**

113

**ПУБЛИЧНОЕ ПРАВО****ИСТОЧНИКИ ПРАВА****НЕФЕДОВ Б. И.**  
ОМСК**ПУНКТ 4 СТАТЬИ 15 КОНСТИТУЦИИ РОССИИ:  
ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ**

122

**ТАЛИМОНЧИК В. П.**  
С.-ПЕТЕРБУРГ**РЕЗОЛЮЦИИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ  
В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ РОССИИ**

134

**НОТАРИАТ****РОМАНОВСКАЯ О. В.**  
ПЕНЗА**О ПОНЯТИИ НОТАРИАТА**

142

**ТАРБАГАЕВА Е. Б.**  
КРАСНОЯРСК**ПРОБЛЕМЫ СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ  
НАД ДОЛЖНОСТЬЮ НОТАРИУСА**

150

**СОДЕРЖАНИЕ****НОМЕРА**

<b>ФИНАНСОВОЕ ПРАВО</b> КОМЯГИН Д. Л., ЯЛБУЛГАНОВ А. А. МОСКВА	ВОЕННЫЕ РАСХОДЫ: ЭВОЛЮЦИЯ ПОНЯТИЯ И ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ	159
<b>ЗЕМЕЛЬНОЕ ПРАВО</b> РУМЯНЦЕВ Ф. П. НИЖНИЙ НОВГОРОД	О РЕАЛИЗАЦИИ ГРАЖДАНАМИ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ НА ЗЕМЛИ СЕЛЬСКОХОЗЯЙСТВЕННОГО НАЗНАЧЕНИЯ	174
<b>УГОЛОВНОЕ ПРАВО</b> КОТЕЛЬНИКОВА Е. А., ШУМИХИН В. Г. ПЕРМЬ	РАЗГРАНИЧЕНИЕ НАСИЛЬСТВЕННЫХ И НЕНАСИЛЬСТВЕННЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ ПРОТИВ ПОЛОВОЙ СВОБОДЫ И ПОЛОВОЙ НЕПРИКОСНОВЕННОСТИ	188
<b>МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО</b> МАРУСИН И. С. С.-ПЕТЕРБУРГ	СПЕЦИАЛЬНЫЙ ТРИБУНАЛ ПО ЛИВАНУ: ОСОБЕННОСТИ КОМПЕТЕНЦИИ И ОРГАНИЗАЦИОННОЙ СТРУКТУРЫ	196
<hr/>		
<b>ЧАСТНОЕ ПРАВО</b>		
<b>СУБЪЕКТЫ ПРАВА</b> КОРАЕВ К. Б. С.-ПЕТЕРБУРГ	КОНКУРСНЫЕ КРЕДИТОРЫ КАК СУБЪЕКТЫ КОНКУРСНОГО ПРАВА	204
<b>ОБЯЗАТЕЛЬСТВЕННОЕ ПРАВО</b> ВАСИЛЕНКО А. А. ГРОДНО, БЕЛАРУСЬ	ИСПОЛНЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПО ДОГОВОРУ ОКАЗАНИЯ УСЛУГ ПО ПОДГОТОВКЕ СПЕЦИАЛИСТА	214
<b>МАМЕДОВА Э. О.</b> С.-ПЕТЕРБУРГ	ПОНЯТИЕ И ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДОГОВОРА ВОЗМЕЗДНОГО ОКАЗАНИЯ УСЛУГ ПО ПЕРЕДАЧЕ ЭЛЕКТРИЧЕСКОЙ ЭНЕРГИИ	219
<b>ТРУДОВОЕ ПРАВО</b> САВИНА Е. В. С.-ПЕТЕРБУРГ	ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ АТИПИЧНЫХ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ В ПРОВИНЦИИ КВЕБЕК (КАНАДА)	227

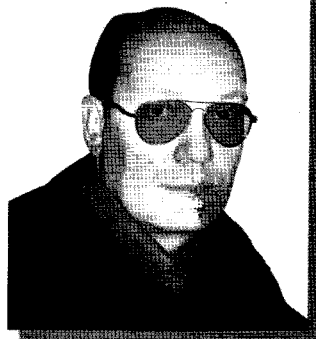
**ACADEMIA**

<b>КЛАССИКИ ЮРИСПРУДЕНЦИИ</b> ТОЛСТОЙ Ю. К. С.-ПЕТЕРБУРГ	ЗАМЕТКИ О Ю. Г. БАСИНЕ	237
<b>ВЫСШАЯ ШКОЛА</b> БАЛЕЕВСКИХ Л. С., МУРАНОВ А. И. МОСКВА	ОТЕЧЕСТВЕННАЯ ИСТОРИЯ НОРМАТИВНОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ НОМЕНКЛАТУР СПЕЦИАЛЬНОСТЕЙ НАУЧНЫХ РАБОТНИКОВ ПРИМЕНИТЕЛЬНО К ЮРИСПРУДЕНЦИИ	243
<b>PERSONALIA</b>	70-ЛЕТИЕ СЕРГЕЯ ПЕТРОВИЧА ЩЕРБЫ	260
	ЮБИЛЕЙ АЛЕКСАНДРА ВАСИЛЬЕВИЧА МАЛЬКО	262
	ЮБИЛЕЙ МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЧА ТРЕУШНИКОВА	265

Уважаемые читатели!

Ядром пятого номера журнала «Правоведение» служат материалы по теории и истории права. Это закономерно для издания, которое со дня основания позиционирует себя именно как научно-теоретический журнал.

Материалом номера по праву следует назвать лекцию выдающегося теоретика права профессора Оксфордского университета Герберта Лайонела Адольфа Харта «Определение и теория в юриспруденции» (1953 г.). Она впервые переведена на русский язык самарским исследователем С. Н. Касаткиным, который сопроводил публикацию научным комментарием и пополнил канонический текст постскриптумом, включенным в позднейшие переиздания самим автором. В работе Г. Харта право исследуется с позиций аналитической лингвистической философии, как особый сегмент человеческой речи, связанный с провозглашением и применением правил. Рассматриваются содержательные и функциональные отличия юридического языка от обыденного. Идеи Герберта Харта актуальны для переосмысления таких фундаментальных понятий, как правосубъектность, правовой статус, субъективное право, юридическая обязанность и др.



Ильин  
Андрей Витальевич  
Главный редактор

Тематически к лекции Г. Харта примыкают развернутая рецензия-обзор издания на русском языке книги Л. Фуллера «Мораль права», подготовленная В. В. Архиповым, а также лекции М. А. Капустиной и А. И. Мягих, посвященные актуальным проблемам курса теории права.

Читатели также найдут в номере немало статей, посвященных теоретическим и практическим аспектам государствоведения и публичного права. Так, Г. А. Князев, развивая новейшие направления в исследовании государственного устройства, дал характеристику сетевой государственности, представленной как современное воплощение конфедеративных начал. В статьях Б. И. Нефедова и В. П. Талимончик затронуты актуальные проблемы соотношения внутреннего и международного права. Так, Б. И. Нефедов в полемическом ключе исследует вопрос о том, являются ли нормы международных договоров частью правовой системы России. Автор указывает на серьезные проблемы, которые

создал в теории и правоприменении казус п. 4 ст. 15 Конституции РФ, и предлагает внести изменения в Основной Закон.

Понятие нотариата и проблемы судебного контроля над должностью нотариуса исследуют О. В. Романовская и Е. Б. Тарбагаева. На страницах журнала также нашли отражение сюжеты, связанные с эволюцией правового регулирования военных расходов (Д. Л. Комягин, А. А. Ялбулганов), конституционными правами на сельскохозяйственные угодья (Ф. П. Румянцев), международным уголовным правосудием (И. С. Марусин).

Разнообразны по хронологии и региональному охвату историко-правовые статьи: от государственного права Древней Руси (Н. А. Максимова) до кодификации гражданского права в Египте (Д. Я. Примаков). Среди материалов раздела особенно выделяется четвертый очерк В. А. Томсинова, представляющий собой беспрецедентное в отечественной правовой литературе исследование юридических аспектов Славной революции в Англии, 320-летие которой пришлось на уходящий год. Необходимо обратить внимание читателей также на необычное в методологическом отношении научное сообщение Р. Ю. Почекаева о памятниках материальной культуры Золотой Орды как источнике по истории государства и права.

Относительно невелик объем публикуемых материалов по частному и социальному праву, посвященных субъектам конкурсного права (К. Б. Кораев), договорам оказания услуг по подготовке специалиста (А. А. Василенко) и передаче электроэнергии (Э. О. Мамедова), а также регулированию атипичных трудовых отношений (Е. В. Савина).

К указанным разделам примыкает мемориальный очерк академика Ю. К. Толстого, посвященный Юрию Григорьевичу Басину. Воспоминания автора в этой работе органично соединены с обзором научных взглядов многолетнего лидера цивилистической школы Казахстана, которые охарактеризованы уважительно, но без «хрестоматийного глянца».

Как представляется, всех читателей заинтересует справочно-аналитическая статья Л. С. Балесевских и А. И. Муранова об эволюции номенклатур научных специальностей в сфере юриспруденции. В необычном для нашего журнала информационном материале московских авторов представлена история регламентации в России номенклатуры научных специальностей в области правоповедения начиная с «Положения о производстве в ученые степени» 1819 г.

Завершается номер юбилейными персоналиями наших коллег — Сергея Петровича Щербы, Александра Васильевича Малько и Михаила Константиновича Треушникова, которых мы от души поздравляем!

## ОПРЕДЕЛЕНИЕ И ТЕОРИЯ В ЮРИСПРУДЕНЦИИ

Г. Л. А. ХАРТ\*

## ПРЕДИСЛОВИЕ НАУЧНОГО РЕДАКТОРА И ПЕРЕВОДЧИКА

Вниманию читателей предлагается работа Герберта Лайонела Адольфа Харта (1907–1992), выдающегося британского философа и теоретика права, основателя одной из базовых разновидностей современного юридического позитивизма. «Определение и теория в юриспруденции» — его инаугурационная лекция, связанная с вступлением в должность профессора юриспруденции Оксфордского университета. С момента публикации в 1953 г. она переиздавалась несколько раз\*\* и является одной из наиболее известных статей автора по правовой теории. Исследование Харта направлено на определение автономной сферы теоретической юриспруденции, разработку предпосылок и средств правопознания в контексте современного ему «лингвистического поворота», аналитической лингвистической философии (Дж. Л. Остин, Ф. Вайсман, Л. Витгенштейн) с ее недоверием к метафизике и особым вниманием к языку, его «играм», которые фиксируют и воспроизводят важные различия социальных институтов и практик, выступая ключом к их «обостренному восприятию».

Право полагается Хартом в качестве особого сегмента человеческой речи, связанного с провозглашением и применением правил, а его нормы не являются «языковыми или логическими правилами, но в большой степени правилами для принятия решений»\*\*\*. Судебное решение, по мысли автора, всегда есть «соединение или смесь фактов и права»,\*\*\*\* и хотя оно так или иначе соотносится с фактами (поддерживается или опровергается ими), оно укоренено в социальных по своей природе юридических понятиях, принципах, нормативах, в специфическом юридическом языке, в контексте и посредством которого происходит утверждение / квалификация той или иной фактичности.

\* Профессор юриспруденции Оксфордского университета.

Перевод с издания: *Hart H. L. A. Definition and Theory in Jurisprudence. An Inaugural Lecture.* Oxford, 1953. 28 p. — В публикуемом тексте уточнены библиографические данные цитируемых источников, переформулированы внутренние ссылки и добавлен постскрипtum, включенный при переиздании самим Г. Л. А. Хартом. Пояснения, заключенные в квадратные скобки, принадлежат переводчику и научному редактору С. Н. Касаткину.

© Н. Л. А. Hart, 1953

© С. Н. Касаткин, 2008 (перевод, научная редакция, предисловие)

\*\* Переиздано в журнале «*Law Quarterly Review*» (Vol. 70. 1954), а также в издательстве «Clarendon Press» (1975) и в сборнике: *Hart H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy.* Oxford, 1983. P. 21–48.

\*\*\* *Hart H. L. A. The Ascription of Responsibility and Rights // Essays on logic and language.* 1951. Vol. 7. P. 156.

\*\*\*\* Ibid. P. 146.

Харт указывает на содержательные и функциональные «аномалии» юридического языка по сравнению с языком обыденным. Для первого характерно отсутствие у его терминов непосредственных фактуальных аналогов, референтов, обозначением которых они являются и через обращение к которым можно установить их четкое фиксированное содержание. Такие термины, по сути, «герменевтичны», заданы дискурсом, ситуацией и системой употребления. С этой особенностью во многом связана и частая проблематичность ясных общих (родовых) категорий, в которые можно вписать юридические понятия, а равно многообразие и разнородность случаев, к которым применяется один и тот же юридический термин, сложность нахождения «стоящего за ними» унифицирующего принципа (видового отличия).\*

Специфична и основная, «первичная» функция («сила», способ употребления) юридических высказываний, отличная как от описания, означивания, так и от предсказания чего-либо и состоящая в производстве речевого действия (акта), в том, что Харт ранее называл «аскрипцией»,\*\* т. е. приписыванием тем или иным ситуациям юридического значения, субъекту — статуса, прав, ответственности и пр., или — в предложенном здесь варианте — в применении конкретных правовых норм к конкретным обстоятельствам, в построении соответствующего юридического вывода, в акте юридической квалификации.

Непонимание или пренебрежение указанными чертами юридического языка порождает, по Харту, неадекватность познавательных средств и достигаемых с их помощью результатов. Речь в первую очередь идет о традиционном методе определения *per genus et differentiam specificam*, который эффективен лишь там, где слова реализуют функции дескрипции и где связь определяемого понятия с описываемой предметностью, а равно содержание соответствующей общей категории и унифицирующего принципа не составляют проблемы. Однако применительно к юридическим высказываниям он в лучшем случае ничего не объясняет («не проливает свет»), а в худшем — искажает действительность («отбрасывает тени»). Следование такому методу ведет к поглощению «языковой игрой», бессмысленному поиску (конструированию) фактуальных аналогов, неуместному требованию проверки концептуальных и практических правовых форм на соответствие последним.

Вместо дефиниции абстрагированного юридического термина Харт предлагает объяснять его в рамках целостного суждения (высказывания), в котором такой термин играет типичную, характерную для себя роль, при этом: 1) артикулируя предполагаемые, но не упоминаемые в самом суждении условия его истинности (наличие и стабильное воспроизводство правовой системы, общее подчинение ее правилам, действие санкций и т. д.) и 2) раскрывая значение и механизм употребления термина как составляющей юридического вывода, осуществляемого на основании конкретных норм применительно к конкретным обстоятельствам. Именно такой подход, по мысли автора, обеспечивает необходимый учет специфики, характера и функций юридического языка, используемых в нем аналогий, сдвигов в значении и т. п., преобразует правовую теорию, наделяя ее соответствующим аналитическим инструментарием.

\* Критичен Харт и в отношении возможностей определения общего понятия права: Hart H. L. A. *The Concept of Law*. 2<sup>nd</sup> ed. with Hart's Postscript / P. Bulloch and J. Raz [eds]. Oxford, 1994. Ch. 1. § 3 (перевод: Харт Г. Л. А. Понятие права / пер. под общ. ред. Е. В. Афонасина и С. В. Моисеева. СПб., 2007).

\*\* Hart H. L. A. *The Ascription of Responsibility and Rights* // *Essays on logic and language*. 1951. Vol. 7. P. 145.



Идеи, изложенные в публикуемой статье, сохраняют свою актуальность и по сей день, в том числе для отечественного правоведения. Деконструкция юридической мифологии, критика эпистемологических возможностей правовой теории, традиционного метода определения, прояснение специфики юридического языка, его места и роли в социальной действительности, рассмотрение юридических конструкций как элементов соответствующих структур и практик конкретного (лингвистического) сообщества, а равно (пере)осмысление таких фундаментальных понятий, как правосубъектность, правовой статус, субъективное право, юридическая обязанность и пр., способны, думается, внести существенный вклад в обновление и развитие сегодняшней российской юриспруденции.

*С. Н. Касаткин\**

## I

В праве, как и везде, мы можем знать и, тем не менее, не понимать. Наше знание часто сокрыто тенями, которые не только различаются по интенсивности, но и отбрасываются на свет различными препятствиями. Не все они могут быть устранены одними и теми же средствами, и пока точный характер нашего затруднения не определен, мы не можем говорить о том, какие нам понадобятся инструменты.

Затруднения, которые я предлагаю обсудить, выражаются в тех вопросах аналитической юриспруденции, которые обычно характеризуются как требования определений: Что такое объективное право? Что такое государство? Что такое субъективное право? Что такое владение? Я выбираю эту тему, поскольку мне кажется, что общий способ определения плохо приспособлен к праву и во многом осложнил его описание; его использование, по моему мнению, привело в некоторых отношениях к разрыву между юриспруденцией и изучением права в действии и способствовало созданию впечатления, что существуют определенные основополагающие понятия, которые юрист не может надеяться объяснить без вступления в отталкивающие джунгли философского спора. Я намерен предположить, что это не так; что правовые понятия, какими бы фундаментальными они ни были, могут быть разъяснены с помощью методов, должным образом приспособленных к их особой природе. Такие методы были лишь мельком освещены нашими предшественниками, но стали полностью осознаны и разработаны только в наши дни.

Вопросы, подобные упомянутым мною, — «Что такое государство?», «Что такое объективное право?», «Что такое субъективное право?» — содержат в себе большую неопределенность. Та же самая словесная форма может быть использована для того, чтобы требовать определения либо причины, либо цели, либо оправдания, либо происхождения правового или политического института. Но если в стремлении освободить их от опасности указанного смещения с другими вопросами мы перефразируем эти требования определений в такие вопросы, как, например, «Каково

\* Касаткин Сергей Николаевич — к. ю. н., доцент кафедры теории и истории государства и права Самарской гуманитарной академии.

значение слова “государство”?”, «Каково значение выражения “субъективное право”?”, то те, кто спрашивает, скорее всего, будут чувствовать себя неловко, как если бы это превратило их вопрос в банальность. Ибо то, чего они хотят, не может быть получено из словаря, а данное преобразование их вопроса предполагает, что это так. Описанная неловкость есть выражение инстинкта, заслуживающего уважения: он подчеркивает то обстоятельство, что те, кто задает подобные вопросы, не просит научить их, как правильно использовать эти слова. Они это знают и, тем не менее, по-прежнему пребывают в замешательстве. Следовательно, не будет ответом на данный тип вопроса простое предоставление примеров того, что суть правильно называемые права, нормы или корпоративные организации, и указание задававшему вопрос, если он все еще озадачен, что он волен отбросить общественную условность и использовать слова так, как ему нравится.<sup>1</sup> Ибо замешательство обуславливается тем обстоятельством, что, несмотря на известность общего употребления этих слов, оно не понято; а не понято оно потому, что в сравнении с большинством обычных слов эти юридические термины в различных отношениях аномальны. Так же как с самим словом «право», одна аномалия может заключаться в том, что области случаев, к которой применяется слово, присуще разнообразие, изначально расстраивающее всякую попытку выделить какой-либо стоящий за применением принцип, но тем не менее, мы убеждены, что даже здесь имеет место не произвольная условность, но некоторый принцип, лежащий в основе поверхностных различий; так что, несмотря на то что будет явно бессмысленным просить разъяснения принципа, согласно которому различных мужчин зовут Том, не будет считаться бессмысленным спросить, почему в рамках внутригосударственного права бесконечное многообразие различных типов норм называется

<sup>1</sup> Профессор Глэнвилль Уильямс (*Glanville Williams*) в своей доброжелательной статье «International Law and the Controversy concerning the word “Law”» (*British Year Book of International Law*. 1945. V. 22. P. 148) отстаивает этот краткий способ перед теми, кто задается вопросом о том, является ли международное право правом. Но подобный способ действительно слишком краток; ибо такая озадаченность не порождена всегда или только предубеждениями о словах или сущностях, либо смешением вопросов о «вербальном» и фактуальном, которое он критикует. Затруднение здесь порождается тремя факторами: (i) обоснованной уверенностью в том, что слово «право», когда оно используется применительно к внутригосударственному или международному праву, не есть простой омоним; (ii) ошибочной уверенностью (ложной не только применительно к сложным правовым или политическим выражениям, как, например, «право», «государство», «нация», но и по отношению к более скромным, подобно выражению «игра») в том, что, если слово не есть простой омоним, тогда все случаи, к которым оно применяется, должны обладать общим одинаковым качеством или набором качеств; (iii) преувеличением различия между внутригосударственным и международным правом в силу непонимания того, что «приказ» суверена есть только одна конкретная форма общего свойства, которое, без сомнения, является логически необходимым в правовой системе, а именно некоторого общего критерия, посредством которого идентифицируются правила системы. Конечно, только адекватное внимание к этим трем факторам покажет (обнажая сложность вопроса и описывая некоторые предубеждения), что называть международное право «правом» вопреки его различиям с правом внутригосударственным — не произвольность, так же как не является произвольным называть пасьянс «игрой», несмотря на его отличия, скажем, от поло. Но тем, кто очень впечатлен этими различиями, нельзя дать исчерпывающего ответа — в любом случае.

правом либо почему внутригосударственное или международное право, вопреки разительным отличиям, называются подобным образом.

Но в этом и в иных случаях мы озадачены другой аномалией, приносящей больше беспокойства. Первые попытки определить такие термины, как «корпорация», «субъективное право» или «обязанность», показывают, что они не имеют прямой связи с аналогами в мире фактов, которая есть у большинства обычных слов и к которой мы обращаемся при определении последних. Нет ничего, что просто «соответствует» этим юридическим терминам, и когда мы пытаемся определить их, то обнаруживаем, что выражения, которые мы предлагаем в нашем определении, специфицируя виды лиц, вещей, качеств, событий и процессов, материальных или психических, никогда не являются строгим эквивалентом этих юридических терминов, несмотря на то что зачастую такие выражения некоторым образом с ними связаны. Подобная аномалия наиболее очевидна в случае выражений, обозначающих корпоративные организации, и обычно раскрывается, когда говорят, что корпорация не есть ряд или совокупность индивидов. Но сказанное здесь истинно и в отношении других юридических терминов. Хотя у того, кто имеет право, обычно есть некоторое ожидание или возможность (*power*), выражение «субъективное право» не синонимично с такими словами, как «ожидание» или «возможность», даже если мы прибавим к ним характеристику «основанные на праве» или «обеспеченные правом». Аналогичным образом и слово «обязанность» не означает или не описывает что-либо подобно обычным словам, несмотря на то что мы говорим о людях, имеющих обязанности сделать что-либо или воздержаться от определенных действий. Оно имеет совершенно другую функцию, которая заставляет стандартную форму определения («обязанность — это...») выглядеть совершенно неуместной.

Это суть подлинные сложности, и они отчасти объясняют нечто примечательное: что из этих невинных требований определений основополагающих правовых понятий, по-видимому, возникли всеобъемлющие и непримиримые теории, так что не просто целые книги, но целые школы юридической мысли могут быть охарактеризованы по тому типу ответа, который они дают на такие вопросы, как «Что такое субъективное право?» или «Что такое корпоративная организация?». Одно это, думаю, предполагает, что с этим подходом к определению что-то не так; действительно ли мы не можем объяснить значение слов, с которыми каждая развитая правовая система обходится гладко и сходным образом, не учитывая этого злого гения (*incubus*) теории? И подозрение, что что-то неладно, подтверждается определенными характеристиками, присущими многим таким теоретикам.

Во-первых, они с вызывающей тревогой частотой придерживаются одной из известной триады теорий.<sup>2</sup> Так, представители американского

---

<sup>2</sup> Общая форма этой периодически повторяющейся триады может быть кратко описана следующим образом. Теории одного типа говорят нам, что слово обозначает некоторую неожиданную разновидность известного — сложный факт там, где мы ожидаем чего-то унифицированного и простого, будущий факт, где ожидаем чего-то существующего в настоящем, психический факт, где ждем чего-то извне; теории второго типа говорят нам, что слово обозначает то, что есть в некотором смысле вымысел (*fiction*); теории

реализма, стремясь дать нам ответ с точки зрения простого (*plain*) факта, полагают, что субъективное право есть термин, посредством которого мы описываем наши предсказания относительно вероятного поведения судов или должностных лиц;<sup>3</sup> скандинавские правоведы, после нанесения теории реализма ударов, которые (если судить об этом строго) можно считать смертельными, утверждают, что субъективное право отнюдь не является чем-то реально существующим, но есть идеальная или вымышленная, или воображаемая возможность (*power*),<sup>4</sup> а затем объединяются со своими оппонентами, чтобы чернить более старый тип теории, заключающийся в том, что субъективное право есть «объективная действительность» — невидимая сущность (*entity*), бытийствующая помимо поведения людей. Эти теории по форме схожи с тремя базовыми теориями корпоративной личности, каждая из которых нанесла своим оппонентам смертельные удары. Здесь нам также по очереди заявили, что наименование корпорации, как, например, общество с ограниченной ответственностью, или организации подобно государству, есть в действительности лишь собирательное имя или сокращение для некоторых сложных, но, тем не менее, обычных (*plain*) фактов об обыкновенных людях либо, в качестве альтернативы, что это имя вымышленного человека или что, наоборот, это имя реально существующего человека, с действительными волей и жизнью, но без собственного тела. И эта же самая триада теорий неотступно преследует юриста, даже когда дело касается относительно незначительных понятий. Посмотрите, например, на рассуждения Остина о статусе<sup>5</sup> и вы обнаружите, что его выбор лежит между тем, чтобы сказать, что статус — это простое собирательное имя для набора особых прав и обязанностей, либо что это есть «идеальная» или «вымышленная»

третьего (теперь немодного) типа говорят нам, что слово обозначает нечто отличное от других вещей, состоящее именно в том, что мы не можем к этому прикасаться, слышать, видеть, ощущать.

<sup>3</sup> «Субъективное право», «обязанность»... не есть имена объектов или сущностей, которые обладают существованием помимо поведения должностных лиц, но термины, посредством которых мы описываем друг другу предсказания относительно возможного наступления определенной последовательности событий — поведения должностных лиц... мы должны, следовательно, постоянно сопротивляться склонности... овеществлять права» (*Cook W. W. The Logical and Legal Basis of the Conflict of Laws. Cambridge (Mass.), 1949. P. 30*).

<sup>4</sup> «Мы попали в самую точку, когда мы определили субъективное право как определенного рода возможность, но эта возможность не существует в реальном мире... она не тождественна ни действительной власти... осуществляемой собственником, ни его действительной способности привести правовой механизм в действие. Это вымышленная возможность, идеальная или воображаемая возможность» (*Olivecrona K. Law as Facts. London, 1939. P. 90*). «Непреодолимая трудность в нахождении фактов, которые соответствуют нашим представлениям о правах, заставляет нас предполагать, что такие факты отсутствуют и что здесь мы имеем дело с представлениями, которые не имеют отношения к действительности» (*Hägelström A. Inquiries into the Nature of Law and Morals / ed. K. Olivecrona. Stockholm, 1953. P. 4*). «Таким образом, показывается, что понятия, которые мы оспариваем, не могут быть сведены к чему-либо в действительности. Причина состоит в том, что они укоренены в традиционных представлениях о мистических силах или связях» (*Ibid. P. 6*).

<sup>5</sup> *Austin J. Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law. 2 vols. 5th ed., revised and ed. by R. Campbell. London, 1885. Vol. II. P. 609–700.*

основа для этих прав и обязанностей, либо что это «тайное качество» у обладающего статусом человека, отличное и от прав и обязанностей, и от порождающих их фактов.

Во-вторых, хотя эти теории возникают из попытки дать определения понятий, действительно связанных с практикой правовой системы, они редко проливают свет на то, какую именно работу они здесь выполняют. Для юриста они кажутся стоящими в стороне, витающими, по меньшей мере, в облаках; соответственно, очень часто использование подобных терминов в правовой системе среди соперничающих теорий нейтрально, ибо такое использование «может быть согласовано с любой теорией, но не будет иметь авторитет ни для одной из них».<sup>6</sup>

В-третьих, многим из этих теорий зачастую присуще смешение вопросов, которые должны различаться. Конечно, ясно, что утверждение, согласно которому корпоративные организации суть реальные люди, и противоположное утверждение, согласно которому они суть правовые фикции, не были частыми лозунгами представителей аналитической юриспруденции. Они были способами утверждения или отрицания притязаний организованных групп на признание государством. Но такие притязания всегда соединялись со ставящим в тупик вопросом аналитической юриспруденции «Что такое корпоративная организация?», в связи с чем классификация указанных теорий как теории фикции или реалистической, или концессионистской (*concessionist*) становилась смешением логического и политического критериев. Таким образом, и теории американского реализма могут поведать нам много ценного о судебном процессе и о том, насколько малую часть может играть в нем вывод из заранее определенных посылок, но этот урок перестает быть ясным, когда он представляется как вопрос определения «объективного» или «субъективного права»; не только аналитическая юриспруденция, но любая разновидность правовой теории страдает этой путаницей в цели.

Следовательно, тогда как теория должна приветствоваться, развитие теории из определения — нет. Возникшие таким образом теории действительно представляют собой значимые попытки объяснения многих запутанных вопросов в праве; и среди последних — фундаментальная аномалия юридического языка — наша неспособность определить его ключевые термины с точки зрения обычных фактуальных аналогов.<sup>7</sup> Но здесь, думаю, они в значительной мере терпят неудачу, поскольку, несмотря на их взаимную враждебность, используемый ими метод критики предаёт их всех форме ответа, способной лишь исказить отличительные особенности юридического языка.

<sup>6</sup> Duff P. W. *Personality in Roman Private Law*. Cambridge, 1938. P. 215.

<sup>7</sup> «Невозможно найти какие-либо факты, которые соответствуют идее субъективного права. Это право ускользает от любой попытки точно его определить и расположить среди фактов общественной жизни. Несмотря на свою связь с фактами... субъективное право есть по существу нечто отличное от всех фактов» (*Olivecrona K. Law as Facts*. P. 88–89).

## II

Много лет назад Бентам предупреждал, что юридические термины требуют особого метода объяснения, и он провозгласил принцип, составляющий начало премудрости в этом деле, но тем не менее, нуждающийся в дальнейшем совершенствовании. Он говорил, что мы никогда не должны рассматривать слова сами по себе, но должны учитывать все высказывания, в которых они играют характерную для себя роль. Мы должны рассматривать не *слово* «право», но суждение «Вы имеете право», не *слово* «государство», но суждение «Он — гражданин или должностное лицо государства».<sup>8</sup> Его предупреждение было в значительной степени проигнорировано, и юристы продолжили корпеть над отдельными словами. Возможно, это произошло потому, что Бентам скрывал плоды своей логической проницательности за техническими терминами собственного изобретения — «Архетипация» (*Archetypation*), «Фразеоплероз» (*Phraseoplerosis*) и др.; это стало возможным также потому, что его дальнейшие предложения (как, например, часть работ «Судья и К°») не были достаточно приспособлены к особенностям юридического языка, что, пожалуй, было для него неприятно. Но в действительности язык, связанный с провозглашением и применением правил, составляет особый сегмент человеческой речи с особыми свойствами, пренебрежение которыми порождает замешательство. Право является весьма запутанным вариантом этого типа речи, и порой, чтобы понять его свойства, нужно посмотреть в сторону от права на более простые примеры, которые, несмотря на многие отличия, разделяют эти характеристики. Экономист или ученый часто использует простую модель для того, чтобы понять сложную; также можно поступить и с правом. Так что далее я буду использовать простую аналогию правил игры, которая во многих важных отношениях имеет ту же вводящую в замешательство логическую структуру, что и нормы права. Я опишу четыре отличительные особенности,\* демонстрирующие, по моему мнению, метод объяснения, который нам следует применять к праву, и то, почему общепринятый способ определения терпит неудачу.

<sup>8</sup> «Или я сильно заблуждаюсь, или единственный метод для разъяснения слов “обязанность”, “субъективное право”, “вещное право” (*title*) и других терминов того же рода, в изобилии представленных в этике и юриспруденции, посредством которого может быть передано любое правило, это и есть тот, который здесь приводится. Описание, составленное посредством данного метода, я бы назвал парафразом. § (6) Можно сказать, что слово разъясняется парафразами, когда не одно это слово переводится в другие слова, но некоторое целостное суждение, частью которого является указанное слово, переводится в другое суждение. § (7) Общий метод определения — метод *per genus et differentiam* [посредством указания рода и (видовых) отличий (*lat.*)], как его называют логики, во многих случаях вообще не будет отвечать указанной цели» (*Bentham J. A Fragment on Government*, ch. V, note to section VI. § 5). Ср. также: *Bentham J. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Ch. XVI. Para 25; *Bentham J. Of Laws in General*. Appendix C. Para 17; *Chrestomathia* // *Bentham J. Works* / ed. by J. Bowring. 11 vols. 1838–1943. VIII. Note 126; *Essays on Logic* // *Ibid.* VIII. 246–281.

\* В дальнейшем Харт ссылается на них как на особенности юридического языка (абз. 1 разд. III данного эссе). — *Прим. С. Н. Касаткина.*

1. Прежде всего, давайте рассматривать такие слова, как «субъективное право», «обязанность», или наименования корпораций не сами по себе, но на примерах типичных контекстов, где эти слова задействованы, рассматривать их, когда они используются в утверждениях (*statements*), сделанных по конкретному случаю судьей или обычным юристом. Это будут такие утверждения, как «А имеет право на то, чтобы В заплатил ему 10 фунтов», «На А лежит обязанность огораживать свое оборудование», «ООО «А и Компания» имеет договор с В». Очевидно, что использование этих суждений (*sentences*) молчаливо предполагает особый и довольно сложный контекст, а именно существование правовой системы со всем подразумеваемым здесь общим подчинением, действием санкций системы и общей вероятностью, что это будет продолжаться. Но хотя эта сложная ситуация предполагается при использовании указанных утверждений о правах или обязанностях, последние не *утверждают* (*state*), что она существует. В игре есть аналогичная ситуация. Утверждение «Он вне игры», произнесенное в ходе игры в крикет, имеет своим соответствующим контекстом игровое действие со всем подразумеваемым здесь общим соблюдением правил игроками и игровым персоналом в прошлом, настоящем и будущем. Однако тот, кто говорит «Он вне игры», не *утверждает*, что идет игра или что игроки или игровой персонал будут следовать ее правилам. «Он вне игры» есть выражение, используемое для того, чтобы апеллировать к правилам, заявлять претензии или принимать в соответствии с ними решения; оно не является ни утверждением о правилах в том смысле, что последние в данном случае будут введены в действие или осуществляться, ни каким-либо иным видом утверждения о них. Анализ утверждений о правах и обязанностях как предсказаний пренебрегает этим различием, однако заявлять что выражение «А имеет право» есть предсказание того, что суд или должностное лицо будут обходиться с А определенным образом, так же ошибочно, как и говорить, что утверждение «Он вне игры» есть предсказание того, что рефери в крикете предпишет бьющему уйти с поля или счетчику очков отметить его как выбывшего из игры. Несомненно, когда у кого-то есть юридическое право, соответствующее предсказание обычно будет оправдано, но это не должно вести нас к отождествлению двух достаточно разных форм утверждения.

2. Если мы возьмем в качестве примера суждение «А имеет право на то, чтобы В заплатил ему 10 фунтов», мы можем увидеть, какова отличительная функция этой формы утверждения. Ибо ясно, что использование данного утверждения, наряду с предположением существования правовой системы, имеет также особую связь с конкретной нормой такой системы. Это стало бы более понятным, если бы мы спросили «Почему А имеет право?». Ведь адекватный ответ может включать только две составляющих: во-первых, утверждение о какой-либо норме или нормах права (скажем, нормах договора), согласно которым при определенных обстоятельствах наступают определенные юридические последствия; и, во-вторых, утверждение, что эти обстоятельства в данном случае имеют место. Но опять-таки важно понимать, что тот, кто говорит «А имеет право», не *утверждает* соответствующую правовую норму; и что хотя

при определенных обстоятельствах будет правильным сказать «А имеет право», тот, кто говорит это, не утверждает или описывает эти обстоятельства. Он совершает нечто отличное от любой из этих двух вещей: он делает вывод на основании соответствующей, но не упомянутой здесь нормы и соответствующих, но не упомянутых здесь обстоятельств дела. «А имеет право», подобно выражению «Он вне игры», есть, следовательно, заключительная часть простого правового рассуждения: оно фиксирует результат и действительно может быть названо юридическим выводом (*conclusion of law*). Оно, таким образом, не используется для того, чтобы предсказывать будущее, как полагают представители американского реализма; оно отсылает к настоящему, как заявляют их оппоненты, но в отличие от обычных высказываний не делает этого через описание наличных или длящихся обстоятельств. Именно это — этот принципиальный момент, — а не существование редких исключений для душевнобольных и несовершеннолетних препятствует определению права в терминах факта, таких как ожидания или возможности. О парализованном человеке, который видит, как вор пытается завладеть его золотыми часами, можно верно утверждать, что у него есть право удерживать их от вора, хотя у него нет ни ожидания, ни возможности в обычном смысле этого слова. Такое возможно просто потому, что выражение «субъективное право» в этом случае не описывает или не означает какое-либо ожидание либо способность или в действительности что-либо еще, но имеет значение только как часть суждения, функция которого в целом состоит в том, чтобы сделать юридический вывод на основе конкретной разновидности правовой нормы.

3. Третья отличительная особенность состоит в следующем: утверждение «Смит имеет право на то, чтобы ему заплатили 10 фунтов», сделанное судьей при разрешении дела, имеет отличный статус от его произнесения вне суда, где оно может быть использовано для того, чтобы заявить претензию, сделать признание, и многими другими способами. Высказывание судьи имеет официальный, властный и, предположим, окончательный характер; остальные высказывания не обладают ничем из перечисленного, однако, несмотря на эти различия, данные суждения принадлежат к одному и тому же виду: они оба суть юридические выводы. Вопреки некоторому различию мы можем уподобить описанное сходство утверждению «Он вне игры», произнесенному рефери при принятии решения и высказанному игроком с тем, чтобы заявить претензию. Конечно, теперь от неофициального высказывания, возможно, придется отказаться в свете более позднего официального высказывания, но это не является достаточным основанием для рассмотрения первого в качестве предсказания последнего, ибо ясно, что не все ошибки суть ошибочные предсказания. Несомненно, не требуется также, чтобы окончательность решения судьи смешивалась с непогрешимостью или искушала нас *определять* право с точки зрения того, что делают суды, даже несмотря на то что есть множество правоположений, которые суды должны сначала истолковать, прежде чем станет возможным их применение. Мы можем признать: то, что говорит счетчик очков, окончательно; однако мы все еще можем воздерживаться от определения понятия счета как того, что



говорит счетчик очков. Мы также можем допустить, что рефери может быть неправ в своем решении, несмотря на то что нормы не дают нам средств защиты на случай, если он поступит таким образом, и на то, что возможны спорные ситуации, по которым ему приходится принимать решения лишь с небольшой опорой на существующие правила.

4. В любой системе, правовой или нет, нормы по наилучшим практическим причинам могут связывать тождественные последствия с любым набором весьма различных обстоятельств. Правило крикета связывает одно и то же следствие [выбывание из игры] с ситуациями, когда калитка сбивается мячом при подаче или ее защитником после попадания к нему мяча либо когда отбитый бьющим мяч пойман до удара о землю. И выражение «вне игры» используется при принятии решения или заявлении претензии в соответствии с правилом и в других случаях его словесного применения. Здесь легко увидеть, что ни один из этих различных способов выбывания из игры не составляет значение слова в существенно большей степени, чем другие, хотя между ними *может* быть некоторое сходство или аналогия.<sup>9</sup> Но сложнее увидеть это в тех важных случаях, где нормы рассматривают *последовательность* различных действий или состояний дел объединяющим их способом. В игре правило может просто связывать единичное следствие с последовательными действиями множества различных людей, например, когда говорят, что команда выиграла игру. Более сложное правило может предписывать, что то, что должно быть сделано в одной точке последовательности, будет зависеть от того, что было сделано или случилось ранее; причем такая зависимость может устанавливаться безотносительно к личности причастных последовательности людей до тех пор, пока они подпадают под некоторые определяющие условия. Пример этого — ситуация, когда команда,

<sup>9</sup> Тем не менее пренебрежение именно этими чертами языка правил осложнило описание понятия владения. Конечно, данное слово здесь имеет двоякое толкование, колеблющееся между (i) определенными правовыми последствиями, связанными с определенными видами фактов, и (ii) этими видами фактов. Но когда мы собираемся определить слово во втором из указанных вариантов употребления, мы обязаны предположить, что есть нечто, что действительно или существенным образом составляет «фактическую сторону владения» (*possession in fact*), независимо от любой правовой системы, и что есть нечто *алогичное* в терминологии последней, если она не ограничивает использование слова «владение» в данном отношении (*Paton G. W. A Text-book of Jurisprudence*. 2<sup>nd</sup> ed. London, 1951. P. 461). Единственным значением слова «владение», независимым от норм правовой системы, является его смутное значение в общепринятом не-правовом употреблении, и нет никакого логического порока в пренебрежении им. Либо мы снова можем предположить, что *должен* быть некий единый фактор, общий для всех разнообразных случаев, которые рассматриваются нормами сходным образом. Это приведет нас к тому, что нужно будет или, подобно классическим теориям, выбрать один преобладающий случай как образец и свести все остальные до уровня «исключений», или скрыть действительное разнообразие фактов объяснительными уловками (такими как «конструктивное» или «фиктивное» владение). В любом случае озабоченность поиском некоторых сходных черт отвлекает нас от важных исследований, направленных (1) на то, что для любой данной правовой системы составляет условия, при которых владельческие права приобретаются и утрачиваются, и (2) на то, что общие черты данной системы и практические причины ведут к разнообразным случаям, которые рассматриваются в этом отношении сходным образом. Ср. о «длвшемся владении» и «юридическом владении» (*Kocourek A. Jural Relations*. Indianapolis, 1927. Ch. XX, *passim*).

которой разрешено по правилам турнира менять свой состав, штрафуются только в третьем круге — когда состав изменился — за то, что было сделано в круге первом. Во всех этих случаях последовательность действия или состояний дел объединены просто подпаданием под определенные правила; в противном случае они *могут* быть настолько различными, насколько вам нравится. Здесь можно увидеть существенные элементы языка, используемого для рассуждения о юридических корпорациях. Ибо в праве жизни десяти человек, которые пересекаются, но не совпадают, могут подпадать под обособленную группу норм, в соответствии с которыми у них будут обособленные права и обязанности, и тогда для права они суть собрание индивидов; но их действия могут подпадать под нормы другого рода, ставящие то, что должно быть сделано всяким или большинством из них, в сложную зависимость от того, что было сделано или случилось ранее. И тогда у связанной так последовательности мы можем говорить объединенными надлежащим образом способами, используя терминологию (подобную терминологии права корпораций), которая продемонстрирует, что именно *эту* разновидность нормы мы применяем к данным обстоятельствам. Но в указанном случае, когда мы попытаемся дать определение этой терминологии, содержащееся в норме единство может ввести нас в заблуждение. Оно может отбросить тень, побуждая нас разыскивать тождественную, воспроизводящуюся в *рамках* этой последовательности вещь, человека или качество. Мы можем найти искомое в «корпоративном духе». Последний в достаточной степени реален; но в нем заключен секрет успеха, а не критерий тождественности.

### III

Эти четыре общих свойства юридического языка объясняют и то, почему определение таких терминов, как «субъективное право», «обязанность» и «корпорация», расстраивается отсутствием каких-либо аналогов, которые бы «соответствовали» этим терминам, а равно то, почему неочевидные аналогии, так изобретательно придуманные, — будущие факты, сложные факты или психические факты — не оказались чем-то, с точки зрения чего мы могли бы определить данные термины, несмотря на то что такие аналогии сложным и косвенным образом с ними связаны. Главное состоит в том, что первичная функция этих терминов<sup>10</sup> отлична от означивания или описания чего-либо; последнее заставляет прислушаться к предупреждению Бентама о том, что мы не должны, следуя традиционному методу определения, абстрагировать такие термины, как

<sup>10</sup> Юристы могут лучше понять характерную функцию таких выражений, как «У него есть право», и других, обсуждаемых здесь мною, сравнивая их с *действенными* (*operative*) словами сообщения как отличными от *описательных* слов декларативной части документов (*recitals*). Момент подобия состоит в том, что утверждение «У него есть право», как и выражение «Настоящим X сообщает», используется для того, чтобы *действовать* посредством правовых норм, а не излагать или описывать факты. Конечно, между ними существует громадная разница: тот, кто говорит «У него есть право», *действует* с помощью нормы, осуществляя на ее основе вывод, тогда как тот, кто использует деятельностные слова в сообщении, делает что-то, чему норма приписывает юридические последствия.

«субъективное право» и «обязанность», «государство» или «корпорация», от суждений, в которых только и возможно увидеть их полную функцию, а затем требовать от них абстрагированные таким образом их *genus* и *differentia*.

Давайте посмотрим, что предполагает использование традиционного метода определения, каковы пределы его эффективности и почему он может вводить нас в заблуждение. Это, конечно, простейшая, а также наиболее удовлетворяющая нас форма определения, поскольку она предоставляет набор слов, способных заменить определяемое слово всегда, когда бы оно не использовалось; она дает нам понятный синоним или перевод для слова, которое приводит нас в замешательство. Это в наибольшей степени приемлемо там, где слова имеют прямую функцию означивания того или иного вида вещи, качества, человека, процесса или события, ибо здесь мы не озадачены или не пребываем в замешательстве относительно общих свойств исследуемого нами предмета, но просим определения, просто чтобы поместить внутри данного известного общего вида или класса некоторый особенный подчиненный вид или класс.<sup>11</sup> Таким образом, поскольку мы не находимся в недоумении относительно общих понятий мебели или животных, мы можем взять такое слово, как «стул» или «кот», и дать принцип его использования, сначала специфицируя общий класс, к которому то, что оно привычно описывает, принадлежит, и затем переходя к определению отличительных особенностей, которые выделяют его среди других видов того же общего рода. И, конечно, если мы не озадачены общим понятием корпоративной организации, но только желаем знать, как один вид (скажем, коллегия) отличается от другого (скажем, общества с ограниченной ответственностью), мы можем прекрасно использовать эту форму определения единичных слов. Но именно потому, что указанный метод приемлем на данном уровне исследования, он не может помочь, когда наши затруднения глубже. Ибо если наш вопрос возникает в связи с тем, что мы озадачены относительно общей категории, к которой нечто принадлежит, и того, как некоторый общий тип выражения связан с фактом (как это происходит с основополагающими правовыми понятиями), а не просто относительно места внутри категории, тогда до тех пор, пока недоумение не прояснено, эта форма определения в лучшем случае ничего не объясняет, а в худшем — вводит в глубокое заблуждение. Она ничего не объясняет, потому что способ определения, предназначенный для того, чтобы расположить некоторый подчиненный вид в рамках некоторой известной категории, не может разъяснить свойства категории аномального характера; и она вводит в заблуждение, потому что будет предполагать, что то, что в действительности является аномальной категорией, в конечном счете, есть лишь некоторая

<sup>11</sup> Причина, побудившая Бентама отвергнуть общий метод определения юридических терминов, состояла в том, что «среди подобных абстрактных терминов мы вскоре приходим к таким, для которых отсутствует более обшая родовая категория. Определение *per genus et differentiam* в случае его применения к указанным терминам не может обеспечить никакого продвижения вперед... Оно также недостаточно для того, чтобы определить предлог или союз... “через” — это... “потому что” — это... и так далее» (*Bentham J. A Fragment on Government. Ch. V. Note 6. § 7–8*).

разновидность чего-то известного. Отсюда в применении к юридическим терминам, таким как «субъективное право», «обязанность», «государство» или «корпорация», общий способ определения предполагает, что эти термины, как и обычные слова, означают или описывают некоторую вещь, человека, качество, процесс или событие; а когда сложность нахождения последних становится очевидной, используются разнообразные по вкусу ухищрения для того, чтобы объяснить или высветить эту аномалию. Некоторые говорят, что ее специфика состоит в том, что вещи, которые указанные юридические термины обозначают, действительно существуют, но не осязаемы; другие — что они представляют собой вымышленные сущности; третьи — что эти термины означают обычный факт, но сложного, будущего или психического рода. Таким образом, эта стандартная модель определения порождает ситуацию, в которой известная нам триада теорий существует в качестве запутанного способа объяснения аномальной природы юридических терминов.

Как тогда нам следует определять подобные термины? Если определение есть предоставление синонима, который не будет равным образом вводить нас в замешательство, тогда эти слова определены быть не могут. Но, думаю, существует метод объяснения достаточно общего применения, который мы, если пожелаем, можем назвать определением. Бентам и ряд других авторов его практиковали, но не проповедовали. Однако, прежде чем применять данный метод к слишком сложным правовым случаям, я должен проиллюстрировать его на простом примере игры. Возьмите понятие взятки при игре в карты. Кто-то спрашивает: «Что такое взятка?», — и вы отвечаете: «Я объясню: у вас идет игра и среди ее правил есть одно, предусматривающее, что когда каждый из игроков сделал ход, то положивший самую высокую карту зарабатывает очко; в этих обстоятельствах говорят, что этот игрок “взял взятку”». Это естественное объяснение не приняло форму определения отдельного слова «взятка»: для него не было предложено синонима. Вместо этого мы использовали суждение, в котором слово «взятка» играет характерную для себя роль и объясняется, во-первых, посредством спецификации условий, при которых все суждение истинно, и, во-вторых, посредством того, как данное слово употребляется в ходе осуществления вывода на основании правил в конкретном случае. Предположим теперь, что после такого объяснения задававший вопрос продолжает настаивать: «Все это очень хорошо, это объясняет выражение “взятие взятки”»; но я все еще хочу знать, что означает слово “взятка” само по себе. Я хочу определения выражения “взятка”; я хочу нечто, что может заменить данное слово всегда, когда бы оно ни использовалось». Если мы уступим этому требованию дать определение единичного слова, мы можем ответить: «Взятка есть просто собирательное название для четырех карт». Но кто-то может возразить: «Взятка не просто название для четырех карт, поскольку эти четыре карты не всегда составляют взятку. Должна, следовательно, быть некоторая сущность, к которой эти четыре карты принадлежат». Третий может сказать: «Нет, взятка есть сущность вымышленная, относительно которой игроки делают вид, что она существует, и которой в соответствии с вымыслом, составляющим часть игры, они приписывают карты». Но в таком простом

случае мы не приняли бы подобных теорий, преисполненных как они тайной и не дающих какого-либо ориентира для использования данного слова в рамках игры: мы придерживались бы первоначального двоякого объяснения; ибо оно непременно давало нам все, что нужно, когда объясняло условия, при которых утверждение «Он взял “взятку”» истинно, и показывало то, как оно было использовано в осуществлении вывода на основании правил в конкретном случае.

Если мы вернемся назад к Бентаму, то обнаружим, что, когда его объяснение правовых понятий действительно что-либо проясняет, как это бывает очень часто, оно соответствует описанному методу, хотя и без достаточной строгости. Тем не менее любопытно, что его наставления несколько отличны от наших: взять слово, например, «субъективное право», «обязанность» или «государство»; включить его в суждение, такое как «Вы имеете право», где оно играет характерную для себя роль, а затем найти его *перевод* в то, что можно назвать фактуальными терминами.<sup>12</sup> Такой подход он называет методом парафраза: давая фразу за фразой, а не слово за словом. Теперь этот метод применим ко многим случаям и позволяет многое прояснить; но вместе с тем он искажает большое число правовых понятий, как то же «субъективное право» или «обязанность», чья характерная роль реализуется не в утверждениях факта, но в юридических выводах. Парафраз последних в фактуальных терминах невозможен, и когда Бентам предлагает такой парафраз, он не получается вовсе.

Но чаще всего и во многом к нашей выгоде он не требует парафраза: для объяснения этих слов он делает замечания другого рода — замечания, такие как «То, что Вы имеете право заставить меня сделать что-либо, есть то, за невыполнение чего я согласно праву обязан быть наказан по требованию, сделанному от вашего лица»<sup>13</sup> или «Чтобы знать, как истолковать субъективное право, обратите свой взор к действию, которое в рассматриваемых обстоятельствах будет нарушением этого права; объективное право создает субъективное право посредством запрещения этого действия».<sup>14</sup> Эти замечания, несмотря на изъяны, указывают верный путь. Они не являются парафразами, но специфицируют некоторые из условий, необходимых для истинности суждения формы «Вы имеете право». Бентам показывает нам то, как эти условия включают существование права, налагающего обязанности на какое-либо другое лицо; и, более того, то, что должна быть норма, которая предусматривает, что за нарушением обязанности должна следовать санкция, если вы или кто-то от вашего имени сделает такой выбор. У данного подхода есть множество достоинств. Отказываясь отождествлять значение выражения «субъективное право» с каким-либо психическим или физическим фактом, он

<sup>12</sup> В действительности он предъявлял еще более строгое требование, в соответствии с которым подобные переводы следует осуществлять в терминах, рассчитанных на то, чтобы вызывать образы «реальных вещей» или «ощущений». Это согласовывалось с формой эмпиризма Бентама, но полезность метода парафразов (который тождествен современному «определению в употреблении») от этого требования не зависит.

<sup>13</sup> Ibid.

<sup>14</sup> *Bentham J. An Introduction to the Principles of Morals and Legislation. Ch. XVI.* Para 25.

верно оставляет здесь открытым вопрос о том, есть ли при любом данном случае у человека право действительно иметь какое-либо ожидание или возможность; таким образом, данный подход позволяет нам рассматривать ожидания или возможности людей как то, что обычно у них есть, если имеется система прав, и как часть того, что система прав обычно предназначена гарантировать. Некоторые из усовершенствований, которые следует внести в разработки Бентама, очевидны. Вместо того, чтобы характеризовать право с точки зрения наказания, многие делали бы это с точки зрения средств юридической защиты. Но я предпочел бы показать особое положение того, у кого есть право, упоминая не средства защиты, но открытый ему выбор относительно того, должна ли быть выполнена соответствующая обязанность или нет. Ибо, думаю, именно для норм, предоставляющих права (в отличие от тех, которые только налагают обязанности), характерно, что обязательство выполнить соответствующую обязанность поставлено объективным правом в зависимости от выбора индивида, о котором говорят, что у него есть право, или выбора какого-либо лица, уполномоченного действовать от его имени.

Поэтому в качестве объяснения выражения «субъективное юридическое право» я буду предлагать следующее:

(1) Утверждение формы «X имеет право» истинно, если удовлетворяются следующие условия:

(a) Имеется действующая правовая система.

(b) В соответствии с нормой или нормами этой системы некий другой человек Y в произошедших событиях обязан совершить некоторое действие или воздержаться от его совершения.

(c) Эта обязанность поставлена правом в зависимости от выбора или X, или какого-либо другого человека, уполномоченного действовать от его имени, так что Y обязан совершить некоторое действие или воздержаться от его совершения либо только если в этом состоит выбор X (или какого-либо другого человека), либо, в качестве альтернативы, только до тех пор, пока X (или такой человек) не выберет обратное.

(2) Утверждение формы «X имеет право» используется для того, чтобы сделать юридический вывод в конкретном случае, подпадающем под соответствующие нормы.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Оно имеет дело только с субъективным правом в первом смысле (соответствующим обязанности), выделенным Хофельдом. Но та же самая форма объяснения может быть использована для случаев «свободы», «правоспособности», «неприкосновенности» и, думаю, покажет то, что обычно остается необъясненным, а именно почему к этим четырем разновидностям, несмотря на различия, обращаются как к «правам». Объединяющий элемент, как кажется, состоит в следующем: во всех четырех случаях объективное право особенным образом признает *выбор* индивида — либо отрицательно, не затрудняя или не препятствуя ему (свобода и неприкосновенность), либо утвердительно, придавая ему юридическое значение (притязание и правомочие). В случаях отрицательного признания правовые основания для вмешательства отсутствуют, если выбор индивида состоит в совершении определенного действия или воздержании от его совершения (свобода) либо в сохранении своей позиции неизменной (неприкосновенность); в утвердительных случаях право наделяет юридическим значением выбор индивида таким образом, что другой человек обязан совершить определенное действие или обязан воздержаться от его совершения либо что правовое положение другого лица должно быть изменено.

IV

Многие говорят, что юридическая полемика о природе корпоративной личности мертва. Если это так, у нас есть труп и возможность учиться на его анатомии. Давайте представим способного юриста, неиспорченного теориями корпоративной личности, поскольку он получил образование в правовой Аркадии, где права и обязанности приписывались только индивидам и вся правовая теория была запрещена. Затем его знакомят с нашей и другими системами, и он узнает, как на деле права и обязанности приписываются организациям (например, Университету Оксфорда), государству, идолам, *hereditas jacens* [«лежачее наследство» (лат.)], а также компании одного человека, уклоняющейся от уплаты налогов. Вместе с нами он узнал бы, что в ежедневном употреблении находят формы высказываний, посредством которых права приписываются ООО «Смит и К°» в обстоятельствах и с последствиями, отчасти схожими и отчасти отличными от тех обстоятельств и последствий, в связи с которыми они приписываются Смигу. Он бы увидел, что такая аналогия часто хромает, но что при обстоятельствах, специфицированных в Акте о компаниях и общем праве, выражение «ООО «Смит и К°» должно Уайту 10 фунтов» применяется также непосредственно к обстоятельствам своего собственного рода, как и утверждение «Смит должен Уайту 10 фунтов». Постепенно он открыл бы, что многие обычные слова, когда их используют применительно к обществу с ограниченной ответственностью, употребляются особым образом. Ибо ранее он узнал бы о существовании условий, при которых будет истинным утверждать, что компания все еще существует, даже несмотря на смерть всех ее членов и служащих; если бы он был здесь в 1936 г., он бы обнаружил, что можно быть правым, говоря об иностранной компании, что, хотя она и ликвидирована, она все еще существует; а если бы он остался до 1944 г., то узнал бы, что при определенных обстоятельствах истинным будет то, что компания намеревается совершить обман. По возвращении в Аркадию он рассказал бы о распространении на корпоративные организации норм, выработанных для индивидов, и об аналогиях, которым в этой связи следуют, а равно о соответствующем приспособлении обычных слов, касающихся такого распространения. Все это он должен был бы сделать и мог бы сделать без упоминания фикции, собирательных наименований, сокращений или скобок, или понятий «*Gesamtperson*» и «*Gesamtwille*» [«союзная личность» и «союзная воля» (нем.)] реалистической теории. Высказал бы он таким образом все, что можно было сказать о юридической личности или корпорации? И если так, то с какого момента будет ощущаться потребность в теории? Не с того ли момента, когда кто-то спросил: «Когда является истинным, что Смит должен Блэку 10 фунтов? Вот имя «Смит» и есть человек Смит, но

---

Конечно, когда мы утверждаем, в любом из этих четырех смыслов, что у лица есть право, мы не отсылаем к какому-либо *действительному* совершенному им выбору, но или таковы соответствующие нормы права, что если он делает выбор, наступают определенные последствия, или нормы, препятствующие его выбору, если он его совершает, отсутствуют. Если существуют юридические права, от которых нельзя отказаться, они нуждаются в особом обхождении.

когда говорят, что ООО «Смит и К<sup>о</sup>» должно 10 фунтов Блэку, то что здесь соответствует выражению «ООО «Смит и К<sup>о</sup>»», подобно тому, как человек Смит соответствует имени «Смит»? Что *есть* ООО «Смит и К<sup>о</sup>»? Что *есть то*, что имеет право? Несомненно, это может быть только совокупность индивидов или реально существующий индивид, или вымышленный индивид». Другими словами, мы можем заставить простого жителя Аркадии ощутить муки теоретиков, только побуждая его задаться вопросом «Что есть ООО «Смит и К<sup>о</sup>»?» и не допускать в ответе описания того, как и при каких условиях действительно употребляются названия корпоративных организаций, но вместо этого начать поиск того, что есть то, что описывает название, взятое само по себе, что *оно* обозначает, что *оно* значит.<sup>16</sup>

То, что подобная постановка вопроса была решающей в развитии теории, может быть доказано многими отрывками из литературы. Позвольте привести один пример. Великий Мэйтлэнд действительно понимал, что выбор не обязательно лежит, как казалось, между традиционными теориями и что, в конечном счете, определенный способ анализа может предоставить отличный от них ответ. Мне не понятно, почему его называют реалистом<sup>17</sup> или думают, что он принимал излагаемую им доктрину Гирке, поскольку, несмотря на его уверенность в том, что теории фикции и собирательного имени «денатурализовали факты», он окончил тему вопросом, на который тогда не видел ответа. Но обратите внимание на многозначительную форму, которую принял вопрос: он представил себе суверенное государство и, придумав латинское имя для несуществующей земли (*Never-never land*), назвал ее Нусквамия (*Nusquamia*). Он говорил о ней:

Как и многие другие суверенные государства, оно должно деньги, и я предположу, что вы — один из его кредиторов...

Теперь вопрос, который я хочу поднять, состоит в следующем: кто тот, который действительно должен вам деньги? Нусквамия? Разумеется, но можете ли вы перевести суждение, что Нусквамия должна вам деньги, в серию суждений, накладывающих обязанности на определенных реально существующих в настоящий момент человеческих существ? Задача не будет легкой. Ясно, что вы не считаете, что каждый нусквामीец должен вам некоторую кратную часть долга. Никто так не считает. Долг Венесуэлы не причитается с Фулано и Цутано, и остальных из них. Мало пользы, думаю, будет и от слова «собирательно», являющегося наиболее размытым словом в английском языке, поскольку самое большое «собрание» нулей есть только ноль. Я не хочу сказать, что предложил невозможную задачу и что группа, обладающая правами и обязанностями, должна быть для философа окончательной и неразложимой моральной единицей... Только если такая задача выполнима,

<sup>16</sup> «Весьма маловероятно, что они [ранние римские юристы] когда-либо задавали или получали такой вопрос» (*Duff P. W. Personality in Roman Private Law. P. 134*). Но подобный вопрос ошибочен относительно предполагаемой им формы ответа, и это важно видеть.

<sup>17</sup> Ср.: *Ibid. P. 209, 216, note 3*. — См. для обсуждения того, в чем именно Мэйтлэнд расходится с *Genossenschaftstheorie* [теорией товарищества (нем.)] Гирке: *Mack J. A. Group-Personality — Footnote to Maitland // The Philosophical Quarterly. 1952. № 8. Vol. 2. P. 249*.



думаю, что в интересах юриспруденции и моральной философии она вполне заслуживает своего внимательного осуществления.<sup>18</sup>

Таков был вопрос Мэйтленда: когда Нусквамия должна вам деньги, кто вам их должен? Как на него следует ответить? Несомненно, только перестав биться головой об одно лишь слово «Нусквамия». Настаивать на вопросе «Когда Нусквамия должна вам 1000 фунтов, что или кто вам их должен?» похоже на отчаянное вопрошание: «Когда ты проиграл эту игру, что есть то, что ты проиграл?». Ответить на вопрос, который задают с такой настойчивостью, можно только повторив — «игру», так же как для того, чтобы ответить на другой, можно лишь повторить — «Нусквамия». Конечно, это не говорит нам вообще ничего, но, по крайней мере, ничего ложного или сбивающего с толку. Чтобы объяснить интересующее нас слово, мы должны соблюсти первое предписание Бентама: мы должны взять целостное утверждение «Нусквамия должна вам 1000 фунтов» и описать его использование, возможно, следующим образом:

1. Здесь на территории Нусквамии есть действующая правовая система; по законам этой системы определенные люди при соблюдении определенных условий уполномочены для определенных целей получать суммы денег и осуществлять иные действия, аналогичные тем, которые требуются для заключения договора займа между частными лицами.

2. Когда такие люди совершают подобные действия, наступают определенные последствия, аналогичные тем, которые связываются со схожими действиями частных лиц, включая обязанность лиц, определенных правом, вернуть суммы денег из определенных правом источников.

3. Выражение «Нусквамия должна вам 1000 фунтов» не утверждает существование данных норм или данных обстоятельств, но оно истинно в конкретном случае, когда они существуют, и используется при осуществлении юридического вывода на основании этих норм в конкретном случае.

Объем предоставляемых подробностей зависит от того, в какой степени замешательства находится задающий вопрос. Если все, чем он озадачен, это его неспособность сказать, кто или что есть Нусквамия, и недостаток теорий в объяснении этого, он может удовлетвориться тем, что было сделано. Но, конечно, он может быть озадачен понятием одной и той же самой правовой системы, существующей на всем протяжении жизни различных людей, с точки зрения которой было предложено это объяснение слова «Нусквамия».<sup>19</sup> Если так, указанное понятие, в свою очередь, должно быть прояснено, насколько это возможно, тем же самым способом.

---

<sup>18</sup> *Maitland F. W. Moral Personality and Legal Personality // Maitland F. W. Collected Papers. 3 vols. Cambridge, 1911. Vol. 3. P. 318–319.*

<sup>19</sup> Иными словами, мы должны объяснить выражение «та же самая правовая система», показывая, каковы достаточные условия для истинности утверждений, сделанных по данной форме. «Сейчас в Англии действует та же самая правовая система, что и в 1900 г.». Основополагающим вопросом здесь является объяснение выражения «та же самая норма».

Конечно, в этом методе нет ничего, что препятствовало бы его применению к эфемерной технической компании одного человека, которую реалисты рассматривали в качестве трудности для своей теории.<sup>20</sup> Чтобы объяснить, что такое общество с ограниченной ответственностью, мы должны обратиться к соответствующим правовым нормам, которые определяют условия, при которых характеризующее его суждение, как, например, «ООО “Смит и К” должна Уайту 10 фунтов», истинно. Затем мы должны показать, каким образом наименование общества с ограниченной ответственностью действует в качестве элемента юридического вывода, используемого для того, чтобы применять и особые нормы права корпораций, и также нормы, которые первоначально были выработаны для индивидов (такие как предписания договорного права). Конечно, необходимо будет подчеркнуть, что при особых условиях, определенных специальными нормами, иные правовые положения применяются к поведению индивидов в корне отличным, хотя все еще схожим, образом от того, как эти же положения применяются к индивидам помимо таких особых условий. Это можно было бы выразить, переформулировав известный принцип нашего права корпораций «Компания есть сущность, отличная от ее членов» следующим образом: «Наименование общества с ограниченной ответственностью используется в юридических выводах, которые применяют правовые нормы в особых обстоятельствах отличным, хотя все еще схожим, образом от того, как подобные нормы применяются к индивидам помимо таких обстоятельств». Такая формулировка показала бы, что нам приходится иметь дело не с аномальными или вымышленными сущностями, но с новым или расширенным, хотя и аналогичным, использованием правовых норм и связанных с ними выражений.

## V

Если теперь мы посмотрим на тип теории, такой притягательный для здравого смысла, который заявляет, что утверждения, отсылающие к корпорациям, суть «сокращения» и, таким образом, могут быть сведены или переведены в утверждения, отсылающие только к индивидам, мы можем увидеть, каким именно образом такого рода теории терпят неудачу. Их ошибка состоит в поиске парафраза или перевода в другие термины утверждений, отсылающих к корпорациям, вместо спецификации условий, при которых такие высказывания истинны, и того способа, которым они используются. Но отстаивая эти теории здравого смысла, важно отметить одну очень общую черту языка, связанного с применением правовых норм, всегда затемняемую попыткой парафраза. Если мы возьмем очень простое юридическое утверждение, такое как «Смит заключил договор с Y», мы должны отличать значение этого юридического вывода от двух вещей: (1) от утверждения о фактах, требуемых для его истинности, например, что стороны подписали письменное соглашение;

<sup>20</sup> *Wolff M.* On the Nature of Legal Persons // *Law Quarterly Review.* 1938. Vol. 54. P. 504; *Duff P. W.* Personality in Roman Private Law. P. 218.

(2) от утверждения о правовых последствиях его истинности, например, что в соответствии с этим соглашением Y обязан делать определенные вещи. На первый взгляд, здесь есть что-то, что вводит в замешательство; кажется, будто есть нечто среднее между фактами, которые делают юридический вывод истинным, и правовыми последствиями. Но если мы обратимся к простому случаю игры, то можем увидеть, в чем здесь дело. Когда об отбивающем в крикете (игроком или рефери) говорится «Он вне игры», последнее ни составляет утверждения о факте, что мяч ударил калитку, ни утверждает, что отбивающий обязан калитку покинуть; оно представляет собой высказывание, функция которого заключается в том, чтобы сделать вывод на основании конкретной нормы, согласно которой при подобных обстоятельствах возникают такого рода последствия, и мы, очевидно, пренебрегаем чем-то важным в его значении, если, в попытке дать парафраз, говорим, что оно означает только факты или только последствия либо даже их комбинацию. Объединенное утверждение «Мяч сбил калитку, и отбивающий должен ее покинуть» не может дать полного значения выражения «Он вне игры», поскольку оно не воспроизводит тот характерный способ, которым первоначальное утверждение было использовано для того, чтобы сделать вывод на основании конкретной, но не упомянутой здесь нормы, в соответствии с которой такое последствие следует за такими условиями. И ни один парафраз не может ни объяснить первоисточник, ни воспроизвести данную черту.

Я останавливаюсь на этом моменте, поскольку именно здесь основанные на здравом смысле теории корпоративной личности терпят неудачу.<sup>21</sup> Теория о том, что отсылающие к корпорациям утверждения маскируют сокращения утверждений о правах и обязанностях индивидов, обычно излагалась в такой незрелой форме, что не заслуживала рассмотрения. Легко увидеть, что утверждение о правах общества с ограниченной ответственностью не равнозначно утверждению, что его члены имеют те же самые права. Передача прав корпорацией «ООО «Смит и К°»» единственному акционеру Смигу, безусловно, не является передачей прав от Смита к Смигу. Но некоторые теоретики, среди которых Хофельд, излагают данный тип теории с необходимой степенью утонченности. По мнению Хофельда, говорить, что ООО «Смит и К°» имеет договор с Y, конечно, не означает говорить то же самое о членах этой компании: он полагал, что подобное утверждение должно сообщать нечто отличное и очень сложное о том, каким образом здесь затрагиваются правоспособности, права, полномочия, привилегии и обязанности реальных людей, имеющих отношение к компании. Несмотря на то что в таком виде она выглядит более впечатляющей, эта теория терпит неудачу, поскольку хотя она и указывает на правовые последствия для индивидов, упоминаемых в первоначальном утверждении, она не дает нам силу и значение самого

<sup>21</sup> Это также является объяснением смысла *tertium quid* [нечто третье (*лат.*)] между «фактами» и «правовыми последствиями», затрудняющего анализ многих правовых понятий, например понятия статуса. Статус раба не есть (*с позволения* Остина) просто собирательное название для его конкретных прав и обязанностей: существует смысл, в соответствии с которым они суть «последствия» его статуса; это тот смысл, согласно которому обязанность покинуть калитку в крикете есть последствие нахождения «вне игры».

этого утверждения. Предполагаемый парафраз меньше, чем первоначальное утверждение «ООО “Смит и К” имеет договор с Y», поскольку он не дает ни единого намека на то, что ранее делало первоначальное утверждение, а именно осуществляло юридический вывод на основании специальных норм, относящихся к компаниям, и норм, распространенных на данный случай по аналогии с индивидами. Таким образом, парафраз, во всей своей сложности и избирательности, дает нам слишком мало; с другой стороны, он дает нам слишком много. Он рассеивает единство простого утверждения «ООО “Смит и К” имеет договор с Y» и заменяет его утверждением несметного числа юридических прав, обязанностей, полномочий и т. д. многочисленных индивидов, о которых мы никогда не думали или не могли думать, делая первоначальное утверждение.<sup>22</sup> Отсюда именно те, кого привлекает эта основанная на здравом смысле форма анализа, чувствуют себя обманутыми, когда смотрят на нее более внимательно. И их действительно обманули; только им не следует в отчаянии хвататься за реалистическую теорию или теорию фикции. Ибо элементы, которые они упустили в переводе, — аналогия с индивидами, единство первоначального утверждения и его непосредственное применение к фактам — не могут быть получены ими из этих теорий или из любого перевода первоисточника; это может быть дано только в подробном описании условий, при которых утверждение этой формы истинно, и описании того характерного способа, которым оно используется с тем, чтобы сделать юридический вывод на основе конкретных норм в конкретном случае.

Конечно, я рассматривал только *юридическую* личность корпораций. Я утверждал, что если мы адекватно характеризуем отличительный способ, которым выражения, обозначающие корпоративные организации, используются в правовой системе, тогда нет остаточного вопроса формы «Что такое корпорация?». Кажется, остается только один вопрос, если мы настаиваем на форме определения или объяснения, не являющейся здесь уместной. Теории традиционной формы могут дать только искаженное объяснение значения выражений, обозначающих корпоративные организации, поскольку все они, вопреки их взаимной враждебности,

---

<sup>22</sup> Hohfeld W. N. Fundamental Legal Concepts. New Haven, 1923. P. 198–200, 220. — Хотя Хофельд временами пишет так, как если бы его сложные утверждения о правах, обязанностях, правоспособностях и т. д. были синонимичны с первоначальным утверждением о компаниях («мы имеем в виду не более чем то, что может быть объяснено описанием правоспособностей и т. д. ... рассматриваемых реальных лиц»), думаю, он также понимал, что утверждения, касающиеся компаний, не могут быть «сведены» к утверждениям, касающимся индивидов, но представляют собой, по его словам, «*sui generis*» [нечто специфическое, особого рода (*лат.*)] (P. 198) и что поэтому теории фикции, реализма и собирательных имен все искажают понятие корпоративной организации. Чего он не понимал, так это того, что в использовании этих особых форм выражения мы не «описываем... конкретный процесс, посредством которого вырабатываются тяготы и преимущества членов корпорации (курсив мой. — Г. Х.)» (P. 199), но делаем вывод на основе специальных норм. Что здесь игнорируется, так это различие (см. абз. 3 разд. II данного эссе) между утверждением о правовой норме и утверждением, которое *применяет* правовую норму, делая на ее основе вывод. Пренебрежение этим затемняет анализ понятия корпоративной организации настолько же, насколько и понятия субъективного права.

делают общее предположение, что эти выражения должны означать или описывать нечто, и тогда дают собственные и противоречащие друг другу объяснения его специфичности как сложной или трудной для понимания, или вымышленной сущности; тогда как эта специфичность содержится не здесь, а в отличительных свойствах выражения, используемого в провозглашении и применении норм. Но, конечно, не юридическая, а именно «моральная» личность организованных групп в наибольшей степени и сбивает с толку; они существуют независимо от правовых норм (один вводящий в замешательство смысл «не-фикции» как раз и заключается в том, чтобы утвердить этот факт), и ни теория собирательного имени, ни теория сокращения не выглядят удовлетворительными; так что мы склонны спросить «Что *есть* церковь, государство, школа?»; «Что есть любое объединение или организованная группа?». Но здесь нам также следует заменить эту вечно ставящую в тупик форму вопроса<sup>23</sup> следующей: «При каких условиях мы обращаемся к количествам и последовательностям людей как совокупностям индивидов и при каких условиях мы принимаем взамен объединяющие выражения, распространенные на них по аналогии с индивидами?». Если мы зададим такой вопрос и исследуем условия употребления характеризующих их высказываний («Государство страдало в течение пятидесяти лет», «Университет выразил свою благодарность», «Толпа была разгневана»), мы должны прекратить говорить о групповой личности (и, конечно, об индивидуальной личности), как если бы она была единым качеством или набором качеств. Ибо мы обнаружим, что есть множество совершенно различных условий (психических или других), при которых мы говорим таким обобщающим личностным образом. Некоторые из этих условий, как будет показано далее, значимы для правовых или политических целей; другие — нет. Это, несомненно, была одна из сентиментальностей *Genossenschaftstheorie* утверждать, что единство просто *как* единство было создано для того, чтобы выглядеть значительным или заслуживающим уважения в сравнении с заурядным множеством людей, бродящих по улицам. Все-таки простое единство — не очень много, несмотря на то что оно гораздо более разнообразно, чем кажется.

## VI

Если мы отложим в сторону вопрос «Что такое корпорация?» и спросим вместо этого «При каких типах условий право приписывает обязанности корпорациям?», это, вероятно, прояснит действительную работу правовой системы и выявит подлинные вопросы, стоящие на карте, когда судьи, которые, как предполагается, законов не создают, вновь некоторым образом распространяют на корпоративные организации нормы, выработанные для индивидов. Возьмите для примера недавнее распространение на корпорации ответственности за преступления, включающие

<sup>23</sup> Ставлящую в тупик лишь до тех пор, пока мы озадачены основами, а не в случае, если нас интересует только некоторый конкретный вид организованной группы и ее отличия от других. См. абз. 2 разд. III данного эссе.

знание и намерение или некоторые иные мыслительные элементы,<sup>24</sup> которые таковы, что реальный человек не будет уголовно ответственным, если его служащий с необходимым знанием и намерением совершил *actus reus* [«противоправное деяние» (лат.)] в ходе своей трудовой деятельности. Есть два способа представления данного вопроса, один из которых действительно объясняет, а другой — вводит в заблуждение, а именно: два способа истолкования слова «может» (*can*) в вопросе «Может ли общество с ограниченной ответственностью совершить преступление, включающее знание и намерение?». Объясняющий способ состоял бы в том, чтобы показать препятствие вышеописанному распространению действия норм на новую сферу отношений как состоящему в типе аналогии, которой следуют при включении корпоративных организаций в общую структуру нашего права. Конечно, это преимущественно аналогия с индивидом, несущим ответственность за то, что его служащий совершает в ходе своей трудовой деятельности. Именно посредством использования этой аналогии обязанности корпораций были расширены от договорных до обычных деликтов, а затем до деликтов, включающих умысел; и вся юридическая лексика, обозначающая отношения агента и принципала, была приспособлена к обществу с ограниченной ответственностью. Но для преступлений рассматриваемого типа данная аналогия бесполезна, и основополагающий вопрос здесь заключается в следующем: единственная ли это аналогия, возможная в суде? Сводится ли закон только к этому решению вопроса или есть другие критерии для применения к компаниям норм, первоначально применяемым к индивидам? На деле судьи не считали себя связанными подобным образом, и в английском праве, как часто указывалось, вполне можно найти полномочия для вменения компании действий и мыслительных состояний тех, кто, по сути, и осуществляет ее работу. В какой мере этот альтернативный источник аналогии может или должен быть использован, является, конечно, дискуссионным правовым вопросом, но важно понимать, что в этом юридическом — а не в некотором логическом — вопросе состоит отличительная особенность данной проблематики. В этом тогда и заключается сила слова «может» в вопросе «Может ли компания быть ответственна за преступление, включающее намерение обмануть?».<sup>25</sup> В противоположность этому вводящий в замешательство способ изложения вопроса состоит в том, чтобы внести определения того, что есть компания, и вывести из них ответы на рассматриваемый вопрос. «Компания есть простая абстракция, вымысел, метафизическая сущность». «Компания не обладает сознанием, и, следовательно, она не может намереваться сделать что-либо». Эти утверждения

<sup>24</sup> *DPP v. Kent and Sussex Contractors Ltd.* // Law Reports. King's Bench Division. 1944. 146 («документ, который был ложным относительно конкретных данных, использован с намерением обмануть» и «сделано утверждение, которое, как им было известно, было ложным относительно конкретных данных»); *Moore v. Bresler, Ltd.* // Law Reports. King's Bench Division. 1944. 551 («документ, ложный относительно конкретных данных, использован с намерением обмануть»).

<sup>25</sup> Безусловно, именно таким образом следует рассматривать и все еще обсуждаемый вопрос «Может ли компания быть ответственна за деликт *ultra vires* [с превышением полномочий (лат.)]?».

запутывают дело, поскольку они выглядят как вечные истины о природе корпораций, данные нам определениями; так что это сделано, чтобы создать впечатление, будто все правовые утверждения о корпорациях *должны* согласовываться с этими положениями с тем, чтобы не быть логически противоречивыми. Поэтому кажется, что есть нечто по ту сторону и выше аналогий, которые действительно используются в правовой системе для применения к корпорациям норм, выработанных для индивидов, и что это нечто ограничивает или контролирует такое применение. Конечно, и теория фикции, воспринятая серьезно, может установить неуместные препятствия в той же степени, в какой и реалистическая теория: ибо так же, как реалистическая теория, которая, по-видимому, говорит нам, что компания «не может» быть связана соглашением, упривоживающим другую компанию управлять ее бизнесом и назначать ее персонал, поскольку это означало бы «приносить до положения инструмента» человека с действительной волей,<sup>26</sup> так и теория фикции, видимо, говорит, что компания «не может» быть виновна в определенных преступлениях, потому что она не обладает сознанием.

Действительно, *suggestion falsi* [«внушение ложных сведений» (лат.)] в использовании понятия «фикция» для изображения этого раздела права заслуживает нашего рассмотрения. Его характерный порок состоит в сокрытии того, что, когда к компаниям применяются слова, обычно используемые по отношению к индивидам, и сопряженная с этим аналогия, с указанным применением также связаны существенное расхождение в способе, которым теперь употребляются подобные выражения, и соответствующий сдвиг в значении. Даже в самом простом из всех случаев, когда мы говорим «X есть служащий “Y и K”», обстоятельства, которые оправдывают использование слов «X есть служащий», не *просто* те же самые, что и обстоятельства, которые свидетельствуют в пользу «Смит есть служащий Брауна». Отсюда любые слова или выражения обыденного английского языка при их соединении с названиями корпораций приобретают особое юридическое употребление, ибо теперь эти слова соотносятся с обстоятельствами не исключительно посредством правил обыденного английского языка, но также посредством норм английского права, во многом так же, как когда мы расширяем значение таких слов, как «брат» или «терять», посредством их использования применительно к взяткам в игре в карты, они становятся соотношенными с обстоятельствами посредством правил игры. Теперь, если мы говорим здесь о «фикции», мы не можем дать правильную оценку этому резкому различию в использовании обыденных выражений, когда последние соединены с наименованиями корпораций; мы можем только исказить его. Ибо когда, например, мы говорим о компании, что она находится в Англии, хотя вчера вечером ее члены и служащие были убиты бомбой, значение этих слов должно быть установлено только посредством изучения правовых норм, предписывающих то, в каких условиях такое утверждение верно. Но если мы говорим о «фикции», мы предполагаем, что используем слова в их обычном смысле

<sup>26</sup> *Wolff M.* On the Nature of Legal Persons. P. 501. — Здесь цитируется решение Верховного Суда Германии.

и просто делаем вид, что существует нечто, к чему они применяются. В романах — которые суть подлинный вымысел — мы действительно сохраняем обычные значения слов и делаем вид, что есть люди, применительно к которым они истинны в их обычном смысле. Это как раз то, чего мы не делаем, когда говорим о корпорациях в праве. Однако, думаю, что одна из самых любопытных логик, когда-либо угрожавших преградить дорогу развитию права, обязана своим происхождением смещению такого сдвига в значении с фикцией.<sup>27</sup> Однажды было сказано, что у корпорации нет действительной воли, но есть вымышленная воля, вмененная правом, и поскольку такая воля, вмененная подобным образом, может производить только правовые следствия, мы не можем, будучи логически последовательными, говорить, что корпорация может совершить преступление или, вероятно, даже деликт. Конечно, такое использование теории фикции действительно вызывает в воображении аллегорическую картину: Право вдыхает в ноздри Обществу с ограниченной ответственностью Волю Фиктивную, но, как и у ее Творца, Добрую. Но подобная картина вводит в заблуждение больше, чем это характерно даже для аллегории, поскольку она скрывает то обстоятельство, что слово «воля» меняет свое значение, когда мы используем его применительно к компании: смысл, в котором компания имеет волю, не заключается в том, что она намерена совершить правомерные или неправомерные действия, но что по отношению к ней при условиях, предписанных правовыми нормами, могут быть использованы определенные выражения, используемые для описания сознательных действий индивидов. А из очевидного факта, что право действительно предусматривает такие условия для широкого круга выражений (единственное, что может означать вменение воли компании), не может быть выведено, что эти условия не включают совершение преступления или деликта. Аналогия с живым человеком и сдвиг значения составляют, таким образом, существо того способа правового утверждения, который отсылает к корпоративным организациям. Но они суть только то, что они есть. Аналогия не есть тождество, так что хотя мы и можем теперь (как юристы) сказать, что компания намеревалась обмануть, это не имеет теоретических следствий; и сдвиг в значении не есть фикция, так что потребность в логической согласованности с неуместным понятием созданной правом чистой Воли не нужно добавлять к трудностям судей, которые в системе прецедентного права должны решать, насколько аналогии, скрытые в праве, позволяют им распространять на корпорации нормы, выработанные для индивидов, когда правосудие, как кажется, этого требует.

Это вскрытие трупа длилось долго. Я сделаю лишь одно добавление. Конечно, будет чистейшим провинциализмом думать об истории юриспруденции применительно к данной проблематике определения как о записи ошибок — даже ошибок разъясняющих. Наоборот, она полна бесценных подсказок относительно того, что следует сделать, чтобы

<sup>27</sup> С учетом постоянно существующей возможности такого смещения я бы отказался от использования слова «фикция» в изображении этого раздела права, хотя доктор Вольф (Ibid. P. 505) готов был сохранить его «в качестве формулы».



соответствовать отличительным особенностям юридического языка и объяснению его специфических понятий. Кроме наставлений и практики Бенгема, есть практика Остина в его лучших проявлениях; есть полные смысла наблюдения Брайса<sup>28</sup> о том, что основополагающие правовые понятия, вероятно, не могут быть определены, но только описаны, и многое у Поллока и Мэйтленда,<sup>29</sup> чтобы показать, как взаимодействие средств юридической защиты с субъективным правом породило особое словупотребление. Есть также много ценного у Кокурека и Кельзена. Интересно, не будет ли глупостью усмотреть в титуле Дигест «*De acquirenda vel de amittenda possessione*» [«О приобретении и утрате владения» (лат.)] с их уклонением от бесплодного вопроса «Что такое владение?» инстинктивное признание важнейшего принципа, что юридические термины могут быть прояснены только рассмотрением условий, при которых утверждения, где они используются характерным для них образом, истинны? Но хотя у тематики правового определения есть собственная история, только с благотворного поворота философского внимания к языку появились общие черты всего этого стиля человеческой мысли и речи, касающегося норм и их применения к поведению. По крайней мере, я не смог бы увидеть, насколько он присутствует в работах наших предшественников, до тех пор, пока меня не научили смотреть мои современники.

### Постскриптум\*

См. для критики и комментариев:

1. *Cohen L. J. Theory and Definition in Jurisprudence // Proceedings of Aristotelian Society. Supplementary. 1955. Vol. XXIX. P. 213.* — И ответ Харта: *Hart H. L. A. Theory and Definition in Jurisprudence // Ibid. P. 238.*
2. *Hacker P. M. S. Definition in Jurisprudence // Philosophical Quarterly. 1969. Vol. XIX. № 77. P. 343.*
3. *Horowitz J. Law and Logic: A Critical Account of Legal Argument. New York; Vienna, 1972. P. 156.*
4. *Ross J. F. Portraying Analogy. New York, 1981. P. 202–207.*

<sup>28</sup> «Он [Остин] не понимал ни насколько глубоко лежат некоторые из трудностей правовой теории, ни что есть некоторые понятия, которые надежнее описывать, чем пытаться определить» (*Bryce V. J. Studies in History and Jurisprudence. 2 vols. Oxford, 1901. Vol. II. P. 181*). Но ср.: «Поистине, некоторые из этих терминов не допускают определения формальным или обычным способом... И, что касается остальных, определить их подобным образом совершенно бесполезно» (*Austin J. Lectures on Jurisprudence. 5<sup>th</sup> ed. Vol. II. P. 1076*).

<sup>29</sup> *Pollock F. B., Maitland F. W. History of English Law before the Time of Edward I. 2 vols. Cambridge, 1895. Vol. II. P. 31 ff.*

\* Приводится по: *Hart H. L. A. Essays in Jurisprudence and Philosophy. Oxford, 1983. P. 48 (прим. С. Н. Касаткина).*

## КОНФЕДЕРАЦИИ ПРОШЛОГО — СЕТЕВЫЕ ГОСУДАРСТВА БУДУЩЕГО?\*

Г. А. КНЯЗЕВ\*\*

В научной литературе последних лет обсуждается понятие «сетевое государство». Сетевое государство, по мнению некоторых западных ученых, должно в эпоху информационного общества прийти на смену «старым» государствам. Л. С. Мамут юридически формулирует следующее определение сетевого государства: «Демонтаж вертикали (т. е. принципа иерархии, отношений субординации. — Г. К.), интегрирование объединений посредством одних лишь горизонтальных, координационных связей — вот что означают на деле... “сети”, “сетевая геометрия”, “новая геометрия власти”, “сетевое государство”».<sup>1</sup>

Анализируя данное определение, следует заметить, что свойства подчинительности и вертикальности связей не всегда совпадают, ибо выделяются по различным признакам: подчинение — по принципу связи, вертикальность — по ее направлению. Например, связи между субъектами федеративного государства горизонтальны, но федерация, в структуру которой эти связи, несомненно, входят, обладает верховенством, господством над своими субъектами.

Развитие структуры государственно-правовых отношений может привести к состоянию одного и того же субъекта в нескольких союзных связях одновременно. Такой своего рода «мультифедерализм» может выражаться как в многоуровневости союза, так и в пересечении союзов, а также совпадении центров разных союзов в одном субъекте. В результате действительно получается сетеподобная структура с множеством отношений, связывающих участвующие в ней государственные образования.

**Сетевое государство и возвращение конфедерации.** Отношения всего лишь между двумя субъектами также могут строиться «по сетевой геометрии», т. е. без подчинения одной стороны другой. Основанные на таком принципе государственные образования возникали с древнейших времен и известны в государствоведении под названием конфедераций.<sup>2</sup> «Конфедерация, — отмечал А. С. Яценко, — есть политическое объединение людей, допускающее сосуществование ряда независимых властей, и

\* Статья написана на основе доклада на междисциплинарном гуманитарном семинаре «Философские и духовные проблемы науки и общества» (22 декабря 2006 г., СПбГУ).

\*\* Князев Герман Александрович — к. ю. н., доцент, докторант СПбГУ.

© Г. А. Князев, 2008

<sup>1</sup> Мамут Л. С. «Сетевое государство»? // Государство и право. 2005. № 11. С. 6.

<sup>2</sup> Подробнее о принципах конфедеративной связи см.: Князев Г. А. Конституционные основы конфедерации. СПб., 2005. С. 65–69.

поэтому по справедливости она должна быть называема полиархическим политическим соединением».<sup>3</sup> О полиархии в статье о сетевом государстве пишет и Л. С. Мамут.<sup>4</sup>

Взгляды отечественного государствоведения на перспективы конфедерации в течении XX в. кардинально менялись. В дореволюционной России многие ученые, сравнивая конфедерацию с федерацией, отмечали ее древность. «Конфедерация, — писал А. Д. Градовский, — представляя собой зачаточную форму соединения государств, является вместе с тем и древнейшею формою».<sup>5</sup> Другие исследователи называли союз государств старой, неполной формой соединений государств,<sup>6</sup> устарелой формой федерации.<sup>7</sup>

Советские авторы характеризовали конфедерацию иначе — как историческую форму, способную пригодиться в будущем. «Такая форма государственного устройства, как конфедерация, которая имела определенные признаки, отличающие ее от федерации, теперь уже считается формой исторической. Однако это не значит, что именно ее юридические свойства не могут быть использованы для решения современных государственно-правовых проблем».<sup>8</sup> Использование юридических свойств формы без самой формы есть фактическое использование этой формы под другим названием. Налицо подмена тезиса: в цитате говорится о конфедеративной форме государственного устройства, но имеется в виду понятие конфедерации, которое при характеристике советского государственного устройства действительно было вытеснено понятием социалистической федерации.<sup>9</sup>

О конфедерации всерьез вспомнили только в годы кризиса советского федерализма. Первые высказывания о ней в основном повторяли изложенную позицию: «Вопреки внедряемому в сознание мнению о созидательном потенциале конфедерации заметим, что само существование конфедеративного механизма ныне относится к истории государства и права. Новая модель конфедерации появляется почти на пустом месте».<sup>10</sup> Новым, как в поговорке, оказалось хорошо забытое старое. В дальнейшем предпринимались попытки обоснования необходимости возвращения конфедерации тем, что дореволюционные утверждения о ее устарелости сами устарели: «Установка на сохранение целостности Союза на основах его федеративного (или конфедеративного) устройства вполне исторически оправдана и не является аномалией в отличие от

<sup>3</sup> Яценко А. С. Теория федерализма. Юрьев, 1912. С. 305.

<sup>4</sup> Мамут Л. С. «Сетевое государство»? С. 7.

<sup>5</sup> Градовский А. Д. Государственное право важнейших европейских держав: лекции, читанные в 1885 г. СПб., 1895. С. 102.

<sup>6</sup> Коркунов Н. М. Русское государственное право. Т. I. Введение и общая часть. СПб., 1909. С. 152.

<sup>7</sup> Кульчицкий К. (Мазовецкий) Автономия и федерация в современных конституционных государствах. М., 1907. С. 9.

<sup>8</sup> Петров В. С. Тип и формы государства. Л., 1967. С. 72.

<sup>9</sup> Подробнее см.: Князев Г. А. Конституционные основы конфедерации. С. 14.

<sup>10</sup> Колесников А. Федерация и конфедерация: исторический выбор // Агитатор. 1989. № 18. С. 14.

исторической ситуации начала XX в., когда распадались крупные империи, и такой же конец ожидал, видимо, царскую Россию».<sup>11</sup>

Однако, вопреки ожиданиям, сказанное в начале столетия подтвердилось на всем его протяжении. «Попытки организовать конфедерацию в XX в., — отмечает С. Н. Сильвестров, — как правило, оказывались неудачными».<sup>12</sup> Можно было с полным основанием сделать вывод: «Конфедерация — это... архаичная в XX веке... форма межгосударственного объединения».<sup>13</sup> Но будет ли то же самое в XXI веке?

В современной научной литературе высказывается немало сомнений по этому поводу. Еще в 1990 г. Б. Н. Топорнин указывал на неточность вывода о том, «что конфедерация вообще “почила” столетия назад».<sup>14</sup> К. В. Арановский полагает, что «конфедерации будут более или менее регулярно возникать и исчезать в мировой практике».<sup>15</sup> Поводом для оптимизма в отношении будущего конфедерации служат современные интеграционные процессы: «Конфедерация может иметь определенное будущее. Об этом свидетельствует развитие Европейского экономического сообщества (Европейского Союза), которое приняло отчетливые черты не только экономической, но и политической интеграции».<sup>16</sup>

Европейский Союз (как и российско-белорусское Союзное государство) изредка характеризуют как конфедерацию, но куда охотнее говорят о появлении новых форм государственного объединения. Причем ЕС прямо называют первым «сетевым государством».<sup>17</sup> Таким образом удовлетворяется субъективная потребность в смене старого понятия, дискредитированного практикой XX в. Подобная замена уже чуть было не произошла, когда Советский Союз, отношения которого с союзными республиками были основаны именно на антииерархических, «сетевых» принципах, не называли конфедерацией. Однако это привело к такой путанице в понятиях, что первая же попытка усовершенствования Союза привела его к гибели.

Возникает вопрос: зачем же стремиться вернуть такую сложную форму государства, как конфедерация, когда можно обойтись более простыми и устойчивыми «жесткими конструкциями» государственного устройства? Для чего строить государство по типу сети, если, как отмечает К. Келли, «каналам сети присуща чудовищная сложность»?<sup>18</sup>

<sup>11</sup> *Тишков В.* Соединенные штаты СССР // *Родина*. 1990. № 7.

<sup>12</sup> *Сильвестров С. Н.* Основные характеристики конфедерации и федерации // *Власть*. 1994. № 12. С. 38.

<sup>13</sup> *Беляев В. А., Хайруллина Ю. Р.* Трансформация РФ и право сепарации // *Федерализм — глобальные и российские изменения*. Международная научно-практическая конференция. Казань, 1993. С. 248.

<sup>14</sup> *Топорнин Б. Н.* Новый Союзный договор: теоретические подходы // *Новый Союзный договор: поиски решений* / отв. ред. Б. М. Лазарев. М., 1990. С. 37.

<sup>15</sup> *Арановский К. В.* Государственное право зарубежных стран. Учебник для вузов. М., 1998. С. 211.

<sup>16</sup> *Конституция Российской Федерации*. Энциклопедический словарь / В. А. Туманов, В. Е. Чиркин, Ю. А. Юдин и др. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1997. С. 134.

<sup>17</sup> *Зорькин А. В.* Апология Вестфальской системы // *Российская газета*. 2006. 22 авг. С. 6.

<sup>18</sup> Цит. по: *Кастельс М.* Информационная эпоха: экономика, общество и культура / пер. с англ. под ред. Н. В. Сергеева. М., 2000. С. 77.

Дело в том, что именно эта нечеловеческая сложность управления сетью создает хорошие перспективы для внедрения новых (в том числе антиправовых) технологий управления обществом. «Эта топологическая конфигурация — сеть, — отмечает М. Кастельс, — может быть теперь благодаря новым информационным технологиям материально обеспечена во всех видах процессов и организаций. Без них эта сетевая логика была бы слишком громоздкой для материального воплощения».<sup>19</sup> Сложность и неустойчивость конфедеративной формы государственного устройства, так долго препятствовавшие ее широкому распространению, с воцарением информационно-технологической парадигмы удивительным образом превратились из недостатков в достоинства.

**Цели и средства сетевого государства.** Но если в технике переход от статической устойчивости к динамической заранее имел четко заданную внешнюю ценность (например, в авиации — сверхманевренность, малозаметность и т. п.), то государство стремится перевести в неустойчивую конфедеративную форму ради одной лишь возможности дальнейшего усложнения, роста высокоорганизованности и, следовательно, зависимости от информационных технологий. Если в других областях информационные технологии были средством, то для сетевого государства, предназначенного строить информационное общество, они выступают как некая самоцель.

Общие цели государств могут послужить основой их конфедеративного объединения. Недаром во многие определения конфедерации с до-революционных времен до наших дней включают общность интересов,<sup>20</sup> целей,<sup>21</sup> целей и интересов,<sup>22</sup> задач.<sup>23</sup> Но и М. Кастельс в качестве второго фундаментального атрибута сети называет согласованность сети, обусловленную общностью интересов между целями самой сети и целями ее компонентов.<sup>24</sup> Только цели современного сетевого государства несколько отличаются от целей конфедераций прошлого.

«На государственные институты, — отмечает А. Н. Райков, — все больше ложатся задачи... поддержки развития информационного общества».<sup>25</sup> «Одной из главных задач государства, — утверждает Ю. Г. Просвирнин, — становится создание условий для формирования информационного общества».<sup>26</sup> Но государство мало превратить в принудительную силу информатизации.

<sup>19</sup> Там же.

<sup>20</sup> Кокошкин Ф. Лекции по общему государственному праву. 2-е изд. М., 1912. С. 298; Мартенс Ф. Современное международное право цивилизованных народов. Т. 1. 5-е изд., доп. и испр. СПб., 1904. С. 246.

<sup>21</sup> Энциклопедический словарь / Ф. А. Брокгауз, А. И. Ефрон. Т. 61 [СПб., 1890]. М., 1990, 1992 (репринт). С. 96; Курс международного права. В 7 т. Т. 1. Понятие, предмет и система международного права / Ю. А. Баскин и др. М., 1989. С. 168–169; Арановский К. В. Государственное право зарубежных стран. С. 208.

<sup>22</sup> Казанчев Ю. Д. Конституционное право РФ: Вопросы и ответы. Учебное пособие. М., 1998. С. 78.

<sup>23</sup> Ивановский И. Учебник государственного права. Общее учение о государстве. СПб., 1909. С. 43.

<sup>24</sup> Кастельс М. Информационная эпоха... С. 174.

<sup>25</sup> Райков А. Н. Единство правового и информационного пространства // Информационное общество. 1997. № 2–3. С. 16.

<sup>26</sup> Просвирнин Ю. Г. Теоретико-правовые аспекты информатизации в современном российском государстве. Автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2002. С. 40.

Н. В. Громыко говорит о складывании «сетевых государств, пронизывающих сетками коммуникационных каналов тело любой страны. В рамках сетевого государства возникают новые формы управления сознанием». <sup>27</sup> Что же станет в сетевом государстве с правом?

Л. В. Голоскоков в своей монографии «Теория сетевого права» посвящает функциям сетевого государства целую главу. Правда, сам термин «сетевое государство» употребляется в этой главе всего один раз. «Представляется, — пишет Л. В. Голоскоков, — что одной из самых важных функций сетевого государства может стать автоматизация правотворческих и правореализационных процессов, которые в некоторых случаях могут стать полуавтоматическими или автоматическими». <sup>28</sup> Тем самым совершается поворот от компьютеризации в интересах улучшения управления к «улучшению» управления в интересах компьютеризации.

Казалось бы, все правильно: сперва внедряют новую технику, потом на основе опыта ее эксплуатации корректируют производственный процесс. Или, говоря в стиле марксистской политэкономии, новые производительные силы требуют новых производственных отношений. Но проблема в том, что опыт, вынесенный юридической наукой из процессов компьютеризации и информатизации, настолько противоречив, что едва ли играет какую-то значимую роль в изменении общества. Технология развивается по своим собственным законам, а общество стремится развиваться по законам технологии. Вопрос о нужности права в этой системе остается открытым.

Сетевое государство, помимо внутренней цели — развития информационных технологий, имеет еще и внешнюю цель, которая, на первый взгляд, противоречит внутренней. «Национальные государства, — пишут М. Кастельс и Э. Киселева, разъясняя понятие сетевого государства, — объединили свои усилия, защищаясь от глобальных финансовых рынков, глобальных медиа, глобального Интернета, глобальной преступности, глобального терроризма, глобальных экологических и социальных проблем. В результате национальные государства становятся более эффективными, но все более удаляются от собственных специфических национальных смыслов». <sup>29</sup>

В процитированном отрывке, видимо, имеется в виду Евросоюз, государства — члены которого озабочены сохранением своей национальной идентичности. Но эта цитата также очень хорошо описывает суть конфедерации вообще. Ее субъекты (в отличие от государств — членов международной организации) своим объединением юридически отгораживаются от остального мира за счет верховенства общих для союза конституционных норм, не подчиненных общим принципам международного права. <sup>30</sup> В результате на месте нескольких национальных государств

<sup>27</sup> *Новые информационные технологии и судьбы рациональности в современной культуре (материалы «круглого стола»)* // Вопросы философии. 2003. № 12. С. 17.

<sup>28</sup> *Голоскоков Л. В.* Теория сетевого права. СПб., 2006. С. 109.

<sup>29</sup> *Кастельс М., Киселева Э.* Россия и сетевое общество. Аналитическое исследование // Мир России. 2000. № 1. С. 25.

<sup>30</sup> Подробнее см.: *Князев Г. А.* Конституционные основы конфедерации. С. 165.

начинает формироваться единое государственно-правовое пространство и единый народ.<sup>31</sup>

Может показаться, что такой своего рода «антиглобалистский изоляционизм» конфедерации должен сдерживать технологическое развитие внутри нее. Но интеграционные проблемы отвлекают от технологии только критику, а не ресурсы. На самом деле защищенность от глобальных проблем, порождаемых, как известно, развитием технологии, позволяет их игнорировать, а значит, снимает с технологии ограничения, налагаемые глобальными проблемами. Поскольку вредные последствия от массового внедрения высоких технологий в основном концентрируются на глобальном уровне, а полезные — ниже, цена последних просто выпадает из поля зрения.

Почему же информационные технологии, созданные, казалось бы, для того, чтобы помогать человеку, на новом этапе общественного развития выступают совсем в другой роли? Зачем создавать для их внедрения специальный аппарат принуждения в форме сетевого государства?

Ответ на эти вопросы можно найти в научных работах еще советского времени. Тогда, в частности, отмечалось, что «предостережения об опасности и несостоятельности решать общественные проблемы средствами научно-технических нововведений стали общим местом в рассуждениях той части буржуазной интеллигенции, которая еще сохранила способность к объективной оценке фактов». <sup>32</sup> «Тщетна попытка найти техническое решение тому, что в сущности представляет собой политическую проблему и таковой останется», — такими словами завершает Ю. М. Батурич свою книгу, описывающую, по словам автора заключительной статьи к ней Г. Х. Шахназарова, «попытки решать политические проблемы техническими средствами». <sup>33</sup> «К. Норман замечает: “Следует признать, что технология сама по себе не может разрешить социальных и политических проблем”. Более того, если технологические изменения приводят к возрастающей централизации контроля и иерархической организации общества, “технология может усложнить некоторые проблемы, наиболее давящие на общество”». <sup>34</sup>

Поскольку сами высокие технологии потребовали на разработку немало средств, отказ от них оказался экономически и политически невыгоден. Теперь остается попытаться получить удовольствие от мучения с ними. Кстати, с решением этой задачи технологии вполне справляются.

По мнению О. Н. Вершинской, подход США к информатизации ориентирован на развлечения, <sup>35</sup> поскольку целью аудиовизуальной

<sup>31</sup> Там же. С. 59.

<sup>32</sup> *Глаголев В. С.* Религиозно-идеалистическая культурология: идейные тупики. М., 1985. С. 51.

<sup>33</sup> *Батурич Ю. М.* Право и политика в компьютерном круге. Буржуазная демократия и «электронная диктатура». М., 1987. С. 104, 105.

<sup>34</sup> *Norman C.* The god that limps. Science and technology in the eighties. New York; London, 1981. P. 186, 198 (цит. по: *Глаголев В. С.* Религиозно-идеалистическая культурология... С. 32).

<sup>35</sup> *Вершинская О. Н.* Существующие модели построения информационного общества // Развитие информационного общества в России. Т. 1. Теория и практика. Сборник статей / под ред. Н. В. Борисова, Ю. Е. Хохлова. СПб., 2001. С. 101.

культуры США является удовлетворение культурных потребностей с акцентом на предоставление видео по запросам.<sup>36</sup> При этом автор отмечает, что «в сфере информатизации американское влияние в мире всегда было доминирующим».<sup>37</sup>

США, выступая для всего мира шутом и палачом в одном лице, несомненно, подадут пример и другим государствам.

Но анестезия, увы, не панацея, а способность отвлекаться от проблем не освобождает от их решения. Удовольствия всегда хочется еще, что побуждает вкладывать в технологии и систему их общественного продвижения все новые и новые силы и средства, создавая условия для усугубления не решенных ими общественных проблем и роста порожденных этим отрицательных последствий для общества. Государство из мецената все больше превращается в техноголика.

Если называть прогрессом любое движение от простого к сложному, то осложнение общественных проблем, связанное с техническими нововведениями, следует считать прогрессивным. Переход к сетевому государству как бы продолжает такую линию развития, усложняя государственную организацию в направлении усложнения техники, понимаемого как научно-технический прогресс. Уровень сложности и неопределенности (обозначаемый понятием «негэнтропия») принимается за новый критерий ценности.

Средство достижения этой ценности — навязывание обществу потребительского образа жизни, предполагающего сознательное формирование общественных потребностей на основе новейших достижений науки и техники. Естественные же потребности человека, понимаемые как его естественные права, ставятся в подчиненное положение к искусственным, становящимся все более противоестественными. Последний также стремится придать юридическую форму, что приводит к своеобразному «расцвету права». «Последние лет тридцать, — отмечает Ф. Фукуяма, — индустрия прав росла быстрее, чем сеть Интернет в конце 1990-х годов».<sup>38</sup>

Усложнение права, в свою очередь, служит хорошим поводом для внедрения информационных технологий в деятельность юристов. «В условиях громадной массы нормативного материала, потока научных данных и других последствий “информационно-правового взрыва” ЭВМ становится не просто полезным, но и крайне необходимым инструментом».<sup>39</sup>

**Сетевое государство и принцип гуманизма.** Неадекватный перенос достижений науки из одной сферы в другую порождает те же последствия, что и изначальная фальсификация научных результатов. «Те или иные представления, гипотезы и теории, — отмечает В. Л. Гинзбург, — становятся лженаучными только тогда, когда их продолжают отстаивать и после того, как их несостоятельность надежно установлена».<sup>40</sup>

<sup>36</sup> Там же. С. 103.

<sup>37</sup> Там же. С. 101–102.

<sup>38</sup> Фукуяма Ф. Наше постчеловеческое будущее. Последствия биотехнологической революции / пер. с англ. М. Б. Левина. М., 2004. С. 153.

<sup>39</sup> Батулин Ю. М. Теоретические проблемы компьютерного права. Автореф. дис. (науч. доклад) ... д. ю. н. М., 1991. С. 34–35.

<sup>40</sup> Гинзбург В. Л. О непонимании в вопросах о лженауке и взаимосвязи науки и религии // Вестник РАН. 2000. Т. 73. № 9. С. 817.



Однако в области гуманитарных наук подобное жесткое противопоставление науки и лженауки провести труднее. Дело в том, что общество может провозгласить законом своего развития концепцию, противоречащую фактам, доказанной наукой. Нечто подобное и произошло с технологическим эвдемонизмом, успешно трансформировавшимся из научной концепции в идеологическую.

Различие критериев ошибочности в науке и в политике способствует политическому успеху некоторых учений, отвергнутых наукой, а авторитет науки в обществе начинает работать против нее самой, распространяясь на все научные по происхождению (но не всегда по содержанию) концепции. Идеи, господствующие в политике государства, в свою очередь, становятся основой его научной политики.

«Информационный мусор», выброшенный наукой, набрав юридическую силу, бумерангом возвращается обратно. Возникают своего рода «экологические» проблемы, ограничивающие права ученого на ошибку. Но последние успехи информационных технологий прямо-таки источают соблазны как-то приобщить к ним и гуманитарные науки, что ведет к выдвиганию все новых и новых несбыточных общественных проектов.

В одном официальном документе Санкт-Петербурга среди отличительных признаков информационного общества назван «высокий уровень информационных потребностей всех членов общества и фактическое их удовлетворение для основной массы населения».<sup>41</sup> Это положение, по сути, воспроизводит основную идею японского «экономического чуда» более чем полувекковой давности. «В 1949 г. Япония официально объявила развитие техники и технологии средством улучшения качества жизни населения. Главная задача техники и технологии — повышение уровня потребления. В свою очередь, повышение уровня жизни стимулирует технический прогресс. Сегодня, после 50 лет стабильного роста, в Японии наступают трудные времена: население стареет, ресурсы и энергия ограничены, обостряются проблемы экологии и защиты от катастроф».<sup>42</sup> Нельзя сказать, что в Японии совсем уж плохо, но следует помнить, что чудеса воспроизводимостью не обладают, в отличие от проблем.

Стимулирование сверхпотребления, возведенное в ранг официальной политики, можно оценить не только с моральной, но и с научной точки зрения. «Общим для всех видов и типов утопии является не стремление к равенству... а принцип физической и духовной удовлетворенности индивида, который предполагает общественное изобилие».<sup>43</sup> Информационное общество действительно напоминает некоторые утопии, например, вышеупомянутая цель сетевого государства очень похожа на описание Гартлибом (1628–1662) «идеального государства Макарии, отдающего все

<sup>41</sup> Постановление Правительства Санкт-Петербурга от 16 августа 1999 г. № 36 «О Концепции «Стратегия перехода Санкт-Петербурга к информационному обществу» // Вестник Администрации Санкт-Петербурга. 1999. № 9.

<sup>42</sup> Вершинская О. Н. Существующие модели построения информационного общества. С. 104.

<sup>43</sup> Современная западная социология. Словарь / сост. Ю. Н. Давыдов, М. С. Ковалева, А. Ф. Филиппов. М., 1990. С. 364.

свои силы прогрессу науки». <sup>44</sup> Другой утопист Н. Ф. Федоров (1828–1903) выдвинул «проект» всеобщего воскрешения умерших средствами науки. <sup>45</sup> Само постиндустриальное общество первоначально изображалось Д. Беллом как технократическая утопия, а О. Тоффлер назвал свою концепцию будущего «практопией» в противовес утопии и антиутопии. <sup>46</sup>

Но некоторая внешняя похожесть не мешает существенному отличию информационного общества от утопий прошлого, заключающемуся в изменившемся с тех пор отношении к человеку. «Для Н. Ф. Федорова технический и научный прогресс выступали средством реализации гуманистических нравственных идеалов, обличенных в религиозно-мистическую форму... На протяжении восьми десятилетий после смерти Н. Ф. Федорова капитализм показал, что научно-техническое развитие в его рамках ведет к резко нарастающей дегуманизации всех сторон общественной жизни». <sup>47</sup> И венцом такого развития является информационное общество.

В отличие от утопий прошлого информационное общество проектируется не «под человека», а под новую технику, как наиболее удобная среда для ее использования, а человек уже будет должен приспособливаться к этому благоприятному для техники обществу. «Сеть заменит человека в качестве великого общественного проекта». <sup>48</sup> На ту же проблему указывает Л. В. Голоскоков, цитируя древнекитайского мыслителя Мэн-цзы (327–289 гг. до н. э.), который сказал: «Разве, когда у власти человеколюбивый правитель, опутывают народ сетями [закона]?». <sup>49</sup>

Антииерархическая структура «сетевого государства» распространяется и на систему его ценностей, ни одна из которых не закрепляется в качестве высшей. Принципу гуманизма в современном понимании (см., напр., ст. 2 Конституции РФ) тем самым противопоставляется расширительно истолкованный принцип равенства. Сетевое государство не нацелено против человека, оно всего лишь приравнивает его к прочим ценностям.

Такая ситуация прямо вытекает из кибернетического подхода, предполагающего сосредоточение на общих особенностях управления в технических, социальных и биологических системах при абстрагировании от их различий. Трансформация науки в идеологию превращает абстрагирование в игнорирование. Как замечает Э. Я. Баталов, «властвующий в технократической утопии принцип рациональности и эффективности не делает никаких “скидок” на специфику социального, выступая в качестве пробного камня нравственности, политики, культуры». <sup>50</sup>

<sup>44</sup> *История тайных обществ* / отв. ред. Л. Ключник. М., 2007. С. 112.

<sup>45</sup> *Федоров* // Советский энциклопедический словарь / предс. науч.-ред. совета А. М. Прохоров. М., 1981. С. 1414.

<sup>46</sup> *Современная западная социология. Словарь*. С. 31, 352.

<sup>47</sup> *Глаголев В. С. Религиозно-идеалистическая культурология...* С. 31.

<sup>48</sup> *Бард А., Зондерквист Я. НЕТОКРАТИЯ. Новая правящая элита и жизнь после капитализма*. СПб., 2004. С. 211.

<sup>49</sup> *Голоскоков Л. В. О перспективах развития «сетевого» права в России* // Правоведение. 2006. № 3. С. 218.

<sup>50</sup> *Баталов Э. Я. В мире утопий. Пять диалогов об утопии, утопическом сознании и утопических экспериментах*. М., 1989. С. 134.

Воплощение идеологии в технологию превращает игнорирование в прямое отрицание. «Для компьютерной системы, управляющей сетевым обществом, не будет разницы между бутылочной пробкой и человеком — и то, и другое будет для нее узлом Сети, имеющим свой идентификационный номер».<sup>51</sup>

Сетевой принцип является великим уравнивателем не столько потому, что отрицает иерархию, сколько из-за того, что всегда позволяет воспользоваться обходным маршрутом, оказавшись по ту сторону добра и зла, истины и лжи, правомерности и противоправности. К технике неприменимы понятия и оценки, предназначенные для человека, и, делая технику основой общества, а технические законы — принципами общественного развития, государство становится нейтральным по отношению к человеку, оставляя его наедине с собственной отчужденностью. И это равнодушие влечет для принципа гуманизма куда более значительные последствия, чем враждебность, поскольку не ограничивается рамками конкретного конфликта.

Отказ от антропоцентризма, господствующего в общественном сознании с эпохи Возрождения, означает новый этап в истории человечества. Но компьютерное происхождение задает сетевой геометрии явную техноцентрическую ориентацию. Отрицание иерархии может обернуться утверждением новой иерархии. Относительная самостоятельность формы государства от его содержания позволяет основывать их, по сути, на противоположных принципах. Похожее уже было, когда в 1861—1865 гг. Конфедеративные Штаты Америки сражались за рабство под лозунгом свободы союза.

«*Сеть*», *сотканная из противоречий*. Основное противоречие сетевого государства есть противоречие между кибернетическим характером его технической основы и синергетическими свойствами сетевой структуры, внедряемой ради востребованности этой основы. Одной из сторон данного противоречия выступает противоположность между разветвленностью сетевой структуры и линейным характером научно-технического прогресса, породившим потребность в ее внедрении. Отказ от иерархии в обществе производится для сохранения иерархии в технике, выражающейся в приоритете новой техники над старой, сложной — над простой и т. д.

Казалось бы, темпы научно-технического прогресса не дают оснований для опасений за его судьбу. Но на самом деле «осевое» техническое мировоззрение находится под серьезной угрозой. Возможность чисто технического способа удовлетворения человеческих потребностей приближаются к своему пределу. Иными словами, техника скоро не сможет развиваться по-старому.

Однако возможности развития вообще не должны ограничиваться одним-единственным вариантом в виде строящейся снизу вверх пирамиды, на вершине которой — светлое утопическое будущее. Теоретически можно предположить, что время нелинейно, что оно может быть искривлено не меньше, чем пространство. Так, М. Кастельс признает,

<sup>51</sup> Филимонов В. П. Святое православие и тайна беззакония — XXI век. Б. м., 2005. С. 286.

что «возникающая логика новой социальной структуры нацелена на непрерывное вытеснение времени как упорядоченной последовательности событий». <sup>52</sup>

Тогда отмечаемый им феномен «конфликтной дифференциации времени, понимаемой как влияние противостоящих социальных интересов на последовательность явлений» <sup>53</sup> — это один из своего рода «релятивистских эффектов», возникающих при приближении человечества к сингулярности. <sup>54</sup> В системе «общество — техника» сингулярность выглядит как точка, после прохождения которой пути развития техники и общества более не смогут совпадать. Ведь последниея человеческая потребность, которую можно будет удовлетворить созданием новой техники, — потребность в научно-техническом творчестве как самореализации личности — перестанет иметь отношение к обогнавшему человеческие возможности научно-техническому прогрессу, польза от которого обществу пересечет нулевую отметку.

Стремление оттянуть этот роковой момент путем изменения общества воплотилось в концепции «сетевого государства», основное противоречие которого является лишь отражением кризиса системы «общество — техника», незаметного при рассмотрении компонентов этой системы по отдельности. Накладываясь на уже существующие общественные противоречия, это чисто техническое противоречие способствует их отторжению, которое, в свою очередь, будет поводом для дальнейшей технизации общества. Невозможность отследить истинную причину возникающих проблем, скрытую за множеством связей, лишает общество свободы в выборе путей своего развития.

«Сеть» расставляется, чтобы в ней запутались. Путаница, возникающая за счет внутренней противоречивости избираемых моделей управления, объединяющих противоположные принципы, продолжается в жонглировании понятиями, их обозначающими. И конфедеративное устройство, хорошо известное юридической науке своими недостатками, превращается в невдомую сетевую геометрию, которой прочат великое будущее.

Сетевое государство заимствовало из информатики не только свое название и принцип организации, но и способ самоутверждения. Как разъяняет Ю. И. Журавлев, «нужно время от времени примерно одно и то же называть другими словами. Это просто нормальное развитие одной и той же идеологии, но на разных ступенях. Поэтому вдруг возникают системный анализ, нейронные сети *etc*». <sup>55</sup> Поэтому же для «правил игры» информационного общества изобретают новое название, которое подчеркивало бы их отличие от права, их неюридический характер. Поэтому же появилось понятие «сетевое государство», обозначающее лишь новую стадию в развитии конфедерализма.

<sup>52</sup> Кастельс М. Информационная эпоха... С. 434.

<sup>53</sup> Там же.

<sup>54</sup> Подробнее о сингулярности см., напр.: *Singularity Summit 2007* // [www.singinst.org/summit2007](http://www.singinst.org/summit2007)

<sup>55</sup> Медовников Д. Алгебра высоких технологий: Беседа с акад. Ю. И. Журавлевым // Эксперт. Лучшие материалы. 2008. № 5. С. 20.

Ситуация, однако, осложняется тем, что, как отмечал Г. В. Швек, «преемственность в праве не всегда столь открыта и очевидна, как, например, в науке и технике. Иногда ее процессы протекают латентно, иногда сознательно затушевываются или скрываются теми или иными социальными силами».<sup>56</sup> Одним из способов подобного «запутывания следов» является использование терминов, взятых из других областей знаний. «Пророки технологии, — отмечает М. Кастельс, — проповедуют новый век, перенося на социальные тенденции и организацию слабо понятную логику компьютеров и молекулярной генетики».<sup>57</sup>

Но все эти объективные трудности не освобождают теорию государства от необходимости выявления связей между формами государств прошлого и настоящего. Экспансию компьютерной терминологии можно перенаправить в конструктивное русло, воспользовавшись ею для развития уже существующих в правоведении подходов и учений в новых направлениях.

Казалось бы, противоречивость сетевого государства исключает возможность его реального существования. Тем не менее попробуем ее обосновать. Для этого очень подходит компьютерный термин «виртуальность». Виртуальность определяется как «прием, используемый программистом для построения условной ЭВМ (на реально существующей ЭВМ) с характеристиками, удобными для пользователя».<sup>58</sup>

Если учесть, что государство — это тоже своего рода машина управления, то виртуальность в государствоведении следует определить как прием, используемый для построения условного государства с нужными характеристиками на базе реально существующего государства. Виртуальность государства следует отличать от его фиктивности.<sup>59</sup> У фиктивного государства юридическое оформление не соответствует фактическому состоянию. При виртуальности же реальное состояние создает иллюзию виртуального, которое более «дружественно» пользователю-гражданину, чем реальность.

На виртуальность государства полностью распространяются признаки объектов виртуальной реальности, сформулированные в постклассической науке: «Эти объекты онтологически равноправны с порождающей их “константной” реальностью и автономны; при этом их существование полностью обусловлено перманентным процессом их воспроизведения порождающей реальностью — при завершении указанного процесса объекты “виртуальной реальности” исчезают».<sup>60</sup>

Компьютеризация государства создает проблемы с определением его формы, осложняя ее виртуальностью. «Персональный компьютер,

<sup>56</sup> Швек Г. В. Прогресс и преемственность в праве // Советское государство и право. 1983. № 1. С. 41.

<sup>57</sup> Кастельс М. Информационная эпоха... С. 27–28.

<sup>58</sup> Виртуальность // Краткий словарь современных понятий и терминов / сост. и общ. ред. В. А. Макаренко. 2-е изд. М., 1995. С. 69.

<sup>59</sup> Смешение этих понятий см., напр.: Бабурин С. Н. Мир империй: Территория государства и мировой порядок. СПб., 2005. С. 569.

<sup>60</sup> Виртуальная реальность // Всемирная энциклопедия. Философия XX век / гл. науч. ред. и сост. А. А. Грицанов. М., 2002. С. 141.

подключенный к Интернету, — недоумевает Ф. Фукуяма, — это реализация оруэлловского телекрана. Но этот телекран вместо того, чтобы стать инструментом централизации и тирании, привел к совершенно обратному: демократизации доступа к информации и децентрализации политики». <sup>61</sup> На самом деле компьютеризация сделала тотальный контроль за каждым не только возможным, но и активно внедряемым ради защиты и развития той самой демократии, которая, по идее, должна его полностью исключать. Демократия становится все виртуальнее.

Понятие виртуальности государства проясняет и загадку формы государственного устройства СССР, который, будучи объединением суверенных республик, казалось, действовал как унитарное государство. Виртуальностью можно объяснить и более ранние «чудеса», происходившие с конфедеративной формой государственного устройства. «Мнимое шведско-норвежское государство, — отмечал Г. Еллинек, — в один миг исчезло без следа, как только Норвегия нарушила унию». <sup>62</sup>

Конфедерация успешна только тогда, когда прячет свою слабость под маской виртуальной державности. Модель «сетевого государства», видимо, предполагает противоположное: рыхлое государственное объединение на «стальном каркасе» единого государства. Правда, для некоторых государств такая виртуальность может обернуться реальностью, послужив моделью для отработки их расчленения.

**Сетевое государство и Российская Федерация.** Появление понятия «сетевое государство» поднимает вопрос о его использовании в государственном устройстве России. Это потребует его изменения, что в любом случае представляет опасность. «Попытки восстановить унитарное государство или сползание к конфедерации с очень большой долей возможности приведут к варианту окончательного развала России и ее исчезновения с политической карты мира». <sup>63</sup>

«И эта самая опасная тенденция, которая могла уничтожить российскую государственность, — пишет о центробежных тенденциях после распада СССР В. Д. Зорькин, — во многом преодолена. Хотя говорить о полном прекращении влияния центробежных сил еще рано». <sup>64</sup> В таких условиях М. Кастельс в соавторстве с Э. Киселевой занялся проблемой построения в России сетевого общества. Результаты их исследования представляют для нашей темы несомненный интерес, особенно раздел, озаглавленный «Реконструкция политических институтов: российское сетевое государство?». Несмотря на многословие формулировок, начало этого раздела стоит процитировать целиком.

«На первый взгляд, — отмечается в нем, — политическая архитектура, которую предложила команда Ельцина для замены Советского

<sup>61</sup> Фукуяма Ф. Наше постчеловеческое будущее... С. 14–15.

<sup>62</sup> Еллинек Г. Общее учение о государстве. 2-е изд., испр. и доп. СПб., 1908. С. 561.

<sup>63</sup> Как предотвратить распад России // Деловые люди. 1993. № 3. С. 46–49 (цит. по: Федеративные отношения и региональное управление в России: пути реформирования. Научно-аналитический обзор ИНИОН. 1994. С. 12).

<sup>64</sup> Зорькин В. Д. Об угрозах конституционному строю в XXI веке и необходимости проведения правовой реформы в России // Журнал российского права. 2007. № 6. С. 3.

Союза, подобна смелому проекту сетевого государства информационной эпохи. Российская Федерация была задумана как стратегический узел супернациональной конфедерации — Содружества Независимых Государств, внутренне децентрализованной в виде сложной сети республик, областей, краев, округов, автономных территорий и муниципалитетов, которые были поощряемы взять, словами Ельцина, «так много автономии, с какой справиться». И они действительно попытались это сделать. Некоторые республики, такие как Чечня, Татарстан и Башкирия, объявили независимость».<sup>65</sup>

Вкратце говоря, по проекту сетевого государства Россия должна стать всего лишь одним из узлов конфедеративной сети наряду (и наравне) со своими пока еще субъектами Федерации, которые должны объявить независимость. Причем знак вопроса в конце заголовка не следует понимать как возможность альтернативного «сетевизации» (т. е. конфедерализации) пути развития (например, сохранения федерации), ибо в конце озаглавленного раздела альтернатива только одна — новый российский кризис и либо утрата национального политического единства, либо путь чрезвычайных политических мер.<sup>66</sup>

Но это — в конце, а вслед за эффектным началом раздел о российском сетевом государстве почти весь посвящен рассмотрению конфедеративных тенденций в отношении между федеральным центром и субъектами РФ. Кроме проблем, касающихся российского федерализма, там упоминаются только международные связи (в основном финансового характера), которые к теории государства не имеют отношения. Для России (и не только) проект сетевого государства, по Кастельсу, сводится к введению новой формы государственного устройства.

Наконец, итог названного раздела — выдвижение прогноза о реконструкции Российской Федерации, весьма напоминающего известную идею З. Бжезинского об ослаблении России путем трансформации ее из федерации в конфедерацию. «Может возникнуть новый вид политико-институциональной сети с регионами, становящимися все более автономными... это может быть сеть, основанная на большей региональной автономии, с горизонтальными отношениями между региональными правительствами и гибкими договорными отношениями с Москвой. Центр мог бы стать более слабым, но сохранить за собой координационную и связующую роль. Фактически, как это ни парадоксально, проект Ельцина истинно децентрализованной федеральной системы может быть в итоге реализован».<sup>67</sup>

Трансформированная Россия видится «как разорванная сеть институтов, что в целом подрывает практику политического суверенитета».<sup>68</sup> Под политическим суверенитетом здесь явно понимается суверенитет России как целого, а под автономией (которой на с. 45 неточно переведенный Ельцин обещает регионам «сколько проглотят») — именно

<sup>65</sup> Кастельс М., Киселева Э. Россия и сетевое общество... С. 45.

<sup>66</sup> Там же. С. 48.

<sup>67</sup> Там же.

<sup>68</sup> Там же. С. 49.

суверенитет субъектов союза. Неудивительно, что, по признанию авторов, «это противоречит традиционному формальному подходу в терминах моделей федерализма». <sup>69</sup> Ведь «сетевое государство», в которое предлагается превратить Россию, по сути, воспроизводит под другим названием все признаки того, что в федерализме обозначается термином «конфедерация».

С учетом сказанного, любопытны высказывания в юридической литературе, представляющие идею «сетевизации» России в качестве свершающегося факта. «Российское государство, — пишет Л. В. Голоскоков, — уже начало преобразовываться в сетевое государство в соответствии с концепциями строительства информационного общества». <sup>70</sup> То же самое он повторяет в другой своей статье, <sup>71</sup> но на этот раз делает ссылку на Концепцию правовой информатизации России, утв. Указом Президента РФ от 28 июня 1993 г. № 966. <sup>72</sup>

Однако в названной Концепции понятие «сетевое государство» даже не упоминается. Говорится только о различных технических сетях (сетях правовой и иной социальной информации, сетях телекоммуникаций, транспортных сетях, коммерческих сетях, информационно-вычислительных сетях, сетях телеобработки, сетях передачи данных и т. п.). Зато нелишне напомнить Концепцию национальной безопасности, утвержденную четырьмя годами позже Указом Президента РФ от 17 декабря 1997 г. № 1300, <sup>73</sup> в которой недопущение трансформации федеративных отношений в конфедеративные было названо главной целью защиты российского федерализма.

**Сетевая угроза.** По мнению Ю. Рыжова, «сейчас главные угрозы исходят от сетевых структур, где нет единого центра, нет формализованной государственности». <sup>74</sup> Сетевые структуры не просто конкурируют со «старыми» государствами, но вступают с ними в прямую конфронтацию. Приход информационного общества не обещает быть мирным.

Децентрализация власти может привести к утрате ею публичного характера, к ее приватизации и «уходу в тень». Непостоянство и иррегулярность сетевой структуры ослабляют ее авторитет. Недостаток авторитета вынуждает полагаться на силу. Это снова дает нам повод вспомнить об опыте конфедераций прошлого.

Как отмечал А. Д. Градовский, «остается только одно средство, которое практиковалось в старом Германском союзе, а именно, так называемая союзная экзекуция, состоящая в том, что одному или нескольким союзным государствам поручается с помощью военной силы привести в исполнение распоряжения сейма. Эта экзекуция есть не что иное, как

<sup>69</sup> Там же.

<sup>70</sup> Голоскоков Л. В. О проблеме формирования сетевого права // Право и образование. 2006. № 4. С. 178.

<sup>71</sup> Голоскоков Л. В. О перспективах развития «сетевого» права в России. С. 218.

<sup>72</sup> САПП РФ. 1993. № 27. Ст. 2521.

<sup>73</sup> СЗ РФ. 1997. № 52. Ст. 5909.

<sup>74</sup> Емельяненко А. Пагуош себя не исчерпал. Международное движение ученых критикует тактику перед лицом новых угроз. Интервью с акад. РАН Юрием Рыжовым // Российская газета. 2007. 7 июля. С. 5.



замаскированная война».<sup>75</sup> Вот такая stealth-технология из XIX в.! Может быть, именно незаметность войн и является той внешней ценностью, ради которой современное государство готово пожертвовать своей стабильностью?

«Столкновение это, — писал об экзекуции А. С. Яценко, — будет не мятежом, а войною, т. е. одной из форм международно-правового судебного процесса»,<sup>76</sup> причем формой, ныне запрещенной международным правом; переход же к сетевым принципам может послужить оправданием в преодолении этого запрета.

И это, увы, отвечает современным требованиям. Авторитет держится на доверии, а не на знаниях и способен препятствовать научно-техническому прогрессу, ведя к догматизму и застою. «С формами правления, — отмечал еще Д. Юм, — дело обстоит не так, как с другими искусственными изобретениями, где можно выбросить старую машину, если мы можем изобрести другую, более точную и удобную, или где можно спокойно провести испытания, даже если успех сомнителен. Установленная система правления имеет бесконечное преимущество именно из-за того обстоятельства, что она уже установлена, ибо основная масса человечества управляется авторитетом, а не разумом и никогда не придает вес тому, что не имеет рекомендации прошлого».<sup>77</sup> Поэтому все, что подрывает авторитет власти, соблазнительно считать прогрессивным.

Внедрение модели сетевого государства стало актуальным не в силу каких-то новых преимуществ перед существующими формами государственности. Сетевое государство нужно только ради самого перехода форм государства к прогрессивному развитию по образцу происходящего в науке и технике. Сетевое государство не прогрессивнее других форм государства — оно есть единственная прогрессивная форма государства, если понимать прогресс в обществе как уподобление общественных процессов научно-техническим. Тем более что новые возможности, предоставляемые прогрессом технических средств принуждения, позволяют власти сохранить эффективность и без опоры на авторитет. Стремление к духовной свободе удовлетворяется путем отчуждения свободы физической. Первая остается за свободными творцами новых знаний, составляющими информационное общество, вторая всецело вручается сетевому государству.

Деятельность государства в информационном обществе, чтобы быть замеченной и положительно оцененной, должна быть зрелищной и эффективной. Рейтинг здесь важнее авторитета.

Вместо длительной кропотливой работы по установлению правопорядка, практиковавшейся в прошлом, в моду входят мгновенные акции шокового характера. Многолетней осаде предпочитают технологический

<sup>75</sup> Градовский А. Д. Программа лекций по государственному праву, читанных в 1877/8 акад. году [Рукопись]. Б. м.: Литогр. Боровкова, б. г. С. 791.

<sup>76</sup> Яценко А. С. Теория федерализма. С. 314.

<sup>77</sup> Юм Д. Идея совершенного государства // О свободе. Антология западноевропейской классической либеральной мысли. М., 1995. С. 98 (цит. по: Поляков А. В. Общая теория права. Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. Курс лекций. СПб., 2004. С. 555).

блицкриг. Индивидуализация наказания, его соразмерность правонарушению и другие принципы юридической ответственности противоречат ускоряющемуся ритму жизни, не оставляющему времени на выяснение истины по делу и требующему наказания «в режиме реального времени».

Замена регулярного государства сетевой структурой требует обновления и способов принудительного воздействия. Отказ от подчиненности, по сути, превращается в одобрение «подтеррорности». «Короче говоря, — пишет М. Кастельс, разумеется, имея в виду не свою концепцию, — все утопии ведут к террору при реальных попытках их осуществления».<sup>78</sup>

Концепция сетевого государства рассчитана не на выход из кризиса государственности, а на его перманентное воспроизводство. «Сетевая логика, — разъясняет М. Кастельс, — нужна для структурирования неструктурированного при сохранении в то же время гибкости, ибо неструктурированное есть движущая сила новаторства в человеческой деятельности».<sup>79</sup> Сеть является формой самоорганизации хаоса, и чтобы появилась сеть, нужно создать хаос.

Из этого правила нет исключений. Даже сетевая структура Евросоюза сформировалась в процессе, определенным толчком к которому послужила Вторая мировая война. Как пишет М. Арах, «только новое вооруженное столкновение помогло политически и экономически истощенным европейским соперникам наконец-то понять необходимость построения общего будущего».<sup>80</sup> Казалось бы, цена прогресса неприемлема.

Но там, где хаос уже есть, например в «горячих точках», сетевая геометрия оказывается весьма кстати. Тем более что «горячие точки» являются еще и очагами международного терроризма, благодаря которому хаос начинает распространяться на вовлекаемые в конфликт иностранные государства. «И терроризм, и антитеррористические действия, — обобщают М. Кастельс и Э. Киселева, — используются массмедиа для внесения сумятицы в сознание людей посредством нагнетания атмосферы разрушения, страха, запугивания, вне всякой связи с реальными материальными последствиями этих ограниченных действий».<sup>81</sup> А по пятам этого самовоспроизводящегося хаоса победоносно шествует сетевая геометрия.

«Сетевая угроза, — отмечает Ю. Рыжов, — проявляется сегодня в террористических формах. Больших вооруженных формирований пока не отмечено. Даже “Талибан” не имел всех признаков государственности, это тоже была сеть и ею останется. В то время как цивилизованный мир представляет собой иерархическую систему, где есть центр, подчиненные и управляемые системы».<sup>82</sup> Оговоримся: пока представляет. «Страны, поддерживающие терроризм» служат всего лишь полигоном для отработки новых моделей управления. И «невидимые войны» — только один из их элементов.

<sup>78</sup> Кастельс М. Информационная эпоха... С. 487.

<sup>79</sup> Там же. С. 77.

<sup>80</sup> Арах М. Европейский Союз: видение политического объединения / пер. со словенского. М., 1998. С. 50.

<sup>81</sup> Кастельс М., Киселева Э. Россия и сетевое общество. С. 26.

<sup>82</sup> Емельяненко А. Пагуош себя не исчерпал. С. 5.

Каковы же результаты этих испытаний? Что уже можно сказать наверняка о юридических свойствах сетевых структур? Как ни странно, «сеть» оказалась заложницей собственного совершенства.

Чтобы это объяснить, нам придется обратиться к теории правового аутопойезиса. «М. Ван Де Кершов и Ф. Ост, — сообщает П. Л. Гальперина, — понимают аутопойетическую систему как механизм, организованный в виде сети процессов производства компонентов, сами компоненты, благодаря постоянному взаимодействию и трансформации, бесконечно регенерируют сеть процессов воспроизводства».<sup>83</sup> Организация людей по принципу аутопойетической сети превращает их в расходный материал для ее технической основы. Например, гибель террористической организации не потерей, а завершением технологического цикла их подготовки. Люди гибнут, сеть остается.

Бессмертному не нужен инстинкт самосохранения. Неуничтожимость сети лишает ее всякой осмотрительности. Сетевые структуры способны предпринимать такие авантюры, на которые не решилось бы даже самое деспотическое государство. Ирак без Саддама не стал безопаснее Ирака при Саддаме. И, к сожалению, этот пример — не единственный.

То, как опасно ставить на сетевую структуру, показал опыт самопровозглашенной Ичкерии, брошенной масхадовским режимом в огонь «партизанской войны». Фактическая независимость, достигнутая ценой стольких бедствий, без колебаний была принесена в жертву весьма сомнительной идее «кавказской конфедерации в составе всемирного халифата». Для «сети», выставленной на левиафана — существующее со времен Т. Гоббса суверенное государство-нацию, — естественным состоянием почему-то все время оказывается «война всех против всех».

«У неправового мирового хаоса, — считает В. Д. Зорькин, — есть одно право — право сильных и агрессивных: это не только “право” сверхдержавы, но и “право” диктаторов, “право” лидеров мафиозных и террористических сообществ».<sup>84</sup> Отрицание правопорядка только способствует дальнейшему росту «индустрии прав», умножая количество центров силы, нуждающихся в юридическом обосновании своих притязаний. Развитие общества подходит к рубежу, за которым право превращается в свою противоположность — неправо.

Перенос сетевой геометрии на правовую сферу означал бы отказ от каких-либо преимуществ правомерного поведения над противоправным, равно как и от монополии государства на применение принудительной силы. Под правозащитными лозунгами процессуальное равенство обвиняемого и обвинителя легко превращается в материальное равенство правонарушителя и жертвы правонарушения. Политика «двойных стандартов» находит свое юридическое обоснование в правовом плюрализме. И если конфедеральное право является редким исключением, лишь подтверждающим международное право, то рост числа подобных исключений ставит существующий правопорядок под сомнение.

<sup>83</sup> Гальперина П. Л. Понятие правовой системы и теория правового аутопойезиса // Правоведение. 2005. № 6. С. 168.

<sup>84</sup> Зорькин В. Д. Об угрозах конституционному строю... С. 6.

Конечно же, сетевой принцип не связан с терроризмом жестко. Далеко не любая сетевая структура есть террористическая организация. Но полиархия всегда была чревата междуусобными войнами с последующей иностранной интервенцией. Террористические акты в информационном обществе провоцируют не менее разрушительные контртеррористические операции, и вне этой эскалации насилия уже сегодня не остается ни одно сколько-нибудь развитое государство. «Глобальный или локальный терроризм, — пишет М. Кастельс, — повсеместно рассматривается как основная угроза конца этого (книга 2000 г. — Г. К.) тысячелетия. Но я полагаю, что это только умеренное начало».<sup>85</sup> «Терроризация» всех государств, судя по всему, является второй после компьютеризации стадией их «сетевизации». Осуществлять власть «из подполья» кажется теперь более безопасным, нежели действовать открыто.

А новые методы управления, в свою очередь, потребуют новых технологий, помогая сетевому государству выполнять поставленные перед ним цели. Рассматривая меры, предпринятые «большой восьмеркой», З. М. Гафаров отмечает: «Предметом пристального внимания должны стать новейшие средства коммуникации, которые террористы используют... Подразумеваются, прежде всего, компьютерная сеть Интернет и частные средства кодирования передаваемой по ней информации».<sup>86</sup> Они же не менее эффективно используются в борьбе с терроризмом.

Снова техническими средствами пытаются решить политическую проблему. Опять многомиллиардные суммы вкладываются в развитие технологий. Идея сетевого государства доказывает свою экономическую выгоду, и праву необходимо это учитывать.

\* \* \*

Обобщая сказанное, следует заметить, что сетевое государство — это не отдаленная перспектива, а реальная угроза для конституционных основ Российской Федерации. Мнение, будто «говорить о пришествии эпохи пока что весьма гипотетических “сетевых государств” очень рано»,<sup>87</sup> не способствует готовности юридической науки своевременно отреагировать на возможные попытки фактического воплощения в жизнь этого «смелого проекта». Сетевое государство как понятие уже существует — конфедеративное по форме и противоречивое по сути, компенсирующее непрочность связей за счет их обилия, а ненадежность избранного пути — множеством обходных маршрутов. Причем речь идет не о хаотическом нагромождении разнородных признаков, а об их идеальном для информационного общества сочетании в одном понятии. Осталось найти этому новому понятию правильное употребление. И от успеха в решении данной задачи не в последнюю очередь зависит будущее нашего государства.

<sup>85</sup> Кастельс М. Информационная эпоха... С. 510.

<sup>86</sup> Гафаров З. М. Преступления международного характера в глобализующемся мире. М., 2006. С. 228.

<sup>87</sup> Мамут Л. С. «Сетевое государство»? С. 12.

## ДРУЖИННАЯ СЛУЖБА В ДРЕВНЕРУССКОМ ГОСУДАРСТВЕ

Н. А. МАКСИМОВА



Максимова Наталья Анатольевна,  
к. ю. н., доцент, докторант СГАП

Система российской государственной службы сложилась не сразу, пройдя длительный путь эволюционного развития. Опыт, накопленный государственной службой и выделенный в качестве закономерностей и важнейших характеристик, достоин изучения и распространения.<sup>1</sup> Необходимо постоянное обращение к урокам истории, творческое осмысление взаимосвязи прошлого и современных проблем, преемственности в развитии правотворчества.

В современном российском законодательстве термин «дружина» встречается довольно часто, преимущественно во внутриведомственных актах<sup>2</sup> и изредка в тех или иных законопроектных предложениях.<sup>3</sup> Но современная трактовка этого понятия далека от его исходного значения, поскольку замыкается на уровне понимания тех или иных подразделений в структуре целого аппарата, и не обязательно государственного.<sup>4</sup> Древнерусская же дружина

© Н. А. Максимова, 2008

<sup>1</sup> *Атаманчук Г. В.* Сущность государственной службы: история, теория, закон, практика. М., 2003. С. 12, 29; *Манохин В. М.* Служба и служащий в Российской Федерации: правовое регулирование. М., 1997. С. 58; *Старилов Ю. Н.* Административное право. В 2 ч. Ч. 2. Кн. 1. Воронеж, 2001. С. 253.

<sup>2</sup> См., напр.: *Приказ МЧС России от 23 декабря 2005 г. № 999 «Об утверждении Порядка создания нештатных аварийно-спасательных формирований»* // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2006. № 6; *Приказ МВД России от 2 апреля 2001 г. № 390 «О введении в действие Порядка создания подразделений добровольной пожарной охраны и регистрации добровольных пожарных»* // Там же. 2001. № 20.

<sup>3</sup> См., напр.: *Постановление Законодательного Собрания Краснодарского края от 9 октября 2002 г. № 1684-П «О законодательной инициативе Законодательного Собрания Краснодарского края по внесению проекта Федерального закона «Об участии граждан Российской Федерации в охране общественного порядка»* // Информ. бюллетень Законодательного Собрания Краснодарского края. 2002. 18 нояб.

<sup>4</sup> См., напр.: *Закон Волгоградской области от 9 июля 1996 г. № 69-ОД «О добровольных народных дружинах»* (в ред. от 15 июня 2006 г.) // Волгоградская правда. 2006. 5 нояб.; *Закон Санкт-Петербурга от 8 ноября 2001 г. № 760-95 «Об участии граждан в обеспечении правопорядка в Санкт-Петербурге»* (в ред. от 25 ноября 2002 г.) // Вестник

олицетворяла собой единственное образование, с которым и ассоциировалась публичная власть.

Первый опыт государственной службы не случайно приходится на IX — начало XI в. и связан с зарождением, становлением и развитием дружины как организационно-публичного феномена. Разумеется, о появлении государственной службы в IX в. трудно говорить однозначно, но уже тогда закладывается ее кадровый потенциал, формируются публично-правовые признаки.

На начальном этапе, когда еще сильна родовая основа славянских племен, уже начинает формироваться общинный быт,<sup>5</sup> допускающий частную собственность, а значит, и возможность выделиться из общей массы людям, которые сильнее и богаче других. Таким образом, в основу социальной стратификации древнерусского общества закладывается принцип экономического превосходства, позволяющего наиболее зажиточным землевладельцам брать на себя особую роль в управлении делами общины, оставаясь при этом юридически равными среди других. В летописи Нестора уже встречаются специальные упоминания о славянских «волостелях» у древлян и ильменских словен (новгородцев); последние избрали себе князя — старейшину Гостомысла.<sup>6</sup> На фоне первоначальных классовых преобразований, с одной стороны, проявляется вечевого (общинный) характер управления, а с другой — преимущественно там, где еще сильны родовые начала, — княжеский (патримониальный). Постепенно интересы княжеского управления выходят за пределы рода. На данном этапе начинают проявляться и аристократические элементы, но они выступают экономическим следствием, которое само по себе, в отрыве от дружинного фактора, еще не составляло чего-то цельного, самодовлеющего и определяющего.<sup>7</sup>

Дружина помогает князю в охране волости от внешних врагов и в поддержании внутреннего порядка, сочетая в своей деятельности военное и гражданское назначение. Отношения князя и дружины строились на свободном договоре, и само вступление в нее и выход из нее были свободными; такие действия дружинников чаще определялись их имущественными интересами.<sup>8</sup> Княжеская дружина долгое время комплектовалась исключительно из пришельцев-варягов, а участвовавшие в походах князя земцы составляли отдельное войско, возглавляемое своими военачальниками — тысяцкими. Только с правления Ярослава Мудрого княжеская дружина стала постепенно наполняться славянами.

Очевидно, что земские бояре, стоящие во главе общины, и дружинники представляли собой высший класс древнерусского общества. Но

---

Законодательного Собрания Санкт-Петербурга. 2001. 25 дек.; Закон города Москвы от 26 июня 2002 г. № 36 «О Московской городской народной дружине» (в ред. от 30 января 2008 г.) // Ведомости Московской городской думы. 2002. № 8. Ст. 162.

<sup>5</sup> См.: Платонов С. Ф. Полный курс лекций по русской истории. Ярославль, 2001. С. 39.

<sup>6</sup> *Повесть временных лет* / пер. Д. С. Лихачева. М., 2003. С. 8.

<sup>7</sup> Как раз наоборот, материальный рост, который выступал, казалось бы, одним из важных факторов служебной мотивации, приводил к выхолащиванию служебной линии из русской дружины и, как показывает история, был деструктором социально-политической иерархии.

<sup>8</sup> *Ипатьевская летопись* (862–882 гг.) // ПСРЛ. Т. 2. 2-е изд. СПб., 1908. С. 15–16.

лишь в случае сближения князя с земщиной, которая, впрочем, не зависит от князя и распределяет земли, власть князя делается прочнее и принимает государствовоподобный характер,<sup>9</sup> и только тогда все жители разделяются на служилое (высшее) и несслужилое (низшее) сословия, а бояре, чтобы сохранить свое значение, стремятся войти в служилое сословие.

Если князь не упрочивал свое положение в земщине, был велик риск его изгнания или перехода в другой удел, а сама дружина, лично зависимая от князя, следовала за ним, чтобы не быть изгнанной земцами или дружинниками нового князя. При таком положении дружинники не могли составить особую социальную прослойку, что не исключало иного княжеско-дружинного варианта государственного развития (в отличие, например, от Новгородской республики).<sup>10</sup>

История становления государственности на Руси пошла по пути построения службы как особого рода деятельности, хотя и поставленной изначально на основу личных взаимоотношений и взаимозависимостей. Поэтому первый опыт служебной или квазислужебной деятельности в России приходится на такие социально-организованные образования, как дружины.

Дружина — это служившие князю на основе личных имущественных связей люди, отличающиеся хорошей подготовкой к ведению и/или организации боевых действий. Дружина вела кочевой образ жизни, от княжества к княжеству, поскольку собственному содержанию оседлый образ жизни явно не содействовал, и куда прибыльнее было переходить от одних земель к другим,<sup>11</sup> получая и исчерпывая их ресурс. Возможно, поэтому дружина не пользовалась особой популярностью у местничества (земщины) и ассоциировалась с варварством,<sup>12</sup> следы которого обнаруживаются даже на самых дальних рубежах обозримой территории.<sup>13</sup>

Дружинники были вольнонаемными служащими; характер и время их отношений с князем определялись степенью выгодности его «посулов», даров, распределением военной добычи и, не исключено, личных отношений. Также сами дружинники могли видеть в службе средство удовлетворить свое честолюбие, возможность показать свою удаль и побиться за Русскую землю.<sup>14</sup> Это не позволяло рассматривать отношения в рамках дружины как чисто служебные, стиль, дисциплина которых во многом зависели от авторитета князя и отдельных дружинников. Но нельзя однозначно отвергать служебный характер дружины,<sup>15</sup> поскольку основное ее

<sup>9</sup> *Ключевский В. О.* Курс русской истории // Соч. В 9 т. М., 1987. Т. 1. С. 207–208.

<sup>10</sup> См.: *Соловьев С. М.* История России с древнейших времен // Соч. В 18 кн. Кн. 1. М., 1988. С. 225–235.

<sup>11</sup> См., напр.: *Беляев И. Д.* История русского законодательства. СПб., 1999. С. 107.

<sup>12</sup> *Костомаров Н. И.* Начало единодержавия в Древней Руси. М., 1994. С. 134–138.

<sup>13</sup> По свидетельству Прокопия Кесарийского, славяне «свирепствовали повсюду, совершая набеги почти каждый год, «с тех пор как Юстиниан воспринял власть над ромеями, и творили ужасное зло тамошним людям» (*Свод древнейших письменных известий о славянах*. М., 1991. С. 203).

<sup>14</sup> *Архипова Т. Г., Румянцева М. Ф., Сенин А. С.* История государственной службы в России XVII–XX в. Учеб. пособие. М., 2001. С. 5; *Фроянов И. Я.* Рабство и данничество. СПб., 1996. С. 491–492.

<sup>15</sup> См., напр.: *Градовский А. Д.* Начала русского государственного права // Собр. соч. СПб., 1908. Т. 8. С. 27 и сл.

предназначение состояло в том, что выходило за пределы ее внутренней организации и проявлялось в профессиональном выполнении боевых задач, возлагаемых на нее князем лично либо по ходатайству земств; с этой задачей воинская община «друзей» справлялась.

Позднее дружина начинает выполнять функцию публичного принуждения. Князь оформлял свою власть введением на новых территориях местной «дружинной» администрации. В осуществлении законодательной и судебной власти ему помогали представители дружинной знати.<sup>16</sup> Этим обуславливается обособленное от земств расселение дружинников, закладывается пространственный «остов» будущей княжеской государственности.

Усложнение задач объективно привело к относительному совершенствованию внутрисоциальных связей князя и дружины, а также между самими дружинниками. Отмечается уже подразделение состава дружины на старших и младших дружинников, первоначальным критерием чего был возраст.<sup>17</sup> Конечно, о сословном характере связей внутри дружины говорить не приходится, поскольку названный критерий был довольно условным и не являлся существенным препятствием для того, чтобы, скажем, члены младшей дружины переходили в разряд старших или даже бояр по иным обстоятельствам. Однако в конечном счете статус члена дружины зависел от статуса князя. Иными словами, уже налицо первые элементы внутриорганизационной иерархии с единым центром, имеющей лишь фрагментарное и отдаленное сходство с родоплеменной лестницей.

Судя по летописным источникам и их научным трактовкам, внутреннее деление дружины происходило в связи с увеличением контингента, его социализацией по имущественному цензу и закреплялось назначениями князя. Первые должности не были многочисленными и находились на стыке военных, гражданских и даже бытовых задач.

Поначалу члены дружины именовались княжами мужами, поскольку какой-либо функциональной стратификации в дружине, помимо самого князя, не было. Рост числа дружинников, отмечаемый в летописных источниках<sup>18</sup> и влекущий естественные организационно-учетные трудности, вызвал необходимость разделения дружинников на старших и младших (при отсутствии какого-либо иного критерия — в зависимости от возраста). Термин «княжи мужи» стал относиться уже только к старшим дружинникам, к которым причисляли за заслуги после пребывания в разряде младших. Последние же получали возможность личными силами приобретать значение в дружине. Такая дифференциация и условия, как не создающие непреодолимых преград, выступали в то же время способом привлечения в дружинные ряды лучших храбрейших людей.

<sup>16</sup> См. подробнее: *Ерошкин Н. П.* История государственных учреждений дореволюционной России. М., 1968. С. 22; *Платонов С. Ф.* Лекции по русской истории. М., 1993. С. 123–124; *Пуздрач Ю. В.* История российского конституционализма IX–XX вв. СПб., 2004. С. 18.

<sup>17</sup> *Яблочков М. Т.* История Российского дворянства. М., 2006. С. 31.

<sup>18</sup> *Лаврентьевская летопись (1093) // ПСРЛ. Т. 1. Вып. 2. 2-е изд. Л., 1927. С. 218.*



Старшие дружинники являлись главными сотрудниками и советниками князя в управлении войском и княжеством, образуя княжескую «думу» («совет»); их отношения с князем строились на принципах вассалитета. В знак благодарности и оценки заслуг князь щедро вознаграждал старших дружинников, дарил им земли, иногда города, назначал наместниками.

По примеру земских бояр старшие дружинники, особенно из числа пришлых (иностранцев либо безземельных иноземцев), как получающие от князя земли, стали именоваться (либо именовать себя) княжими боярами.<sup>19</sup> С XI в. интеграция княжих бояр с земскими в качестве землевладельцев приводит к образованию единого боярского класса,<sup>20</sup> отличающегося в рамках княжеской дружины свободоволием, проявлением которого была возможность прекратить службу, отказавшись от принятых на себя обязательств по участию в военных походах.<sup>21</sup> Однако в числе старших дружинников еще остаются мужи, преданность которым князю сдерживается их срочными (ограниченными сроком) должностными назначениями в качестве наместников, посадников в городах, волостях, начальников младшего дружинного войска (воевод) или в качестве возглавляющих поместные ополчения (тысяцких). В защиту статуса старших дружинников принимается и ряд княжеских установлений, известных как Русская Правда.<sup>22</sup>

Младшая дружина, члены которой назывались гриднями, составляла основной костяк княжеского войска и подразделялась на отроков, детских, мечников, пасынков и детей боярских.<sup>23</sup> Кроме воинских обязанностей, гриди исполняли различные поручения князя, сопровождая его в качестве свиты и телохранителей, но не участвовали в княжеских советах. Главную военную силу князя составляли детские. Домашними слугами князя являлись отроки; они могли быть несвободными или наемными.

Как видно, между князем и дружинниками складывались отношения не только по поводу военных вопросов, но и в сфере отправления княжеской власти на местах и т. д. А ведь генезис самой дружины показывал ее социализацию, начавшуюся вроде бы с полного воспроизведения

---

<sup>19</sup> Выделение из числа княжих мужей бояр стало причиной не совсем верной ассоциации всех старших дружинников с боярским классом. Этим и объясняется трактовка в специальной литературе старших дружинников в качестве княжих (служилых) бояр либо как только княжих мужей. См., напр.: *Пушкарев С. Г.* Обзор русской истории. 5-е изд., стер. СПб., 2003. С. 73; *Шмурло Е. Ф.* История России, 862–1917. М., 2001. С. 55. — Большую последовательность в этом вопросе проявил М. Т. Яблочков: *Яблочков М. Т.* История Российского дворянства. С. 32.

<sup>20</sup> *Владимирский-Буданов М. Ф.* Обзор истории русского права. Ростов/Д., 1995. С. 56.

<sup>21</sup> *Сергеевич В. И.* Древности русского права. В 3 т. Т. 1. Территория и население. М., 2007. С. 410, 415–416.

<sup>22</sup> Например, по краткой редакции Русской Правды публичный статус ряда категорий лиц закрепляется повышенными в 16 раз мерами уголовного наказания за посягательство на жизнь высокопоставленных княжеских должностных лиц (ст. 19, 22–23) (*Правда Русская* / под общ. ред. Б. Д. Грекова. Т. III. М., 1963. С. 24–29).

<sup>23</sup> *Горский А. А.* Древнерусская дружина. М., 1989. С. 49; *Шмурло Е. Ф.* История России, 862–1917. С. 55–56; и др.

общинных порядков.<sup>24</sup> Но с переходом от физического к экономическому превосходству, когда основой восприятия статуса дружинника стало экономическое измерение, фактор имущественного превосходства князя над другими членами дружины постепенно начинает склонять их отношения в сторону имущественной зависимости.<sup>25</sup>

Особо отметим, что дружину как служебную организацию не следует смешивать с ополчением, хотя это часто встречается в летописных источниках.<sup>26</sup> В действительности ополчение представляло собой организационно иное, не связанное с дружиной оседлое войско горожан и земского люда. В состав ополчения могли входить дружинники, которые переходили от князя либо направлялись им туда в силу различных причин (не исключено, что и ввиду болезни или такого состояния здоровья, которое влекло утрату ратной способности). Однако это не делало его дружиной<sup>27</sup>. С позиции, например, синергетики оценка событий рассматриваемого периода тем более не может воспринимать за истину даже самое убедительное,<sup>28</sup> но отвлеченное от системных параметров, поскольку не всякая энтропическая случайность могла служить фактором дальнейшего становления служебного порядка.<sup>29</sup> Так, объединяющей ополченцев задачей была защита земли по мере возникновения внешних угроз, чинимых в том числе и дружинами иных князей. Ополчение не составляло постоянного войска, а созывалось только на случаи войны и распускалось по ее окончании, что однозначно свидетельствует о первых опытах поместной воинской повинности и мобилизации,<sup>30</sup> но не об организационном совпадении дружины с ополчением.

Для ведения завоевательных походов князь, конечно, мог призывать ополченцев под предводительством воеводы.<sup>31</sup> Но это не превращало

<sup>24</sup> Данилевский И. Н. Древняя Русь глазами современников и потомков (IX–XII вв.). М., 1998. С. 110.

<sup>25</sup> Момотов В. В. Формирование русского средневекового права в IX–XIV вв. М., 2003. С. 83–84; Нелидов Н. Юридические и политические основания государственной службы. Ярославль, 1874. С. 154; и др.

<sup>26</sup> Например, Ярослав Владимирович, обращаясь к новгородцам, народное ополчение обозначал дружиной (*Лаврентьевская летопись* (1015). С. 140–141).

<sup>27</sup> Противоположные оценки см., напр.: *Лаврентьевская летопись* (1015). С. 148; Горский А. А. Древнерусская дружина. С. 27 и сл.; Дьяконов М. Очерки общественного и государственного строя Древней Руси. 2-е изд. СПб., 1908. С. 76–78; Сергеевич В. И. Древности русского права. Т. 1. С. 604–611; *Словарь Древнерусского языка* (XI–XIV вв.). В 10 т. / под ред. Р. И. Аванесова. Т. 3. М., 1990. С. 91–92; Фроянов И. Я. Киевская Русь. Л., 1980. С. 66, 187.

<sup>28</sup> В нашем случае такую убежденность как раз и вселяют летописные источники.

<sup>29</sup> См. подробнее: *Современные методы исследования в правоведении* / под ред. Н. И. Матузова, А. В. Малько. Саратов, 2007. С. 294–296.

<sup>30</sup> В некоторых дошедших до нас летописных источниках даже сохранился ряд указаний на порядок распределения воинской повинности. Так, при обложении воинской повинностью за основание бралась степень имущественной обеспеченности человека, в зависимости от которой определялось число выставляемых им вооруженных людей (*Добровольский А. Основы организации центрального военного управления в России и в важнейших западно-европейских государствах*. СПб., 1901. С. 19–34; *Сергеевич В. И. Древности русского права*. Т. 1. С. 607; *Хлебников Н. Общество и государство в домонгольский период русской истории*. СПб., 1872. С. 110–162).

<sup>31</sup> См., напр.: *Петров Ф. В. Государственное ополчение. Исторический очерк и сравнительное исследование действующего положения о государственном ополчении по русскому*

ратное дело в постоянное занятие для ополченцев. Именно экстерриториальная зависимость ополченцев, их задач, функций и отличала их от дружинников.<sup>32</sup> Летописные же указания на речи князей с содержанием слова «дружина», обращенные к иному люду, могли объясняться военно-политическими целями: оправдать повиновение. Более того, если дружинники все следовали за своим князем, образуя его окружение, то ополченцы («вои») после окончания военных действий возвращались к мирским заботам.<sup>33</sup> Вместе с тем, в отличие от дружины, которая управлялась исключительно князем, ополчение находилось под управлением веча либо собрания знатных и старейших жителей земства, города, получало от него содержание, кормление, и лишь в военный период управлялось воеводой, назначаемым князем.

Таковы ключевые предпосылки формирования в Древней Руси догосударственного типа службы, связанного именно с феноменом дружины. Древнерусская служба носила удельный и добровольный характер. Служебные отношения замыкались на фигуре князя и переходили от личных дружеских мотивов на экономическую основу; они имели постоянный характер. Были вполне различимы и внутриорганизационные связи дружинного сообщества, которые перетекли в русло социальной стратификации дружинников, разделенных на две группы в зависимости сначала от возраста, а затем от заслуг, и потому имущественного положения. Дальнейшая статуализация положения дружинников в рамках выделенных групп определялась их положением и ролью в самой дружине, а также княжескими поручениями и установлениями. Для защиты вводимого устройства начинают приниматься специальные княжеские установления, всеобщее подчинение которым обеспечивалось принуждением.

---

и иностранным законодательствам. СПб., 1901. С. 30–34; *Фроянов И. Я.* Начала русской истории. М., 2003. С. 663.

<sup>32</sup> *Булкин В. А., Дубов И. В., Лебедев Г. С.* Археологические памятники Древней Руси IX–XI вв. Л., 1978. С. 140; *Пресняков А. Е.* Княжеское право в Древней Руси. М., 1993. С. 50.

<sup>33</sup> См. также: *Мавродин В. В.* Образование Древнерусского государства. Л., 1945. С. 308; *Соловьев С. М.* Соч. Кн. 1. С. 222.

**ПАМЯТНИКИ МАТЕРИАЛЬНОЙ КУЛЬТУРЫ —  
ИСТОЧНИК ПО ИСТОРИИ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА  
(НА ПРИМЕРЕ ПАМЯТНИКОВ ЗОЛОТОЙ ОРДЫ  
В КОЛЛЕКЦИЯХ ЭРМИТАЖА)**

Р. Ю. ПОЧЕКАЕВ\*

Сведения о государстве и праве стран прошлого нередко скудны. Не исключение и Золотая Орда — государство, существовавшее в XIII — начале XV в. на территории современных Поволжья, Урала, Западной Сибири и Казахстана. До нашего времени от нее сохранились несколько десятков официальных документов (большая часть которых — в переводах), сообщения ряда иностранных современников и труды историков. Сведения о государственном устройстве и правовой системе Золотой Орды, содержащиеся в них, единичны и неполны, и существенно дополнить их позволяет изучение источников, которые, на первый взгляд, вообще не несут никакого юридического значения. Речь идет о предметах материальной культуры. Таких источников золотоордынского происхождения сохранилось гораздо больше, чем актовых и нарративных материалов, а между тем, насколько известно, до сих пор никто не пытался рассматривать их как источник по истории государства права Золотой Орды.

Значительное количество предметов материальной культуры Золотой Орды находится, в частности, в Государственном Эрмитаже (Санкт-Петербург), где с декабря 2007 г. действует постоянная экспозиция «Золотая Орда. История и культура», в составе которой — изделия из золота, серебра и керамики, пояса, чаши, кубки, образцы текстиля и многое другое. Попробуем проанализировать, какую информацию государственно-правового характера могут представлять эти предметы для историков права.

Логичным будет начать с характеристики такого предмета, как пайцца — металлическая дощечка, служившая своего рода удостоверением для ханских чиновников, обладателей специальных прав и привилегий или лиц, выполнявших какие-либо поручения. Пайцца, как правило, прилагалась к ярлыку — ханскому указу и, таким образом, была не просто предметом материальной культуры, а неотъемлемым элементом ордынского правового акта и, соответственно, несла прямую правовую нагрузку. Характерно, что на пайцзе чаще всего дублировался текст той части ярлыка, которую можно условно определить как «санкцию».

---

\* Почекаев Роман Юлианович — к. ю. н., преподаватель юридического факультета СПбГУ.

© Р. Ю. Почекаев, 2008

Ханские пайцзы обычно содержали также изображения различных существ и предметов, которые имели определенное смысловое значение. Например, рассматриваемая пайцза Абдаллаха отнесена к типу «тигровых»: пайцзы с изображением тигра (тигровой головы) обычно выдавались монгольским чиновникам высокого ранга в знак подтверждения их полномочий. Изображение на пайцзе солнца и луны (на пайцзе Абдаллаха — две луны) отражало тот факт, что распоряжение, содержащееся в ханском ярлыке и на прилагаемой к нему пайцзе, подкреплено харизмой рода Чингисхана, к которому принадлежали и ханы Золотой Орды: власть Чингизидов базировалась на небесной благодати (в монгольской традиции — «суу» или «сульдэ»), символически изображавшейся в виде небесных светил. Таким образом, ханские пайцзы отражали весьма характерную для средневекового (не только золотоордынского) права тенденцию, согласно которой источником права служили не только нормативные документы и правовой статус законодателя, но и «небесная» легитимация, божественное покровительство правящему роду.

Самостоятельное исследование следовало бы посвятить вопросу об информации правового характера на золотоордынских монетах. В первую очередь, сам факт чеканки монеты от своего имени свидетельствует о том, что золотоордынские ханы были суверенными монархами, не подчинявшимися никакой более высокой власти. Первые монеты в Золотой Орде с именем ее правителя появляются при Менгу-Тимуре, внуке Батые, в 1267 г.: как известно из письменных источников, именно при нем Золотая Орда действительно провозгласила свою независимость от Монгольской империи.<sup>1</sup>

Обычно на монете указывалось имя хана, иногда титул «султан», но практически всегда непременной характеристикой являлось «хан / султан *правосудный*». На наш взгляд, это отражение статуса хана как высшей судебной инстанции в Золотой Орде. И в самом деле, из других источников известно, что золотоордынские ханы осуществляли судебную власть в отношении собственных подданных и даже вассальных правителей. Учитывая, что ордынские монеты имели распространение не только в самой Орде, но и в сопредельных государствах, помещение на них эпитета «правосудный» служило своего рода «политической рекламой» ханов.

Большой интерес исследователей вызывает размещение на монетах так называемой тамги — своеобразного родового знака Чингизидов, имевшего ряд разновидностей в зависимости от принадлежности того или иного потомка Чингисхана к определенной ветви рода. Наиболее распространена на золотоордынских монетах тамга «дома Бату», т. е. Батые, ставшего фактическим основателем Золотой Орды. Тем не менее на монетах, чеканенных на ордынских монетных дворах, встречаются тамги и других ветвей рода, включая тамгу ханов Мунке и Арик-Буги, правивших в Монгольской империи в середине XIII в. До недавнего времени считалось, что ордынские правители, проставляя тамги монгольских ханов на своих монетах, выражали тем самым свою лояльность к центральной власти, однако сведения письменных источников нередко опровергают такое мнение.

---

<sup>1</sup> Марков А. К. Инвентарный каталог мусульманских монет Эрмитажа. СПб., 1896. С. 443 и сл.

Поэтому сегодня начинает преобладать версия, что тамга великих ханов на золотоордынских монетах отражала тот факт, что члены рода великих ханов обладали некоторыми владениями в Золотой Орде. Например, тамга Мунке и Арик-Буги помещалась не на всех золотоордынских монетах, а лишь на чеканенных в городе Булгаре; по мнению исследователей, это означает, что этим Чингизидам принадлежали определенные земельные владения в этом регионе Поволжья.<sup>2</sup> Из письменных источников нам известно, что и сами золотоордынские ханы имели владения в других государствах Чингизидов — в Иране, Средней Азии и даже Китае, так что подобная версия представляется вполне оправданной. Таким образом, тамга на монетах является не «государственным гербом» (как продолжают считать некоторые исследователи), а, скорее, знаком собственности, отражающим принадлежность региона чеканки тем или иным представителям правящего рода.

Как известно, в первой половине XIV в. Золотая Орда приняла в качестве государственной религии ислам, что нашло отражение и в праве: если прежде легитимность золотоордынских властей базировалась на родовой харизме Чингизидов, то с этого времени дополнительным фактором легитимации стала служить опора на истинную веру. Так, на монетах хана Узбека (1313–1341) на смену прежней легитимационной формуле «Силой Вечного неба» приходит мусульманский символ веры «Нет бога кроме Аллаха, Мухаммад — посланник Аллаха».<sup>3</sup> Из письменных источников известно, что в правление этого хана в административной структуре Золотой Орды появляются представители мусульманского чиновничества, преобладающей правовой системой становится шариат; таким образом, монеты объективно отражают общую тенденцию государственного и правового развития Золотой Орды в то время. Впрочем, в разные периоды истории Золотой Орды преобладали то мусульманские, то монгольские государственно-правовые традиции: как мы отметили выше, на пайцзе хана Абдаллаха, правившего во второй половине XIV в., т. е. уже после Узбека, вновь идет ссылка на Вечное Небо, а не на Аллаха и Мухаммада!

Следующий ряд памятников материальной культуры, казалось бы, имеет к государству и праву гораздо меньшее отношение, чем пайцзы или монеты; речь идет о таких предметах чисто «бытового» использования, как седла, пояса, чаши, ковши и пр. Однако, как выясняется, и эти предметы могут послужить источником информации о золотоордынском государстве и праве.

Так, на хранящихся в Эрмитаже элементах оформления седла (седельных обкладках) помещена уже упомянутая выше тамга «дома Бату», что свидетельствовало о принадлежности обладателя седла к правящему роду и, соответственно, наличию у него определенных прав и привилегий, которыми пользовалось августейшее семейство. По некоторым данным, тамга могла помещаться также на предметах, принадлежавших высшим

<sup>2</sup> Петров П. Н. Тамги на монетах монгольских государств XIII–XIV вв. как знаки собственности // Труды международных нумизматических конференций «Монеты и денежное обращение в монгольских государствах XIII–XV веков». Саратов 2001, Муром 2003. М., 2005. С. 170–177.

<sup>3</sup> Григорьев В. В. Описание клада из золотоордынских монет, найденного близ развалин Сарая. СПб., 1850. С. 8–9.

военным и гражданским чиновникам Золотой Орды, как правило, связанным с правящим родом семейными узами — путем заключения браков.

Еще одним традиционным для тюрко-монгольских народов признаком статуса того или иного лица была принадлежавшая ему ритуальная посуда — поясная чаша или ковш. Во все времена существовала традиция, согласно которой на официальных приемах и пирах каждый занимал место в соответствии со своим статусом. Отражением статуса могла быть чаша (или ковш) из драгоценного металла, которой то или иное лицо пользовалось на пиру; чаще всего на ней помещалось соответствующее изображение (тигр, дракон и пр.), причем большое значение имели ракурсы изображения, поза животного и т. п.

Если чаша или ковш были актуальны во время официальных торжественных мероприятий, то другой «бытовой» предмет, пояс, отражал статус его обладателя в остальное время. «Опознавательным знаком» статуса обладателя пояса, как правило, служили его пряжка или дополнительные элементы в виде накладок и подвесных брелоков. В Эрмитаже и ряде других музеев имеются пояса золотоордынского времени с различными изображениями. Так, знак тамги (как и на вышеупомянутой седельной обкладке) свидетельствовал о принадлежности обладателя к правящему роду, изображение тигра или дракона — о боевых заслугах обладателя пояса и связанных с ним правах и привилегиях, высоком статусе в армии и т. д. Как уже отмечалось выше, изображения животных были весьма разнообразны и, соответственно, отражали различный статус обладателей поясов в государственной и армейской иерархии.<sup>4</sup>

Сравнивая ордынские изделия XIII и XIV вв., важно отметить еще одну интересную тенденцию. Так, на ранних ювелирных изделиях присутствует в большей степени традиционная монгольская и тюркская символика, нередко с элементами заимствованного китайского стиля. А на изделиях, датированных XIV в., нередко изображена более характерная для традиционных мусульманских обществ символика арабского, персидского и малоазиатского (сельджукского) происхождения. Это весьма важное свидетельство изменений ценностных ориентаций правящей верхушки Золотой Орды: если раньше ее представители готовы были отказываться от предметов роскоши ради соблюдения формальных предписаний монгольских государственных и правовых традиций и установлений Чингисхана, то со времени принятия ислама начинается безудержное стремление ордынской знати к богатству и роскоши, характерной для власть имущих в мусульманских государствах. В своем желании продемонстрировать принадлежность к «просвещенному» Востоку ордынская знать отказывалась от своего тюрко-монгольского наследия и нередко жертвовала функциональной составляющей различных предметов (включая традиционные пояса, седла, чаши и пр.) в угоду признакам роскоши и богатства, характерным для арабской и персидской культуры. На наш взгляд, эта тенденция свидетельствует о том, что принятие ислама в Золотой Орде повлекло не только формальный переход к нормам и институтам мусульманского общества, но и тотальное изменение всей ордынской идеологии: в первой половине

---

<sup>4</sup> Крамаровский М. Г. Золото Чингисидов: культурное наследие Золотой Орды. СПб., 2001. С. 30 и сл.

XIV в. Орда могла считаться монгольским, «чингизидским», государством в меньше степени, чем традиционным мусульманским.

В завершение следует упомянуть о предметах материальной культуры не ордынского происхождения, но имеющих прямое отношение к Золотой Орде и косвенное — к золотоордынскому государству и праву.

Так, в коллекциях Эрмитажа имеются предметы русского или армянского происхождения; они хранятся в соответствующих отделах музея. На изделиях XIII—XIV вв. нередко встречаются элементы золотоордынского декора. Это прямо свидетельствует о связях этих государств с Золотой Ордой, о влиянии на них ее культурных традиций и косвенно подтверждает свидетельства письменных источников о том, что в течение некоторого времени и русские, и кавказские княжества находились под властью золотоордынских правителей, признавали свой вассалитет от них. Характерный пример — русская серебряная чаша XIV в., хранящаяся в русском отделе и украшенная орнаментом в ордынском стиле.<sup>5</sup>

Еще более интересными представляются «ордынские мотивы» на изделиях, изготовленных в государствах, которые не были вассалами Золотой Орды. Например, в Эрмитаже хранятся элементы пояса XIII—XIV вв., выполненного в «арагонском стиле», характерном для итальянских мастеров того времени: как известно, представители итальянских торговых республик в XIII—XV вв. имели тесные связи с Золотой Ордой. На серебряных обкладках пояса изображены представители ордынского общества — высокопоставленный чиновник, знатная дама, музыканты и пр. Исследователи с удивлением обнаружили, что последовательность этих обкладок изображает не что иное, как официальный прием у представителя ордынских властей!<sup>6</sup> Таким образом, пояс свидетельствует прежде всего о постоянных контактах западных европейцев с Золотой Ордой, тесном взаимодействии итальянских торговцев и дипломатов с ордынской администрацией (что подтверждается изображением на поясных обкладках характерных признаков ордынского чиновничества, которые вряд ли могли знать люди, не общавшиеся с ними непосредственно) и знании ими ордынского протокола. Несомненно, ордынский посольский церемониал и протокол имел строгое формальное закрепление и скрупулезно доводился до иностранных участников, коль скоро получил отражение даже в западноевропейском ювелирном изделии!

В заключение следует отметить, что мы постарались дать общую характеристику предметов материальной культуры Золотой Орды как источника по истории ее государства и права. Несомненно, эти исторические памятники заслуживают пристального внимания исследователей, и не исключено, что их более глубокий анализ позволит выявить еще немало ценной информации историко-правового характера. Конечно, в рамках подобных междисциплинарных исследований необходимо конструктивное сотрудничество правоведов с представителями других наук — историковедов, археологами, историками культуры, нумизматами и др.

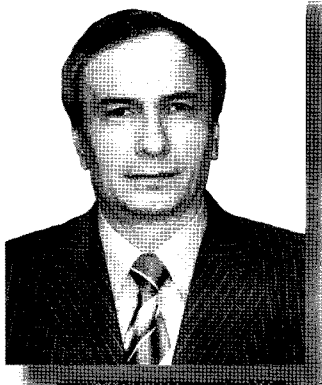
<sup>5</sup> Крамаровский М. Г. *Рах Mongolica и восточное серебро XIII—XIV в.* // Эрмитажные чтения памяти Б. Б. Пиотровского. Тезисы докладов. СПб., 2000. С. 30–32.

<sup>6</sup> Крамаровский М. Г. *Золото Чингисидов.* С. 149–151.



## ЮРИДИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ «СЛАВНОЙ РЕВОЛЮЦИИ» 1688 ГОДА В АНГЛИИ\*

В. А. ТОМСИНОВ



Томсинов Владимир Алексеевич,  
д. ю. н., профессор, зав. кафедрой  
истории государства и права МГУ  
им. М. В. Ломоносова

Возникшее у Джеймса II под гнетом обстоятельств намерение покинуть Англию в полной мере отвечало интересам принца Оранжского. Захват английского трона становился в этом случае для штатхаудера Нидерландов значительно более легким делом. Однако осуществить этот план король смог не сразу. Отплыв в 2 часа ночи 11 декабря 1688 г. из Лондона, его величество к 10 часам утра приплыл к маленькому прибрежному городку Февершэму (*Feversham*). Здесь Джеймса и его спутников ждал небольшой корабль с таможни, который должен был доставить их во Францию. Дул сильный ветер, и хозяин корабля не решился пуститься в плавание без дополнительного балласта. Пока его искали и переносили на судно, день прошел. К 11 часам вечера корабль был готов к отплытию, но

к нему вдруг приблизились три рыбацких бота с полусотней вооруженных людей, имевших разрешение задерживать лиц, в которых можно было заподозрить папистов. Они сняли с корабля Джеймса и сопровождавшего его Эдуарда Хэйлса и препроводили их в таверну. После того как рыбаки обнаружили, что задержали короля, они приняли меры, чтобы воспрепятствовать его отплытию из Англии. В течение трех дней Джеймс оставался в Февершэме, скрываясь от толп горожан в одном из частных домов. 15 декабря сюда прибыл с отрядом войск командующий его армией лорд Февершэм и заставил рыбаков освободить короля. В тот же день его величество отправился в Лондон. Остановившись на короткое время в Рочестере, он написал письмо принцу Оранжскому, в котором предложил его высочеству приехать в столицу для встречи с ним, взяв с собой столько войск, сколько принц сочтет необходимым для своей безопасности. Лорду Февершэму было поручено немедленно доставить это письмо в Виндзор.

© В. А. Томсинов, 2008

\* Статья четвертая. Начало см.: Правоведение. 2007. № 5. С. 135–152; № 6. С. 178–192; 2008. № 1. С. 189–207.

К вечеру 16 декабря Джеймс II прибыл в сопровождении отряда личной гвардии в Лондон. При подъезде к Уайтхоллу его карету встретили толпы горожан, радостно приветствовавших своего короля. Покои дворца были наполнены придворными. И Джеймсу показалось на короткое время, что дела его не так плохи, как представлялись ему ранее. В этом, слегка приподнятом, настроении король пребывал недолго. Спустя несколько часов после его прибытия в Уайтхолл сюда наведался граф Зюлестейн (*Zeulesteyn*). Он передал Джеймсу письмо от принца Оранжского, в котором его высочество, полагавший, что король все еще находится в Рочестере, просил его величество там и оставаться. Джеймс в ответном письме сообщил, что если бы он пребывал еще в Рочестере, то поступил бы так, как просит его высочество. Но поскольку он уже в Лондоне, то приглашает принца Оранжского прибыть в Сент-Джеймский дворец на переговоры. Зюлестейн ответил на это, что его высочество несомненно не вступит в Лондон до тех пор, пока все королевские войска не будут удалены отсюда.

Едва граф Зюлестейн удалился, как к Джеймсу пришел граф Руае с известием о том, что лорд Февершэм немедленно после передачи королевского письма принцу Оранжскому был по приказу его высочества арестован и заточен в тюрьму.<sup>1</sup> Джеймс приказал возвратить Зюлестейна. Выразив свое удивление тем, что его посланник арестован в Виндзоре, в нарушение общепринятых дипломатических норм, король попросил Зюлестейна передать его высочеству просьбу освободить лорда Февершэма. Однако принц Оранжский отказался выполнить эту просьбу своего поверженного противника.

Сразу после отъезда Зюлестейна из дворца Джеймс собрал заседание Тайного совета. На него прибыло всего лишь восемь советников. Его величество обсудил вместе с ними прокламацию о предотвращении беспорядков. На следующий день о ее содержании было сообщено в «Лондонской газете» («*The London Gazette*»). «Его Величеству дали понять, что различные насилия и беспорядки совершаются в нескольких частях Англии, путем поджога, сноса и иного рода порчи домов и других зданий, а также их разграбления и обысков с целью грабежей, вплоть до великого террора в отношении подданных Его Величества, и выражают нарушение мира; Его Величество в Совете соизволил указать и приказать всем наместникам, заместителям наместников, мировым судьям, мэрам, констаблям и всем другим должностным лицам, которых это касается, применить все самые крайние средства для предотвращения в будущем таких насилий и беспорядков и для разгона всех каких бы то ни было мятежных и буйных сборищ и собраний».<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Формальным основанием для ареста главнокомандующего королевскими войсками было названо отсутствие у него пропуска в Виндзор. Но истинной причиной заключения лорда Февершэма в тюрьму стало выполнение им приказа короля Джеймса о роспуске армии без предварительного уведомления об этом принца Оранжского, а также его стремление воспрепятствовать отъезду его величества из Англии.

<sup>2</sup> Цит. по: *Bohun E., Collier J. The History of the Desertion, or an Account of all the Publick Affairs in England, from the beginning of September 1688 to the Twelfth of February following.* London, 1689. P. 102.

Данная прокламация стала последним актом, изданным Джеймсом II в качестве короля Англии. Впрочем, его никто уже не воспринимал как суверена. Обратившись за деньгами в свое казначейство, Джеймс получил от чиновника этого ведомства ответ, что ему выдадут деньги лишь в том случае, если на приказе об этом будет стоять подпись принца Оранжского. Его величество вынужден был поэтому занять деньги (в размере ста гиней) у лорда Годолфина.

Вечером 16 декабря, после ужина, к Джеймсу пришел посол Франции Пауль Барильон.<sup>3</sup> В разговоре с ним король показал, что не считает свое положение безнадежным. «Принц Оранжский предпочел бы, чтобы я удалился, — сказал Джеймс Барильону, — но он окажется в большом затруднении при установлении формы правления. Заседание парламента не может быть легитимным без приказов, скрепленных большой печатью, а они изданы только для пятнадцати графств, остальные сожжены. Большой печати больше нет. Канцлер отдал ее мне за восемь дней до моего отъезда. Они не смогут сделать другую без меня. Все это вызовет трудности и случайности, которые дадут мне повод решиться на соответствующие [меры]».<sup>4</sup>

Между тем принц Оранжский отправил в указанный день с двумя английскими джентльменами — сэром Робертом Говардом и мистером Паулом — следующее послание в адрес лорда-мэра, олдермена и Общего совета Лондона: «Я получил только что письмо от короля, в котором он ставит меня в известность о своем возвращении в Лондон, предпринятом без моего одобрения. Я не думаю, что оно соответствует настоящему времени, и не знаю, к чему оно приведет в сложившихся обстоятельствах. Я послал поэтому месье Зьюлестейна с требованием, чтобы он отменил свою поездку. Тем не менее я счел необходимым известить вас об этом и пожелать вам оставаться в том положении, которое наиболее соответствует вашей безопасности и стабильности в городе, а я постараюсь сделать все, чтобы как можно быстрее оказать вам содействие и прибыть к вам в следующий вторник (т. е. 19 декабря. — В. Т.). Вы можете полностью доверять этим двум джентльменам, о которых я вам в связи с этим случаем в дальнейшем расскажу. Уверяю вас в вечной моей дружбе и покровительстве относительно вас. Самый нежный ваш друг (*your most affectionate friend*), У. Г., принц Оранжский».<sup>5</sup> В ответ лорд-мэр, олдермен и Общий совет Лондона выразили его высочеству покорнейшую благодарность за то, что он сообщил о своих благородных целях в отношении

<sup>3</sup> Пауль Барильон д'Амонкурт, маркиз де Бранж (Paul Barillon d'Amencourt, marquis de Branges, 1630–1691) был послом Франции в Англии с 1677 г. до 24 декабря 1688 г.

<sup>4</sup> «Le Prince d'Orange auroit mieux aimé que je fusse parti, et va se trouver fort embarrassé sur la forme de Gouvernement à établir. La séance d'un Parlement ne peut être légitime sans les mandements scellés du Grand-Sceau, et il n'en a été expédié que pour quinze Comtés. Les autres sont brûlés; les Grand-Sceau ne se trouve plus. Le Chancelier me l'avoit remis huit jours avant mon départ. On n'en peut faire un autre sans moi. Tout cela formera des difficultés et des incidents qui me donneront lieu de prendre un parti convenable...» (цит. по: Mazur F. A. J. Histoire de la Révolution de 1688, en Angleterre. T. 3. Paris, 1825. P. 264).

<sup>5</sup> *A Kingdom without a King. The Journal of the Provisional Government in the Revolution of 1688* / ed. by R. Beddard. Oxford, 1988. P. 178.

Лондона и обещал покровительствовать им. «Мы не можем также, — говорилось в их письме к штадхаудеру Нидерландов, — воздержаться от повторения нашей покорнейшей благодарности Вашему Высочеству за Ваш успех в Вашем великом и славном предприятии по защите нашей религии, законов и вольностей; и мы уверяем Ваше Высочество в том, что не побоимся подвергнуть опасности наши жизни и имущество, помогая Вам в достижении этих целей и предотвращая все опасности, исходящие от появившихся беспокойных натур. В настоящий момент мы приказали вооружить чрезвычайную стражу городских милицейских сил (*city forces*), которой, мы надеемся, будет достаточно для Вашей безопасности. Мы также благодарим Ваше Высочество за обещание быстро оказать нам содействие и покорно желаем, чтобы Ваше Высочество приняли наше предложение подготовить или назначить подходящее место для приема Вас в городе (*city*), если Ваше Высочество соизволите принять это для большей безопасности и для того, чтобы быть свободным от собора лиц, недовольных Вашими личными и славными намерениями».<sup>6</sup>

Пребывание Джеймса в Лондоне или в каком-либо другом городе Англии серьезно нарушало планы принца Оранжского. Некоторые из советников его высочества предлагали задержать короля и заточить его в Тауэр на все время, пока Англия и Ирландия не успокоятся.<sup>7</sup> Но принц Оранжский отверг все меры, предполагавшие арест короля и пребывание его на территории Британии. В конце концов, отмечает в своих мемуарах епископ Бёнет, «было сочтено необходимым стремиться к тому, чтобы король бросил свой народ, и не отказываться от этого заключением с ним какого-либо соглашения».<sup>8</sup> Последующие действия штадхаудера Нидерландов показывают, что добиться этой цели он решил путем внушения Джеймсу страха за свою жизнь. Лорд Февершэм мог помешать этой операции, поэтому он приказал задержать его в Виндзоре.

17 декабря принц Оранжский направил к королю трех своих сторонников из представителей английской знати с сопроводительным письмом следующего содержания: «Мы желаем, чтобы вы, лорд маркиз Галифакс (*Halifax*), граф Шрусбери (*Shrewsbury*) и лорд Деламер (*Delamere*), сказали бы королю, что сочтено подходящим для большего умиротворения города (*City*) и большей безопасности его личности, чтобы он переехал в Хэм, где его будут сопровождать его стражники, которые будут готовы оградить его от любого беспокойства».<sup>9</sup> Вместе с тем принц Оранжский послал графу Солмсу (*Solms*), отправленному с отрядом голландских воинов в Лондон для того, чтобы расположиться в районах Челси и Кенсингтон, новый приказ, а именно: идти к Уайтхоллу и окружить королевскую резиденцию. Джеймс уже готовился отойти ко сну, когда ему сообщили, что у его дворца стоит гвардия принца Оранжского. Спустя некоторое время

<sup>6</sup> Ibid. P. 179.

<sup>7</sup> См. об этом: *Burnet's history of his own time: from the restoration of King Charles the Second to the Treaty of Peace at Utrecht, in the reign of Queen Anne*. London, 1875. P. 507; *Mackintosh J. History of the Revolution in England in 1688, comprising a view of the reign of James II*. London, 1834. P. 547.

<sup>8</sup> *Burnet's history of his own time*. P. 507.

<sup>9</sup> Цит. по: *Bohun E., Collier J. The History of the Desertion*. P. 101.

к королю пришел офицер его охраны граф Крэвен и сказал, что кавалеристы и пехотинцы принца Оранжского движутся по парку от Сент-Джеймского дворца по направлению к Уайтхоллу с намерением взять королевскую резиденцию штурмом. При этом граф заверил его величество, что не покинет свой пост в Уайтхолле даже под угрозой быть изрубленным на куски. Но Джеймс ответил ему, что не допустит кровопролития, и велел позвать к себе командира нидерландских войск. Увидев графа Солмса, король спросил, не ошибся ли он, приняв Уайтхолл за Сент-Джеймский дворец, где должен был остановиться принц Оранжский. Солмс показал в ответ письменное распоряжение его высочества взять под охрану именно Уайтхолл. Джеймс приказал графу Крэвену увести своих воинов с постов и отправился спать.

Однако едва король заснул, как был разбужен лордом Мидлтоном, сообщившим, что в Уайтхолл прибыли от принца Оранжского лорды Галифакс, Деламер и Шрусбери, которые настаивают, чтобы его величество принял их без промедления. Показав текст выданного им принцем Оранжским распоряжения, они сообщили королю, что ему желательно покинуть Лондон в девять часов утра, ибо в полдень в город войдет его высочество со своими войсками. Принц Оранжский позволял Джеймсу взять с собой своих слуг, но для охраны короля он выделил отряд нидерландских воинов. Джеймс вынужден был согласиться на это, но пожелал, чтобы местом его пребывания стал Рочестер, ибо дворец в Хэме не годится для проживания зимой. К восьми часам утра ему доставили от принца Оранжского милостивое разрешение отправиться в Рочестер. 18 декабря, за час до полудня, король взошел на баржу вместе с четырьмя знатными персонами<sup>10</sup> и с шестью дворцовыми стражниками и отплыл из Лондона. На пути к Рочестеру его сопровождал по воде отряд из 50 нидерландских пехотинцев, помещенных в две лодки, а по берегу — сотня кавалергардов принца Оранжского.<sup>11</sup> Вечером того же дня Джеймс был в Грэйвсенде, а на следующий день — в Рочестере.

Во время пребывания здесь король каждый день получал послания из Лондона, в которых сообщалось о каждом шаге принца Оранжского: о том, как его встречали лондонцы, кого он собирал у себя, что говорил на этих собраниях. 20 декабря в Рочестер прибыл лорд Мидлтон, который по поручению Джеймса в течение суток после его отплытия из Лондона оставался здесь и наблюдал за тем, как штадхаудер Нидерландов въезжал в английскую столицу и с какими настроениями лондонцы встречали его. Рассказывая об этом королю, лорд Мидлтон заметил, что, если его величество покинет Англию, дверь за ним немедленно и навсегда закроется, а в конце своего рассказа высказал мнение, что, оставаясь в стране, его величество будет подвергать свою жизнь опасности.

В ночь с 22 на 23 декабря Джеймс покинул Рочестер и направился к Дувру. Здесь король сел на небольшой корабль, предназначенный

---

<sup>10</sup> В «Мемуарах Джеймса Второго, короля Англии», изданных в 1821 г., говорится, что вместе с королем в Рочестер отправились: лорд Эррэн (Arran), сын герцога Гамильтона, лорды Эйлсбери (Aylesbury), Личфилд (Lichfield) и Дамбатон (Dumbarton) с ирландским офицером Ричардом Гамильтоном (Richard Hamilton). — *Memoirs of James the Second, King of England, &c. &c.* Collected from various authentic sources. In two volumes. Vol. 2. London, 1821. P. 186–187.

<sup>11</sup> *Luttrell N. A Brief Historical Relation of State Affairs from September 1678 to April 1714.* In six volumes. Vol. 1. London, 1857. P. 489.

доставить его во Францию. Вместе с ним Англию покидал и его внебрачный сын (от сестры лорда Черчилля) герцог Бервик. Утром 25 декабря корабль прибыл во французский порт Амблетёз (*Ambleteuse*).

За день до своего отъезда из Рочестера Джеймс написал письмо к своим подданным с объяснением причин, побудивших его оставить Англию. В качестве главной из них король назвал угрозу своей жизни, которую он особенно остро ощутил во время пребывания в Уайтхолле в последнюю ночь перед отплытием из Лондона, когда войска принца Оранжевого окружили его дворец. «После всего этого, — заявлял Джеймс в своем послании к подданным, — как мог я надеяться быть в безопасности, когда тот, в чьей власти я находился, не только совершил это в отношении меня, но и завоевал мои королевства без какого-либо предоставленного ему для этого обоснованного повода». <sup>12</sup> «Я был рожден свободным и желаю оставаться свободным, — продолжал он далее, — и поэтому в нескольких случаях я открыто рисковал своей жизнью для блага и чести моей страны и свободен поступить так еще раз... однако я не считаю подобающим выставлять себя защищенным, тогда как на самом деле не в состоянии защитить себя; и по этой причине удаляюсь, но так, чтобы находиться поблизости до тех пор, пока глаза нации не откроются, чтобы увидеть, как они были оскорблены и обмануты под благовидными предлогами религии и собственности». <sup>13</sup>

Лорд Эйлсбери, пребывавший с Джеймсом в Рочестере, вспоминал впоследствии, что при прощании перед отплытием во Францию его величество сказал ему: «Если я не удалюсь, меня определенно заточат в Тауэр, а из этого места никогда не выходил ни один король, разве что в могилу. Покидать свою родную страну — жестокая вещь для подданного, еще более жестоко для короля покидать три своих королевства... Я объявляю вам, что удаляюсь ради безопасности своей персоны, и я всегда буду готов возвратиться, когда глаза моих подданных откроются. Вам всем надо держаться друг друга и жить в единстве для моего блага. А что касается моих офицеров и других лиц, приверженных римско-католической вере, я приказал им возвратиться и жить в спокойствии... Вы можете дать мне совет остаться?» <sup>14</sup>

Свое вступление в столицу Англии штатхаудер Нидерландов начал готовить еще до того, как Джеймс II ее покинул. В ночь на 18 декабря сюда вошли отряды личной гвардии его высочества и стали по улицам, по которым он должен был проезжать, а также возле Уайтхолла, Сент-Джеймского дворца и Сомерсетского дома (*Somerset House*), где проживала королева-вдова.

Заседавший утром 18 декабря Общий совет лондонского Сити постановил, чтобы все олдермены и их заместители, а также два шерифа и члены Совета собрались у Сент-Джеймского дворца для торжественной встречи его высочества. <sup>15</sup>

<sup>12</sup> *The Life of James the Second King of England, &c. Collected out of memoirs writ of his own hand. Together with the King's advice to his son, and His Majesty's will. Published from the original Stuart's manuscripts in Carlton-House, by the Rev. J. S. Clarke. In two volumes. Vol. 2. London, 1816. P. 274.*

<sup>13</sup> *Ibid.* — См. также: *Cobbett's Parliamentary History of England. From the Norman Conquest, in 1066, to the Year 1803. Vol. 5. Comprising the period from the Revolution, in 1688, to the Accession of Queen Anne, in 1702. London, 1809. Col. 22.*

<sup>14</sup> Цит. по: *Turner F. C. James II. New York, 1948. P. 453.*

<sup>15</sup> *A short account of the methods used for the re-establishment of our government // Bohun E., Collier J. The History of the Desertion. P. 113.*

Принц Оранжский въехал в Лондон в тот же день, около трех часов пополудни, в коляске с открытым верхом и в сопровождении многочисленного отряда военных.<sup>16</sup> Его встречали толпы лондонцев, вышедших на улицы города, несмотря на дождливую погоду. Они приветствовали штадхаудера Нидерландов как долгожданного гостя. А он прибыл в английскую столицу как завоеватель, заполонив ее своими войсками. Находившийся в это время в Лондоне французский посланник Барильон написал в письме к королю Людовику XIV, что принц Оранжский вел себя в столице Англии так, будто пребывал в военном лагере. Английские офицеры не скрывали своего недовольства бесцеремонным поведением иностранного властителя.

21 декабря его высочество издал приказ, которым обязал всех лиц, в чьих руках по каким-то причинам оказалось оружие, потерянное или брошенное при беспорядочном расформировании армии Джеймса II, передать его тем, кому оно принадлежало, или их командирам.<sup>17</sup> Вслед за тем он приказал солдатам королевской армии возвратиться в свои подразделения. По распоряжению его высочества все английские войска были удалены из Лондона и его окрестностей. Новые места их дислокации были отнесены от столицы на расстояние не менее 20 миль. Вплоть до лета 1690 г. английским военным отрядам было запрещено находиться в Лондоне и его предместьях. Все это время здесь располагались только нидерландские войска. По свидетельству очевидцев, иностранные офицеры и солдаты вели себя в Лондоне, как хотели, и платили за покупки, сколько хотели.<sup>18</sup> Не случайно лондонцы спустя некоторое время стали открыто выражать недовольство их пребыванием в городе. Многомесячная оккупация английской столицы иностранными войсками есть еще один факт, показывающий, что так называемая «славная революция» являлась в сущности военной агрессией Нидерландов против Англии.

Вступив в Лондон, принц Оранжский оказался перед нелегким выбором. Его высочеству предстояло теперь осуществить то, что было провозглашено им накануне экспедиции в Англию в качестве главного ее мотива, а именно: созвать «свободный и законный» парламент. Созыв английского парламента был необходим штадхаудеру Нидерландов и для того, чтобы юридически оформить свое восшествие на королевский престол, являвшееся настоящей целью его вторжения с войсками в Англию. Однако созвать парламент на основе приказов, изданных королем Джеймсом II, он не мог, поскольку тем самым признал бы его власть над страной. Для издания же собственных приказов принц Оранжский не имел полномочий: иностранный властитель не мог назначать выборы в английский парламент. Некоторые правоведы из группировки вигов — Поллексфен (*Pollexfen*), Холт (*Holt*) и др. — советовали принцу Оранжскому возложить на себя звание короля по примеру Генриха VII и после этого

<sup>16</sup> *A True Account of His Highness the Prince of Orange's Coming to St James's, on Tuesday the 18<sup>th</sup> of December 1688.* London, 1688. P. 1.

<sup>17</sup> Текст данного приказа см.: *Bohun E., Collier J.* The History of the Desertion. P. 115.

<sup>18</sup> *The State-Prodigal His Return, containing a true State of the Nation. In a Letter to a Friend.* London, 1689. P. 4.

созвать парламент, который был бы вполне законным как созданный королем *de facto*.<sup>19</sup> Если бы штатхаудер Нидерландов согласился на такой шаг, то проявил бы себя как узурпатор и неизбежно лишился бы поддержки многих английских подданных. Поэтому он выбрал другой, более сложный и длинный путь, решив действовать через посредство лордов.

На третий день после своего прибытия в Лондон принц Оранжский собрал в Сент-Джеймском дворце около шестидесяти представителей английской знати и выступил перед ними со следующей речью: «Мои лорды! Я пожелал увидеть вас здесь, чтобы посоветоваться, как лучше достичь целей моей Декларации, состоящих в созыве свободного парламента для защиты протестантской религии, восстановления прав и свобод королевства и в установлении их таким образом, дабы они не могли снова подвергнуться опасности быть ниспровергнутыми». <sup>20</sup> После этого принц Оранжский удалился. Лорды же продолжили свое заседание. Кто-то из них зачитал Декларацию его высочества о мотивах вооруженного вторжения в Англию. Все дружно одобрили ее и постановили выразить штатхаудеру Нидерландов благодарность за то, что он пришел с войсками в Лондон и освободил Англию от засилья папистов. Затем лорды решили, что достижение целей указанной Декларации требует как можно более быстрого созыва парламента. Для разрешения юридических проблем, которые возникали в связи с этим, лорды обратились за помощью к профессиональным юристам: Джону Майнарду (*Muynard*), Холту, Поллексфену, Брэдфорду (*Bradford*) и Аткинсону (*Atkinson*).<sup>21</sup>

22 декабря духовные и светские лорды собрались в Вестминстере и приняли постановление, которым потребовали удаления в течение пяти дней, «для лучшего обеспечения мира и общей безопасности», всех папистов и лиц, имеющих репутацию папистов, из Сити Лондона и мест, к нему прилегающих. Данное постановление не распространялось на папистов, состоявших в услужении у королевы-вдовы, и на исповедовавших римско-католическую веру иностранных послов с их домашними слугами и других иностранцев — торговцев или промышленников, пребывавших в Английском королевстве для ведения торгово-промышленной деятельности.<sup>22</sup> По признанию короля Джеймса, находившегося в то время в Рочестере, именно это постановление окончательно склонило его к решению оставить Англию.<sup>23</sup>

23 декабря принц Оранжский издал следующий приказ: «Принимая во внимание, что необходимость дел требует быстрого совета, Мы желаем, чтобы все лица, состоявшие на службе в качестве рыцарей, жителей Сити и бургов в каком-либо из парламентов, собиравшихся во время правления

<sup>19</sup> *Burnet's history of his own time*. P. 509; *Mackintosh J. History of the Revolution in England in 1688*. P. 556.

<sup>20</sup> *Cobbett's Parliamentary History of England*. Vol. 5. Col. 21.

<sup>21</sup> Историк Джеймс Макинтош в перечне юристов, к которым обратились лорды для консультаций, назвал вместо Аткинсона — Аткинса (*Atkins*), вместо Брэдфорда — Брэдбери (*Bradbury*): *Mackintosh J. History of the Revolution in England in 1688*. P. 556.

<sup>22</sup> *Orders of the Lords Spiritual and Temporal against Papists, December 22, 1688 // A Kingdom without a King*. P. 156.

<sup>23</sup> *Mackintosh J. History of the Revolution in England in 1688*. P. 561.



короля Карла Второго, встретились с Нами в Сент-Джеймском дворце в среду 26 декабря в 10 часов утра. И Мы также хотим, чтобы лорд-мэр и курия олдерменов Сити Лондона были бы там в то же самое время; и чтобы Общий совет назначил бы пятьдесят своих членов, дабы они тоже присутствовали там. И просим не подводить Нас».<sup>24</sup>

25 декабря лорды снова заседали в Вестминстере и приняли, от имени Палаты лордов, следующее обращение к принцу Оранжскому: «Мы, собравшиеся духовные и светские лорды, желаем, чтобы Ваше Высочество взяли на себя управление общественными делами, как гражданскими, так и военными, и распоряжение общественными налогами для сохранения нашей религии, прав, свобод и мира нации; и чтобы Ваше Высочество уделили особое внимание нынешнему состоянию Ирландии и попытались быстрыми и эффективными мерами предотвратить опасность, угрожающую этому Королевству. Мы просим у Вашего Высочества предпринять и осуществить все это до созыва намеченного Конвента 22 января. Мы не сомневаемся в том, что будут приняты соответствующие меры, которые поспособствуют установлению всего этого на таких прочных и законных основаниях, чтобы им не угрожала опасность снова быть ниспровергнутыми».<sup>25</sup> За принятие данного постановления проголосовали 77 лордов.

На следующий день около ста шестидесяти парламентариев периода правления Карла II, а также олдермены и депутаты Общего совета Сити Лондона собрались в Сент-Джеймском дворце. Принц Оранжский обратился к ним с короткой речью, в которой сказал: «Я пожелал, джентльмены, встретиться с вами, членами последних парламентов, чтобы посоветоваться о лучшем способе достижения целей моей Декларации, заключающихся в созыве свободного парламента, в сохранении протестантской религии и в восстановлении прав и свобод королевства и в устройстве такого порядка, при котором они не будут подвергаться опасности снова оказаться ниспровергнутыми».<sup>26</sup>

Выслушав речь принца Оранжского, парламентарии направились заседать в качестве Палаты общин в Вестминстерский дворец. Там они первым делом избрали председательствующего — им стал эсквайр Генри Паул (*Henry Powle*) — и обсудили вопрос о том, какая власть их созвала. В конце концов сошлись во мнении, что просьба принца Оранжского является вполне достаточным основанием для того, чтобы они собрались. Затем сэр Роберт Саусвел (*Robert Southwell*) предложил подумать, каким образом его высочество мог бы взять на себя управление всеми делами королевства, не принимая на себя какого-либо особого титула, на что ему ответили, что собрание напрасно потеряет много времени, если будет ждать до тех пор, пока сэр Роберт поймет, как это можно было бы сделать. После этого парламентарии единогласно приняли решение о том, чтобы просить принца Оранжского принять на себя управление делами

<sup>24</sup> *Journal of the House of Commons*. Vol. 10. London, 1802. P. 5.

<sup>25</sup> *Address of the Lords Spiritual and Temporal to the Prince of Orange, December 25, 1688 // The History and Proceedings of the House of Commons from the Restoration to the Present Time. Containing the most remarkable motions, speeches, resolves, reports and conferences to be met in that interval*. Vol. 2. London, 1742. P. 195.

<sup>26</sup> *Ibid.* P. 197.

королевства на период до начала работы Конвента, т. е. до 22 января. При этом парламентарии выразили мнение о том, что было бы желательно, чтобы его высочество повелел направить лордам духовным и светским, протестантам по своим религиозным верованиям, а также коронерам или секретарям мировых судов (*clerk of peace*) графств, вице-канцлерам университетов, главным магистратам городов и портов Англии и Уэльса подписанные им письма с поручениями организовать в течение десяти дней после их получения выборы такого количества представителей в Конвент, созываемый 22 января, которое обыкновенно избирается в состав парламента.<sup>27</sup> Эти и другие свои решения, принятые на заседании в Вестминстерском дворце, парламентарии сочли необходимым довести до сведения принца Оранжского. С этой целью они поручили группе депутатов составить текст специального адреса и представить его на рассмотрение и одобрение собрания во второй половине дня.

27 декабря Генри Паул передал указанный адрес принцу Оранжскому. В нем говорилось: «Мы, служившие в качестве членов парламентов в течение правления короля Карла Второго, вместе с курией олдерменов и членами Общего совета Сити Лондона, собравшиеся по желанию Вашего Высочества в этой чрезвычайной обстановке, по единодушному согласию приносим Вашему Высочеству нашу покорнейшую и искреннюю благодарность за то, что Вы прибыли в это Королевство, подвергая свою персону столь великим опасностям, за сохранение нашей религии, законов и свобод, и за освобождение нас от ужасов папства и рабства. И мы желаем Вашему Высочеству, чтобы для достижения этих целей и для сохранения спокойствия нации Ваше Высочество приняли на себя управление общественными делами, как гражданскими, так и военными, и распоряжение общественными налогами. Мы желаем также, чтобы Ваше Высочество обратили особое внимание на настоящее положение в Ирландии и попытались посредством быстрых и эффективных мер предотвратить опасности, угрожающие этому Королевству. Мы желаем, чтобы все это Ваше Высочество предприняли и исполнили до созыва запланированного Конвента 22 января».<sup>28</sup> Далее в адресе излагались предложения парламентариев по организации выборов в Конвент. Завершалось обращение парламентариев к принцу Оранжскому следующими словами: «Мы покорно предлагаем это Вашему Высочеству в качестве лучшего нашего совета в тяжелом положении дел для достижения целей Декларации Вашего Высочества и как лучшие средства, ведущие к такому устройству, при котором наша религия, законы и свободы не будут подвергаться опасности снова оказаться ниспровергнутыми».<sup>29</sup>

Принц Оранжский ответил на обращения к нему лордов и депутатов Палаты общин 28 декабря. «Я рассмотрел ваш совет, — гласил его ответ, — и попытаюсь, насколько буду в состоянии это сделать, обеспечить спокойствие нации до созыва Конвента в ближайшем январе; что же касается выборов, то я направлю письма в соответствии с вашим пожеланием.

<sup>27</sup> *Journal of the House of Commons*. Vol. 10. P. 6.

<sup>28</sup> *Ibid.*

<sup>29</sup> *Ibid.* P. 7.

Я также позабочусь о том, чтобы использовать общественные налоги на наиболее неотложные нужды, требуемые настоящим состоянием дел; и подобным же образом попытаюсь привести Ирландию в такое состояние, чтобы протестантская религия и английские интересы были гарантированы в этом королевстве; и далее уверяю вас, что я пришел сюда для сохранения протестантской религии и законов и свободы этих королевств, поэтому я всегда буду готов подвергнуть себя любой опасности для их защиты».<sup>30</sup>

29 декабря принц Оранжский подписал письма коронерам и секретарям мировых судов графств, вице-канцлерам университетов и главным магистратам городов и портов с поручением организовать в течение десяти дней после их получения выборы членов Конвента. Его высочество вполне сознавал, что подобные поручения должностным лицам местной администрации мог давать только законный король Англии. В крайнем случае они могли исходить от лордов или должностных лиц центрального или местного управления,<sup>31</sup> но ни при каких обстоятельствах — от иностранного властителя. Поэтому направление принцем Оранжским должностным лицам местной администрации поручений организовать выборы в Конвент было представлено в его письме в качестве исполнения совета и желания депутатов парламентов, собиравшихся в течение правления Карла II, а также олдерменов и членов Общего совета Сити Лондона. В заключении письма о выборах членов Конвента его высочество заверял: «Мы, искренне желая исполнения того, что было выражено Нами в Декларации, следуя указанному совету и желанию, повели направит вам это письмо с ожиданием, что вы верно и честно, без потворства и пристрастия к какому-либо лицу, без ложных приемов и процедур, сделаете то, что должно быть сделано с вашей стороны для должного исполнения всего, в соответствии с указанным советом; выборы должны осуществляться только такими лицами, которые, согласно старинным законам и обычаям, имеют право избирать членов парламента».<sup>32</sup>

30 декабря принц Оранжский издал прокламацию, в которой повел шерифам, мировым судьям и другим должностным лицам местной администрации исполнять свои обязанности вплоть до начала работы Конвента. На следующий день его высочество наведлся в Сомерсетский дом к королеве-вдове, супруге покойного Карла II. Королева воспользовалась благоприятным случаем, чтобы попросить его высочество освободить

<sup>30</sup> Ibid.

<sup>31</sup> Созыв парламента по решению лордов или должностных лиц центрального или местного правления предусматривался, например, в «Акте для предотвращения неудобств, случающихся вследствие долгого перерыва в работе парламентов», принятом 15/25 февраля 1640/1641 г. (Томсинов В. А. Начало революции. Дело графа Страффорда. Законодательная деятельность «Долгого парламента» в феврале–августе 1641 г. // Вестн. Московского ун-та. Сер. II «Право». 2001. № 5. С. 40–42). В 1688 г. названный акт не действовал — его отменил принятый в 1664 г. «Акт о собрании и заседании парламентов, по крайней мере раз в три года, и об отмене акта, озаглавленного “Акт для предотвращения неудобств, случающихся вследствие долгого перерыва в работе парламентов”», однако сам факт, что он был принят и считался действующим двадцать три года, показывает, что созыв парламента вопреки воле законного короля являлся для политического сознания английского общества вполне допустимым.

<sup>32</sup> *The Letters for Electing of Members for the Convention* // *Journal of the House of Commons*. Vol. 10. P. 8.

лорда Февершэма, который, будучи главнокомандующим армии Джеймса II, являлся одновременно ее чемберленом. Принц Оранжский исполнил ее просьбу.

2 января штадхаудер Нидерландов выпустил декларацию, призывающую английских чиновников лучше собирать общественные налоги. 5 января он издал приказ об отводе всех войск из мест, где должны были состояться выборы, в близлежащие города или города, в которых выборов не будет.<sup>33</sup>

7 января принц Оранжский выступил перед представителями знати и джентри Шотландии, собранными им в Сент-Джеймском дворце. В своей речи он сказал то же самое, что говорил 26 декабря лордам и комонерам Англии. И точно так же шотландские представители удалились из дворца на заседание. Оно проходило в Уайтхолле и тоже заняло два дня. В ходе этого заседания было рассмотрено и одобрено обращение к принцу Оранжскому, весьма похожее на такой же документ, утвержденный 26 декабря английскими парламентариями. Единственное отличие шотландского обращения заключалось в дате созыва собрания представителей нации — шотландцы предложили созвать его в Эдинбурге 14 марта.<sup>34</sup> 10 января указанное обращение, подписанное тридцатью шотландскими лордами и восьмьюдесятью джентльменами, было передано принцу Оранжскому. Ответ его высочества на это обращение, последовавший 14 января, был таким же, как и его ответ на обращение английских парламентариев.<sup>35</sup> Данный факт является очевидным свидетельством того, что английские и шотландские парламентарии руководствовались при составлении своих обращений к принцу Оранжскому одним и тем же образцом.

Конвент собрался, как и было запланировано, 22 января. В своей организации и деятельности он полностью следовал формам и процедурам обыкновенного английского парламента.<sup>36</sup> Так же как и в парламенте, в нем было две палаты — Палата лордов и Палата общин, которые, в свою очередь, делились на комитеты.<sup>37</sup> В самом начале первого заседания палат были избраны спикеры: в Палате лордов эту должность занял маркиз Галифакс (*Hallifax*), в Палате общин — эсквайр Генри Паул. Затем были назначены клерки палат и их помощники, а также приставы (*serjeant at arms*).

<sup>33</sup> Текст данного приказа см.: *Bohun E., Collier J. The History of the Desertion*. P. 119.

<sup>34</sup> Текст данного обращения см.: *Ibid.* P. 120.

<sup>35</sup> Текст ответа принца Оранжского на обращение представителей знати и джентри Шотландии см.: *Ibid.* P. 121.

<sup>36</sup> Член Палаты общин Томас Кладжес (*Thomas Clarges*) говорил 22 января, обращаясь к депутатам Конвента: «Вы находитесь здесь в настоящее время в качестве Конвента, похожего на Парламент» (*Debates of the House of Commons. From the Year 1667 to the Year 1694. Collected by the Honourable Anchtell Grey, Esq.; who was Thirty Years member for the Town of Derby, Chairman of Several Committees; and deciphered Coleman's letters for the use of the House. In ten volumes. Vol. 9. London, 1769. P. 5 (далее — Grey's debates)*).

<sup>37</sup> Протокол заседания Палаты общин 22 января 1688 г. (по Юлианскому календарю) показывает, например, что в этот день были образованы: «Комитет по выборам и привилегиям», «Большой комитет по религии», «Большой комитет по жалобам», «Большой комитет по судам правосудия», «Большой комитет по торговле» (*Journal of the House of Commons. Vol. 10. P. 10*). В Палате лордов 23 января были созданы «Комитет по привилегиям» и «Комитет по петициям», 28 января — «Комитет по папистам» (*Journal of the House of Lords. Vol. 14. London, 1771. P. 104, 109*).

Во время процедуры представления депутатов палат обнаружилось, что на первое заседание Конвента не явилось около полутора десятка лордов,<sup>38</sup> а в Палате общин не были представлены целые графства.<sup>39</sup> Палата лордов 23 января призвала лордов, получивших от принца Оранжского письма с приглашением в Конвент, прибыть на заседание 25 января,<sup>40</sup> а Палата общин предложила своему спикеру подать прошение принцу Оранжскому о том, что было бы желательно, чтобы его высочество послал новые письма соответствующим коронерам или главным магистратам о заполнении вакансий в Палате общин путем избрания в нее новых депутатов.<sup>41</sup>

По традиции каждый парламент открывался торжественной речью короля. Вместо нее спикеры палат зачитали депутатам письмо принца Оранжского. Его высочество утверждал в своем послании к членам Конвента, что использовал все имевшиеся в его распоряжении властные полномочия для обеспечения спокойствия и безопасности в обществе и не знает ничего, что не было бы сделано для их поддержания с тех пор, как управление государственными делами оказалось в его руках. «Теперь, — заявлял он, — на вас лежит задача заложить основания прочных гарантий для вашей религии, ваших законов и ваших вольностей. Я не сомневаюсь, что этим, столь полным и свободным представительством нации, каковое собралось ныне, цели моей Декларации будут достигнуты. И так как до сих пор Богу было угодно благословлять мои добрые намерения столь великим успехом, я верю в Него, верю в то, что Он завершит Свою Работу, ниспослав дух мира и единения для воздействия на ваши советы, дабы не могло прерваться счастливое и долговременное государственное устройство».<sup>42</sup> Далее принц Оранжский обращал внимание членов Конвента на «опасное состояние протестантской религии в Ирландии», требовавшее, по его мнению, «масштабных и быстрых мер», и на состояние дел за границей. «После опасности несвоевременных разногласий между вами, — увещевал он депутатов, — ничто не может быть столь фатальным, как слишком большая отсрочка в ваших советах. Штаты, которыми я уполномочен освободить данную нацию, могут внезапно ощутить неблагоприятные последствия этого — как от того, что слишком долго лишены услуг своих войск, которые в настоящее время находятся здесь, так и из-за того, что вы прежде помогали могучему врагу, объявившему им войну. И так как Англия уже обязалась посредством договора помогать им (т. е. штатам. — В. Т.) в случае крайней необходимости, поэтому я

---

<sup>38</sup> Протокол первого заседания Палаты лордов зафиксировал присутствие 81 лорда (*Journal of the House of Lords*. Vol. 14. P. 101), тогда как в парламенте, созывавшемся Джеймсом II, их было 97 (*Ibid.* P. 3).

<sup>39</sup> «Перед нами стоят вопросы огромной важности, — говорил в своем выступлении на первом заседании Палаты общин Томас Кладжес, — поэтому, я надеюсь, мы будем действовать с благоразумием и осторожностью. Целые графства не имеют пока членов, и это не может быть вменено нам в вину; и [хотя] все возражения могут быть отброшены, я хотел бы, чтобы это великое дело обсуждалось в полной Палате» (*Grey's debates*. P. 5).

<sup>40</sup> *Journal of the House of Lords*. Vol. 14. P. 105.

<sup>41</sup> *Journal of the House of Commons*. Vol. 10. P. 12–13; *Grey's debates*. P. 6.

<sup>42</sup> *Journal of the House of Commons*. Vol. 10. P. 9.

уверен, что их желание сохранить это королевство, сопряженное с таким большим риском для них самих, встретит в ответ все проявления дружбы и содействия, какие только можно ожидать от вас как от протестантов и англичан, в любое время, когда их положение будет этого требовать».<sup>43</sup>

В ответ на это письмо члены Конвента направили принцу Оранжевому адрес с выражением благодарности за спасение нации и за принятие на себя управления государственными делами Англии. В конце адреса они обращались к его высочеству с просьбой продолжать эту управленческую деятельность до тех пор, пока парламентариями, собравшимися в Вестминстере, «не будет сделано относительно этого дальнейшее заявление».<sup>44</sup> Принц Оранжевый в свою очередь направил членам Конвента адрес, в котором выразил удовлетворение высокой оценкой его дел и сообщил, что принимает сделанное ему предложение продолжать управление Английским королевством.

Джеймс II также подготовил к открытию Конвента послание. Через своего слугу он сумел передать его текст, датированный 4/14 января 1688/1689 г.,<sup>45</sup> некоторым членам Палаты лордов. Не получив известий о том, было ли оно прочитано лордами, король подготовил еще одно послание, в котором коротко пересказал суть предыдущего. В конце его стояла дата «*the 3d of Febru: Anno 1689*», скорее всего — по Григорианскому стилю. По Юлианскому календарю это было 24 января 1688 г., третий день работы Конвента.

Тексты этих писем короля Джеймса не приводятся в работах, посвященных английской «славной революции» 1688 г., и редко в какой из них упоминаются. Нет информации о них и в официальных протоколах заседаний палат, опубликованных в четырнадцатом томе «Журнала Палаты лордов» и в десятом томе «Журнала Палаты общин». Не упоминаются указанные письма и в частных записях дебатов в Конvente, сделанных его депутатами — такими как, например, член Палаты общин от города Дерби Анчитл Грей (*Anchitell Grey*). Во всяком случае, просмотрев сборники, содержащие записи проколов заседаний Конвента, проходивших в январе — начале февраля 1688/1689 г., я обнаружил сведения о письмах короля Джеймса к лордам только в издании под названием «История и заседания Палаты Общин с Реставрации до настоящего времени, содержащие наиболее примечательные предложения, речи, решения, доклады и конференции этого периода»,<sup>46</sup> которое было выпущено в Лондоне в 1742 г. В помещенной в это издание заметке, предшествующей записи, датированной 28 января, говорится, в частности: «Около этого времени король, пребывавший тогда в Сент-Жермене, направил следующее письмо обеим палатам, в котором он с огромным беспокойством сообщал им...». Далее приводится сокращенный текст письма Джеймса от 4/14 января

<sup>43</sup> Ibid.

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> 4 января 1688 г. — по Юлианскому календарю, 14 января 1689 г. — по Григорианскому, действовавшему во Франции, где пребывал в это время английский король.

<sup>46</sup> *The History and Proceedings of the House of Commons from the Restoration to the present time. Vol. 2. London, 1742. P. 202.*

1688/1689 г. Данная заметка была впоследствии воспроизведена в пятом томе «Коббеттовой парламентской истории Англии»,<sup>47</sup> вышедшем в свет в 1809 г.

Полные же тексты писем английского короля к лордам от 4/14 января и от 24 января/3 февраля 1688/1689 г. были впервые опубликованы только в 1816 г. — в первом издании его жизнеописания, составленного предположительно в 1707 г. на основе собственноручно им написанных мемуаров.<sup>48</sup> Данное издание осуществил историограф принца Уэльского Джеймс Станьер Кларк (*James Stanier Clark*) на основе их манускрипта, приобретенного его высочеством в 1807 г. в Италии у бенедиктинских монахов.<sup>49</sup>

Сам факт появления в Конвенте королевского письма и в особенности его содержание очень важны для оценки судьбоносных для Англии решений Конвента и для понимания сущности события, вошедшего в историю под названием «славной революции» 1688 г.

«Мы считаем себя обязанными, — сообщал король в начале своего послания от 4/14 января, — по совести делать все, что можем, для отвержения глаз народа, чтобы он мог видеть истинный интерес Нации в этих важных обстоятельствах, и поэтому полагаем довести до вашего сведения следующее: обнаружив, что Мы не можем больше ни оставаться в безопасности, ни действовать свободно во всем, что касается Нашего народа, и что Нам совершенно необходимо удалиться, Мы оставили изложенные собственноручно мотивы Нашего удаления для того, чтобы они были сообщены вам и нашим Подданным...».<sup>50</sup> Далее его величество отмечал,

<sup>47</sup> *Cobbett's Parliamentary History of England*. Vol. 5. Col. 35–36.

<sup>48</sup> *The Life of James the Second, King of England, &c.* Vol. 2. P. 286–289. — Во втором издании мемуаров короля Джеймса II его письмо к лордам, написанное 4/14 января 1688/1689 г., было приведено в примечании — в сокращенном виде и в пересказе. При этом к нему были добавлены строки из короткого письма, написанного королем 3 февраля. Эта смесь двух писем была представлена как одно письмо, и под ним была поставлена дата второго письма (*Memoirs of James the Second, King of England, &c. &c.* Vol. 2. P. 201–202 (foot-note)).

<sup>49</sup> Подлинная рукопись мемуаров Джеймса II не сохранилась. 24 марта 1701 г., за полгода до своей смерти (16 сентября 1701 г.), Джеймс передал ее на хранение Луи Иннесу, принципиалу шотландского колледжа в Париже, и его наследникам. Во время разразившейся во Франции революции колледж попытался переправить рукопись в Англию при посредстве месье Чапентьера (*Charentier*). Но эта попытка оказалась неудачной: Чапентьер был арестован. Его жена сначала закопала рукопись возле своего дома, а потом, боясь, что революционные власти найдут королевскую рукопись, выкопала ее и сожгла. В 1707 г. сын Джеймса II Джеймс Фрэнсис Эдуард брал рукопись мемуаров отца из шотландского колледжа к себе в Сэнт-Жерменский дворец. По всей видимости, именно тогда и было составлено четырехтомное жизнеописание Джеймса Второго, короля Англии. О том, кто являлся составителем этого произведения, можно только гадать. Несомненно одно: текст жизнеописания содержит множество фрагментов оригинального текста мемуаров Джеймса II и подлинные тексты его писем. В печатном издании жизнеописания несчастного английского короля четыре тома этого произведения были объединены в два книжных тома.

<sup>50</sup> «We think Our selves oblig'd in conscience to doe all We can, to open Our people's eyes that they may see the true interest of the Nation in this important conjuncture, and therefore think to let you know, that finding We could no longer stay with safety, nor act with freedom in what concern'd Our people, and that it was absolutely necessary for Us to retire, We left the reasons of Our withdrawing under Our hand, to be communicated to you and Our Subjects in the following terms...» (*The Life of James the Second, King of England, &c.* Vol. 2. P. 286. — Здесь

что решил заново изложить эти мотивы для лордов, членов его Тайного совета, так как прежнее его письмо, в котором они описывались, принц Оранжский и его приверженцы злонамеренно скрыли.

Джеймс хорошо понимал, что своей эмиграцией из Англии дал противникам весомый повод для отстранения его от королевского престола. Поэтому в основном тексте послания к лордам он постарался представить свой отъезд из страны вынужденным, а пребывание на чужбине — временным. Возвращение в Англию Джеймс назвал самым большим своим желанием. «Мои Лорды, — писал он, — когда Мы увидели, что для Нас небезопасно более оставаться в пределах Нашего Королевства Англии и вследствие этого приняли решение удалиться на некоторое время, Мы приказали сообщить вам и всем Нашим Подданным мотивы Нашего удаления, и в то же время решили подобным же образом оставить после себя такие приказы вам, Нашему Тайному совету, каковые могли бы наилучшим образом подходить к настоящему состоянию дел; но так как в то время это было для Нас отнюдь не безопасно, в настоящее время Мы полагаем подобающим сообщить вам, что хотя Нашей постоянной заботой с момента первого Нашего восшествия на королевский престол было управлять Нашим Народом с такой справедливостью и умеренностью, чтобы не давать (если возможно) никакого повода для жалобы, однако в особенности во время последнего вторжения, видя, какой план приводился в исполнение, меньше всего опасаясь, что Наш Народ (который никем не мог быть погублен, кроме как самим собой) мог быть посредством малого числа воображаемых обид приведен к крушению, для предотвращения столь великого бедствия и для полного искоренения не только справедливого повода, но даже предлога к недовольству, Мы свободно и по Нашему собственному согласию исправили все то, что было выставлено причинами вторжения; и дабы иметь возможность получить от Совета и от наших Подданных сведения о том, какой путь позволит дать им дальнейшее и полное удовлетворение, Мы решили встретиться с ними в свободном Парламенте, восстановив относительно Сити Лондона и других корпораций действие их старинных хартий и привилегий, и после этого действительно поручили издать приказы для его созыва 15 января. Однако Принц Оранжский, видя, что все цели его Декларации достигнуты и народ начал выходить из заблуждения и быстро возвращаться к своему старинному долгу и верности, и хорошо предвидя, что если Парламент соберется в назначенное время, как в Церкви, так и в Государстве будет введено, по всей вероятности, такое устройство (*settlement*), которое полностью разрушит его амбициозные и несправедливые намерения, решил всеми возможными средствами воспрепятствовать его созыву, и чтобы сделать это наиболее эффективным способом, он счел необходимым наложить ограничение на Нашу королевскую персону; и если было бы абсурдным называть свободным Парламент, где применяется какое-либо принуждение относительно какой-либо из палат, то еще меньше оснований говорить, что действует свободно тот Парламент, где Суверен, посредством власти которого он

---

и далее при цитировании английского текста письма Джеймса II я сохраняю правописание его публикации, основанной на манускрипте).



созван и заседает и от чьего королевского одобрения получают силу акты и санкции, находится под фактическим арестом».<sup>51</sup>

Словами «фактический арест» Джеймс определил положение, в котором он оказался после своего возвращения в Лондон 16 декабря, когда королевский дворец был окружен нидерландскими военными. Напоминающая о нем лордам, его величество признавался, что думал в тот момент о горестной участи своего отца — короля-мученика Карла I, находившегося, по его словам, «в подобных же обстоятельствах», а также о том, что «обычно недолог путь монарха от тюрьмы до могилы».<sup>52</sup> По признанию Джеймса, именно эти мысли заставили его использовать все возможные средства для освобождения себя от «несправедливого ареста и ограничения». «И Мы совершили это, — подчеркивал он в своем письме, — не столько для безопасности Нашей персоны, сколько для того, чтобы Мы могли бы иметь больше возможности действовать и лучше были бы подготовлены ко всему, что могло бы способствовать миру и устройению наших Королевств; в то же время, с одной стороны, никакая перемена фортуны не заставит нас забыть себя настолько, чтобы унизиться до чего-либо недостойного того высокого и королевского места, на которое Всемогущий Бог поместил нас по праву наследования, поэтому, с другой стороны, ни провокация, ни неблагодарность наших собственных Подданных, ни какие-либо иные соображения никогда не возобладают над нами, чтобы побудить нас к малейшему шагу, противоречащему интересу английской Нации, на который Мы всегда смотрели и должны смотреть как на собственный интерес. Наша воля и желание заключаются поэтому

---

<sup>51</sup> «My Lords, when we saw it was no longer safe for us to remain within our Kingdom of England, and thereupon we had taken our resolutions to withdraw for some time, we order'd to be communicated to you and all our Subjects the reasons of our withdrawing, and we were at the same time resolved likewise, to leave such orders behind us, to you of our Privy Council, as might best suit with the present state of affairs; but that being altogether unsafe to us at that time, we now think fit to let you know, that though it has been our constant care since our first accession to the Crown to govern our people with that justice and moderation as to give (if possible) no occasion of complaint; yet more particularly upon the late invasion, seeing how the design was layd, and fearing least our people (who could not be destroyd but by themselves) might by little imaginary grievances, be cheated into a certain ruin; to prevent so great a mischief and to take away not only all just cause, but even pretence of discontent, we freely and of our own accord redress'd all those things which were set forth as the causes of invasion, and that we might be inform'd by the Council and Advice of our Subjects themselves, which way to give them a further and full Satisfaction, we resolv'd to meet them in a free Parliament by restoring the City of London and the rest of the Corporations to their antient Charters and privileges; and afterwards actually appointed writts to be issued out for its meeting on the 15<sup>th</sup> of January: But the Prince of Orange seeing all the ends of his Declaration answered, the people beginning to be undeceived, and returning a pace to their antient duty and allegiance, and well foreseeing that if the Parliament should meet at the time appointed, such a settlement would in all probability have been made both in Church and State, as would have totally defeated his ambitious and unjust designes, resolv'd by all means possible to prevent the meeting of it; and to doe this the most effectual way, he thought fit to lay a restraint upon our royal person; for as it were absurd to call that a free Parliament where there is any force upon either of the Houses, so much less can that Parliament be sayd to act freely, where the Sovereign by whose authority they meet and sit, and from whose royal assent all their acts receive their life and Sanction, is under actual confinement» (*The Life of James the Second, King of England, &c.* Vol. 2. P. 286–288).

<sup>52</sup> «That there is generally little distance between the prison and grave of a Prince» (Ibid. P. 288).

в том, чтобы вы, Наш Тайный совет, проявили самую действенную заботу для того, чтобы сделать эти Наши милостивые предпочтения известными лордам духовным и светским, в Сити и его окрестностях и в Вестминстере, и лордам-мэрам Сити Лондона и вообще всем Нашим Подданным; и заверить их, что Мы ничего более не желаем, кроме как возвратиться и созвать свободный Парламент, в котором Мы сможем иметь наилучшую возможность вывести Наш Народ из заблуждения и показать искренность этих сделанных Нами заявлений о сохранении свобод и собственности наших Подданных, защите приверженцев протестантской религии, в особенности тех, которые принадлежат Англиканской церкви, установленной законом, вместе с такой же терпимостью к тем, кто отошел от нее, так как Мы всегда пребываем в раздумье о правосудии и заботе об общем благе Нашего Народа, обязанные обеспечивать его; а тем временем вы, члены Нашего Тайного совета (кто может судить лучше тех, кто находится на месте), должны послать Нам совет о том, что надлежит Нам сделать для Нашего возвращения и для достижения этих благих намерений, и Мы требуем от вас от Нашего имени и Нашей властью постараться подавить все волнения и беспорядки, чтобы Нация вообще и каждый из наших Подданных в особенности пострадали насколько возможно меньше от нынешних раздоров. Поэтому, не сомневаясь в вашем исполненном сознании долга повиновении этим нашим Королевским приказам, Мы от всего сердца желаем вам всего хорошего». <sup>53</sup>

Приведенное письмо могло оказать серьезное влияние на умонастроения членов Конвента, но попытки сторонников короля Джеймса вынести его на рассмотрение Палаты лордов оказались тщетными. Лорд Престон передал его текст в Палату общин, ее спикеру, однако и эта палата сочла неподходящим принимать королевское послание во внимание

<sup>53</sup> «And this we did not more for the security of our person, than that thereby we might be in a better capacity of transacting and provideing for every thing, that may contribute to the peace and settlement of our Kingdoms: whereas on the one hand, no change of the fortune shall us forget our selves, so far as condescend to any thing unbecomeing that high and royal Station in which God Almighty by right of succession has placed us, so on the other hand, neither the provocation or ingratitude of our own Subjects, no any other consideration whatsoever, shall ever prevail with us, to make the least step contrary to the interest of the English Nation; which we ever did and ever must look upon as our own. Our Will and pleasure therefore is, that you of our Privy Council take the most effectual care to make these our gracious inclinations known to the Lords Spiritual and Temporal, in and about the City and Westminster, and to the Lords Major of the City of London and to all our Subjects in general; and to assure them we desire nothing more than to return and to hould a free Parliament, wherein we may have the best opportunity of undeceiving our people, and shewing the sincerity of this protestations, we have made, of preserveing the libertys and propertys of our Subjects, protecting the Professors of the Protestant Religion, more especially those of the Church of England as by Law established, together with such indulgence for those as dissent from her, as we have always thought our selves in justice and care of the general welfare of our people, bound to procure for them; and in the mean time you of our Privy Council (who can judge better being upon the place) are to send us your advice, what is fit to be done by us towards our returning, and accomplishing those good ends, and we require you in our name and by our authority to endeavour to suppress all tumults and disorders; that the Nation in general and every one of our Subjects in particular, may receive the least prejudice from the present distractions, that is possible: So not doubting of your dutyfull obedience, to these our Royal Commands, we bid you heartily farewell» (Ibid. P. 289–290).

и потому отклонила его, не открывая.<sup>54</sup> Напечатать письмо Джеймса также не удалось. Штадхаудер Нидерландов оказался в достаточной мере всесильным, чтобы предотвратить его публикацию в Лондоне.<sup>55</sup>

Конвент собрался через месяц с небольшим после вступления принца Оранжского с нидерландскими войсками в английскую столицу. Настроения среди жителей Лондона, и в особенности в среде английской аристократии, за это время заметно изменились. Многие из тех, кто поддержал принца Оранжского, отозвавшись на призывы, содержащиеся в его Декларации, испытали разочарование. Им стало ясно, что цели, провозглашенные его высочеством, оказались всего лишь идеологическим прикрытием его стремления захватить английский королевский трон.

Генри Гайд граф Кларендон записал в своем дневнике под датой 14 января 1688 г.,<sup>56</sup> т. е. за восемь дней до начала работы Конвента, разговор с нидерландским послом месье Дайквелтом (*Dykevelt*). Посол сказал Кларендону, что, находясь в Голландии, с радостью воспринял известие о его переходе на сторону принца Оранжского, но, прибыв в Англию, не увидел в нем такой приверженности к интересам его высочества, которую ожидал увидеть. Лорд Кларендон ответил на этот упрек посла, что пребывает в том же самом умонастроении, в каком прежде находился, что «перешел на сторону принца Оранжского из-за его декларации, с которой были согласны все честные люди»; что, переходя к принцу, «он не был против короля, его величества, назначившего дату созыва парламента и комиссионеров для переговоров с принцем; что, если принц отступит от своей декларации, он не знает, как долго он сможет подчиняться ему. Месье Дайквелт сказал на это, что лорду Кларендону следует учесть, что «бегство короля полностью изменило положение дел», что «тот, кто видел, как король нарушал и ниспровергал большинство законов, никогда не смог бы подумать о том, чтобы возратить короля, отрекшегося от правления». В свою очередь Кларендон, заметив, что не будет вступать с послом в спор по вопросу отречения короля или его бегства, довольно откровенно заявил: «*Наша религия не позволяет свергать королей; и я полагаю, мало кто из Церкви Англии подвигнется на это. Я знаю общую городскую молву о том, что принц будет провозглашен королем и, возможно, принцесса — королевой; один из них или оба, если они на это согласятся; я же, со своей стороны, не могу ни согласиться на это, ни освободить себя от присяги, которую принес королю*».<sup>57</sup>

Подобные воззрения разделяли многие лорды, собравшиеся в Конвенте (Годолфин, Рочестер и др.). Распространены они были и среди

<sup>54</sup> *The History and Proceedings of the House of Commons from the Restoration to the present time.* P. 202.

<sup>55</sup> См.: *The Life of James the Second, King of England, &c.* Vol. 2. P. 291.

<sup>56</sup> По Юлианскому календарю.

<sup>57</sup> *The Correspondence of Henry Hyde, earl of Clarendon, and of his brother Laurence Hyde, earl of Rochester, with the Diary of lord Clarendon from 1687 to 1690, containing minute particulars of the events attending the Revolution: and the Diary of lord Rochester during his embassy to Poland in 1676.* Edited from the original manuscripts, with notes, by Samuel Weller Singer. In two volumes. Vol. 2. London, 1828. P. 246.

коммонеров. Так, по свидетельству баронета Джона Рересби,<sup>58</sup> за сохранение Джеймса II на английском королевском троне выступал бывший спикер Палаты общин Сеймур (*Seymour*).<sup>59</sup> Описывая умонастроения английских политиков во время работы Конвента, Рересби отмечал: «В это время существовало, безусловно, огромное и сильное недовольство, и причины его были следующими: Принц объявил, что он не имеет никаких видов на Корону, а ныне добивался ее всеми средствами, какими только мог; он пришел, чтобы упрочить протестантскую религию, и тем не менее привел с собой 4000 папистов в составе своей армии — число, не намного меньшее того, что король имел в своей, однако первые являлись иностранцами, последние же, большей частью, — англичане; была опубликована Декларация, в которой рождение принца Уэльского объявлялось ложным или притворным; и утверждалось, что существует тайный договор с Францией, подчиняющий Англию французским интересам; что убийство последнего короля<sup>60</sup> и графа Эссекского будет полностью раскрыто; и однако ничего из всего этого не появилось, за исключением некоторых незначительных обстоятельств, относящихся к графу Эссекскому. Далее, Принц держал свои голландские войска в городе, тогда как английские были отведены в отдаленные места; его высочество объявил, что он намеревается держать здесь своих собственных людей и отослать наших в Голландию и Ирландию; принцесса Анна Датская отодвинута в наследовании Короны; несколько знатных людей были смещены со своих постов и лишены продвижения по службе, которого они заслуженно ожидали за свое присоединение к его высочеству, потому что они, как ему показалось, не будут с готовностью голосовать за него».<sup>61</sup>

Принц Оранжский понимал, что в английском обществе в целом и среди членов Конвента в частности было немало противников его восшествия на королевский престол, что многие из англичан поддержали его не для того, чтобы он стал их новым королем, но исключительно по причине своего неприятия политики Джеймса II. В принце Оранжском они видели не нового короля, а всего лишь инструмент исправления этой политики. При этом они допускали, что его высочество будет править, но мыслили его лишь в качестве регента или протектора.<sup>62</sup> Многие из тех, кто не хотел больше терпеть Джеймса II на английском королевском

<sup>58</sup> Джон Рересби (John Reresby, 14 апреля 1634 — 12 мая 1689) был губернатором Йорка до своего смещения с этого поста 22 ноября 1688 г. сторонниками принца Оранжского. С первых дней января он пребывал в Лондоне и внимательно следил за работой Конвента.

<sup>59</sup> *The Memoirs of the Honourable Sir John Reresby, Bart. and last Governor of York, containing several private and remarkable transactions from the Restoration to the Revolution inclusively.* London, 1734. P. 307. — Джон Рересби находился в дружеских отношениях со спикером Палаты лордов маркизом Галифаксом и лично знал бывшего спикера Палаты общин Сеймура.

<sup>60</sup> Т. е. Карла II. Принц Оранжский поддерживал, а возможно и сам распространял слух о том, что Джеймс II, чтобы занять королевский трон, отравил своего старшего брата-короля.

<sup>61</sup> *The Memoirs of the Honourable Sir John Reresby.* P. 318–319.

<sup>62</sup> *Ibid.* P. 305.

престоле, полагали, что занять его должна старшая дочь короля Мэри, принцесса Оранжская, а ее наследницей при отсутствии детей следует провозгласить ее сестру Анну, принцессу Датскую. Среди членов Палаты общин доминировали представители политической группировки вигов, идеалом которой был сильный парламент и зависимый от него монарх. Очевидно, что осуществлению этого идеала в большей мере способствовало бы пребывание на королевском троне Анны Датской или, в крайнем случае, ее сестры Мэри, но никак не принца Оранжского, успевшего уже показать англичанам свои диктаторские замашки. Впрочем, виги вполне мог устроить на королевском престоле и принц Оранжский, но только в качестве монарха, избранного парламентом. Духовенство же англиканской церкви хотело возвращения к королевской власти Джеймса II и было согласно, в случае если такой вариант становился невозможным, на провозглашение королевой его дочери Мэри Оранжской.

Подобный разброс мнений среди членов Конвента о будущем носителе королевской власти облегчал принцу Оранжскому задачу захвата королевского престола, но не давал ему полных гарантий успеха. Его высочество не остался поэтому сторонним наблюдателем происходивших в Конвенте событий, а выступил в качестве самого активного, хотя и тайного их участника.

Между тем Конвент с самого начала своей работы стал проявлять себя как самостоятельная сила. В письме к членам Конвента, зачитанном на первом заседании его палат, принц Оранжский предупреждал об опасности слишком долгой отсрочки в принятии решений по важнейшим вопросам устройства Английского королевства. Однако депутаты не проявили желания немедленно откликнуться на призыв его высочества. Палата общин приняла 22 января решение назначить рассмотрение вопроса о положении и состоянии нации на 28 января, а Палата лордов на своем заседании в пятницу 25 января определила для обсуждения состояния нации следующий четверг, т. е. 31 января.

Заседание Палаты общин, состоявшееся 28 января 1688 г., является одним из важнейших событий английской «славной революции». На нем было принято постановление о том, что «король Джеймс Второй, предпринявший попытку ниспровергнуть конституцию королевства путем разрыва первоначального договора между Королем и Народом и по совету иезуитов и других порочных людей нарушивший основные законы и покинувший это королевство, отрекся от правления, и что поэтому трон стал вакантным». <sup>63</sup> Протокол данного заседания, содержащийся в «Журнале Палаты общин», предельно краток и не дает представления о том, как в действительности принималось это судьбоносное для Англии постановление. Здесь записано, в частности, что, приступая к рассмотрению вопроса о положении и состоянии нации, депутаты приняли решение

---

<sup>63</sup> «King James the Second, having endeavoured to subvert the Constitution of the Kingdom, by breaking the original Contract between King and People, and, by the advice of Jesuits, and other wicked Persons, having violated the fundamental Laws, and having withdrawn himself out of this Kingdom, has abdicated the Government, and that the Throne is thereby become vacant» (*Journal of the House of Commons*. Vol. 10. P. 14).

о преобразовании Палаты общин в «Комитет всей Палаты». Спикер Генри Паул оставил в связи с этим свой пост. На должность председателя созданного комитета был избран Гэмпден (*Hampden*). На последовавшем за этим заседании «Комитета всей Палаты» и была выработана приведенная резолюция, которая получила почти единодушное одобрение Палаты общин как таковой.

Столь же кратко изложен ход рассматриваемого заседания Палаты общин и в сборнике, опубликованном в Лондоне в 1695 г. под названием «Подробные дебаты между Палатой лордов и Палатой общин на свободной конференции, собравшейся в Расписной Палате во время сессии Конвента, в год 1688-й, касающиеся слова “abdicated” и вакантности трона». <sup>64</sup> Ненамного подробнее описывается заседание Палаты общин, состоявшееся 28 января, во втором томе сборника «История и заседания Палаты общин с Реставрации до настоящего времени», <sup>65</sup> который вышел в свет в 1742 г.

И лишь опубликованный в 1769 г. девятый том «Дебатов в Палате общин с 1667 до 1694 года», записанных Анчитлом Греем, <sup>66</sup> дает более или менее детальное изложение речей, произносившихся на судьбоносном заседании коммонеров 28 января 1688 г. <sup>67</sup> Содержание этих речей убедительно показывает, что на этом заседании произошла *настоящая идеологическая и политическая революция*. О том, в чем она выразилась, пойдет речь в пятой, заключительной статье цикла моих публикаций, посвященных «славной революции» 1688 г. в Англии. <sup>68</sup>

---

<sup>64</sup> *The Debates at Large between the House of Lords and House of Commons at the free conference, held in the Painted Chamber, in the session of the Convention, Anno 1688. Relating to the word ABDICATED, and the vacancy of the Throne, in the common's vote.* London and Westminster, 1695. P. 19–21.

<sup>65</sup> *The History and Proceedings of the House of Commons from the Restoration to the present time.* Vol. 2. P. 202–203.

<sup>66</sup> *Grey's debates.* P. 6–25.

<sup>67</sup> В 1809 г. текст протокола заседания Палаты общин, составленного Анчитлом Греем, был воспроизведен в «Cobbett's Parliamentary History of England» (Vol. 5. Col. 36–50).

<sup>68</sup> См.: Правоведение. 2008. № 6.

## СИСТЕМАТИЗАЦИЯ ГРАЖДАНСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА ЕГИПТА (КОНЕЦ XIX — СЕРЕДИНА XX В.)

Д. Я. ПРИМАКОВ\*

Интерес к изучению шариата имеет разные основания в западных и мусульманских странах. Для западного ученого шариат представляет своего рода отражение мусульманской культуры, без понимания особенностей которой некоторые события современного мира останутся необъяснимыми. Для мусульманского исследователя изучение системы шариата связано с практическим ее применением в законодательстве арабских стран. Многие арабские правоведы понимают шариат не только как высшую этико-правовую и историческую модель, но и как право, которое надлежит применять в современном законодательстве мусульманских государств.<sup>1</sup> Если же это невозможно на данном этапе, необходимо, по их мнению, рассматривать шариат как источник правовых положений, которыми следует заменять юридические нормы, заимствованные в разные периоды из европейского права.

Особый интерес в этом отношении представляет гражданское законодательство Египта первой половины XX в. Оно иллюстрирует те глобальные политико-правовые изменения, с которыми столкнулся Ближний Восток в прошлом столетии, и, в частности, отражает сложность имплементации европейской правовой мысли в традиционную — жесткую по организации — конструкцию мусульманского права.<sup>2</sup>

Первым гражданско-правовым сводом законов в мусульманском мире стал *Меджелле*<sup>3</sup> — систематизация права суннитско-ханафитского толка. Он введен в действие в Османской империи в 1876 г., во время правления султана Абдул Хамида II. Этот свод служил одним из ответов

\* Аспирант СПбГУ.

© Д. Я. Примаков, 2008

<sup>1</sup> См., напр., книгу пакистанского исследователя, живущего в США, Аша Ан-Наима «На пути к исламской реформации» (М., 1992), в которой автор доказывает реальную возможность применять шариат не только в гражданском, но и в публичном (государственном) праве.

<sup>2</sup> Согласно принципу единства шариата, гражданская область правоотношений (араб. *tuamalal*) является интегральной частью юридической системы. Действия как верующего, так и судьи ограничены исламом. Например, типы договоров известны как определенные формулы, в которых жестко определена структура и порядок их осуществления (подробнее см.: Сюкияйнен Л. Р. Мусульманское право. Вопросы теории и практики. М., 1986. С. 24).

<sup>3</sup> Подробнее см.: *Espósito J. L. The Oxford Encyclopedia of the Modern Islamic World*. Vol. 3. Oxford, 1995. P. 83–85.

империи на вызовы модернизации и усиливающееся отставание от Запада. До составления *Меджелле* исламское гражданское право было беспорядочно рассредоточено по разным источникам: Коран, Сунна, фетвы, постановления судов, — что затрудняло нормальное осуществление экономической и торговой политики в Новое Время. В *Меджелле* Кодекс Наполеона и упорядоченность европейских законодательных систем восприняты как полезная вещь, отвечающая требованиям времени. Однако в первую очередь *Меджелле* представлял собой кодификацию *фикха*, пополненную всеми законодательными актами Османской империи, включая и неисламские.

*Меджелле* использовался практически по всей Османской империи,<sup>4</sup> однако он не обрел популярности в Египте: свод, основу которого составляли правила шариата, не подходил для правового регулирования процессов модернизации и национализации, охвативших Ближний Восток. В Египте была предпринята попытка составить другую кодификацию гражданского права ханафитского толка. Ее автором стал знаменитый египетский юрист Мухаммад Кадри Баша (1821—1886), который в правление хедива Мухаммеда Тауфика занимал должность министра юстиции. Кадри Баша составил кодекс «Путеводитель растерянных» (ар. *murshid al-khairan*), состоявший из 1045 статей. Предполагалось, что это сочинение будет исполнять роль Гражданского кодекса Египта, однако правительство отказалась утвердить его.

В 1876 г. оно предпочло принять Французский гражданский кодекс в местной редакции, называемый Гражданским кодексом смешанных судов (ар. *al-makhākim al-muhatalat*). В этих судах, созданных в 1875 г., рассматривались дела, связанные с интересами иностранцев. Независимость от судебной системы Великой Порты импонировала египетским интеллектуалам, многие из которых обучались в университетах Европы и хорошо оперировали терминологией либерализма.<sup>5</sup>

В 1883 г. Гражданский кодекс смешанных судов был переведен на арабский язык для использования народными судами (ар. *al-makhākim ahaliyat*), в которых судили египетских граждан. Таким образом, Египет стал первой мусульманской страной, которая использовала гражданский кодекс вместо сочетания правил шариата, обычаев и местных установлений.

Египетская революция 1919 г. способствовала сплочению мыслящей части общества вокруг идеи национального суверенитета. Победа кемалистского движения в Турции и развал Османского халифата ослабили политическую связь с наследием панисламской империи. К тому же обнаружение гробницы Тутанхамона в 1922 г. затронуло глубинные пласты

<sup>4</sup> *Меджелле* постепенно был отменен везде, где он применялся: в Ливане (в 1932 г.), Сирии (в 1949 г.), Палестине, Ираке (в 1951 г.), Иордании (в 1979 г.), на Кипре, в Албании, Боснии и Герцеговине. В республиканской Турции *Меджелле* отменен в 1926 г., а последней страной, сделавшей это, стал Израиль в 1984 г. (см. § 1 «Закона об отмене *Меджелле*», 69-1119, № 156 от 1984 г.). Подробнее об этом см.: *Fridmann D. The Effect of Foreign Law on the Law of Israel: Remnants of the Ottoman Period // Israel Law Review, 10 (1985). P. 192–206.*

<sup>5</sup> *Hourani A. Arabic Thought in the Liberal Age, 1798–1939. London, 1961. P. 138.*



исторической памяти: поиск египетской национальной идентичности даже получил наименование фараонизации.<sup>6</sup>

В межвоенный период и особенно после Второй мировой войны в арабском мире усиливается кодификационная активность как в сфере мусульманского права, так и вне шариата. «В новых кодификациях можно выделить две главные тенденции: первая — синтез исламских и западных правовых идей в таких областях, например, как контракт; вторая — эклектизм в выборе источников. Кодексы, которые основывались исключительно на западном праве, более не следовали единой европейской норме права (*enactment*) со своей спецификой, но взяли принципы и нормы от разнообразия европейских статутов».<sup>7</sup>

Наиболее известным защитником синтеза шариата и западного права в арабском мире выступил Аль-Раззак аль-Санхури. Он стал пионером в создании новых гражданских кодексов для ряда арабских стран и сыграл решающую роль в разработке египетского ГК 1949 г.<sup>8</sup>

Зачем потребовался новый кодекс? Как отмечал Аль-Санхури, предыдущий кодекс был непрофессионально переведен с французского оригинала, не подходил для социально-экономических реалий Египта и стал восприниматься как колониальное наследие, ущемляющее суверенитет и единство арабской страны. Аль-Санхури утверждал, что необходимо принять новый гибкий ГК, который будет основываться на египетском опыте и на социологическом направлении в праве (оно нашло свое отражение в германском и итальянском ГК, обязательственном праве Швейцарии).<sup>9</sup>

Новому ГК Египта предстояло стать воплощением кодификационной системы континентального права. Выбор в пользу французского

---

<sup>6</sup> См., напр.: *Liebesny H. J. The Law of the Near and Middle East*. Albany (NY), 1975. P. 93–95, 98–100.

<sup>7</sup> *Ibid.* P. 98.

<sup>8</sup> Аль-Раззак аль-Санхури родился в Александрии 11 августа 1895 г. В 1913 г. он поступил в Школу права в Каире. После смерти отца, который был чиновником в правительстве, Аль-Санхури устроился работать в египетское Министерство финансов. По окончании обучения в 1917 г. Аль-Санхури продолжил карьеру в прокуратуре при смешанном суде в городе Аль-Мансура. После участия в антибританских волнениях в марте 1919 г. он был вынужден перейти в суд города Суэц. В 1920 г. Аль-Санхури получает должность преподавателя права в школе, где готовят шариатских судей, но через год уезжает во Францию для написания докторской диссертации. В Лионском университете Аль-Санхури подготовил две докторские работы. Одна посвящена трудовым вопросам в системе прецедентного права, другая — институту халифата, его основам, развитию и возможности реставрации после отмены в 1924 г. (эта работа издана в Париже в 1926 г.). Вскоре после возвращения в Египет в 1926 г. Аль-Санхури стал одним из основателей и первым деканом юридического факультета Каирского университета и Багдадской юридической школы. Также он некоторое время являлся министром юстиции и в то же время писал главный труд всей своей жизни: энциклопедию в десяти томах *Al-Wasit fi Sharh Al-Qanun Al-Madani* — Энциклопедию гражданского законодательства. В 1969 г. Аль-Санхури отошел от публичной деятельности, а в 1971 г. скончался. Полную его биографию см. в: *Hill E. Al-Sanhuri and Islamic Law. The Place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of 'Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri, Egyptian Jurist and Scholar*. Cairo, 1987. См. также: *Бекор Г. 1*) В поисках другого общественного порядка. Санхури и рождение арабского законодательства в Новое Время. Герцлия, 2004 (на иврите); 2) Между необходимостью и желанием: законодательство в арабском мире. Тель-Авив, 2000. С. 157–184 (на иврите).

<sup>9</sup> *Бекор Г. Между необходимостью и желанием. С. 167.*

влияния, видимо, стал ответом британцам на оккупацию Египта в 1882–1922 гг.<sup>10</sup> Кроме того, Аль-Санхури был тесно связан с двумя французскими юристами, находившимися в авангарде трансформации французского гражданского законодательства в начале XX в.: Э. Ламбером (*Lambert*) и Л. Жоссераном (*Josseran*). Оба являлись профессорами права, преподававшими в Лионском университете. Одновременно они были вовлечены в законотворческие процессы на Ближнем Востоке: Э. Ламбер помогал формулировать общие положения в Преамбуле нового египетского ГК, а Л. Жоссеран содействовал подготовке ГК Ливана 1932 г.<sup>11</sup>

Использование европейской доктрины остро поставило вопрос о соотношении подготавливаемого ГК и норм шариата. Аль-Санхури писал: «Не было во всем мире человека, который так любил шариат, как я. Я был одним из первых, кто изучал шариат и преподавал его в рамках юридической компаративистики».<sup>12</sup> Однако, во-первых, он был сыном своего времени — времени лаицизма,<sup>13</sup> а во-вторых, отчетливо осознавал, что без юридического плюрализма, т. е. сочетания нескольких правовых систем в рамках одного общества, шариату одному не справиться с вызовами современности.

Перед Аль-Санхури стояла проблема определения соотношения между новым ГК и великим множеством шариатских предписаний. Объективно существовала опасность поглощения шариатом норм ГК, построенных на основе западного права. В результате Аль-Санхури в ст. 1 ГК зафиксировал что-то вроде компромисса: шариат впервые включался в позитивное египетское право, однако не полностью, а только в форме «принципов шариата».<sup>14</sup>

Гражданскому исламскому праву (*fiqh muamalat*), как его себе представлял Аль-Раззак Аль-Санхури в докторской диссертации, надлежало пройти 3 стадии ревизии:

— научный уровень (исламское право должно преподаваться в компаративистском ключе наряду с другими юридическими науками): сам шариат нуждается в абстрактных, «чистых» нормах, которые касаются не только мусульман, а подходят для всего человечества, — тогда шариат будет живой правовой системой;

— законодательный уровень (внедрение новой доктрины в существующее право в рамках «правовой инженерии»): Аль-Санхури, объясняя такой метод переноса принципов шариата в действующее законодательство, говорит о случаях, когда судья, обнаружив лакуны в действующем законе, обращается к шариату и его принципам; таким образом, он создаст мусульманское право по типу развитого прецедентного права; однако

<sup>10</sup> См. статью: *Hill E. Al-Sanhuri and Islamic Law. The place and Significance of Islamic Law in the Life and Work of 'Abd al-Razzaq Ahmad al-Sanhuri, Egyptian Jurist and Scholar 1895–1971 // Arab Law Quarterly, 3 (1988). P. 33–64, 182–218. — P. 44.*

<sup>11</sup> Подробнее см.: *Reid D. Lawyers and Politics in the Arab World. Chicago, 1981. P. 19–20.*

<sup>12</sup> Цит. по: *Бекор Г. В поисках другого общественного порядка. С. 129.*

<sup>13</sup> От франц. *laïc* — мирской, светской, секулярный.

<sup>14</sup> *Hill E. Al-Sanhuri and Islamic Law // Arab Law Quarterly, 3 (1988). P. 182–185.*

этот процесс будет занимать определенное время, и суды к этому должны привыкать постепенно;

— превращение немусульманских юридических норм в нормы исламского права.<sup>15</sup>

Следует отметить, что позиция Аль-Санхури не нашла понимания у исламских экстремистов. Так, один из лидеров движения «Братья-мусульмане» Аль-Хадиби заявлял: «...любое законодательство в нашей стране, касающееся нашей жизни, должно руководствоваться принципами Корана. Говоря о Коране, я, естественно, имею в виду и Сунну Пророка (благословенна память Его), ибо заповедь Сунны есть заповедь Аллаха... [Коран и Сунна] должны быть источниками для любого законодательства, а если мы хотим что-то взять из законодательства и источников зарубежных стран, прежде всего мы должны вернуться к двум нашим источникам».<sup>16</sup>

Британский исследователь Норман Андерсон, анализируя египетский Гражданский кодекс, еще в 1954 г. выделил четыре уровня его связи с шариатом.<sup>17</sup>

1. Первую статью, упоминающую «принципы исламского закона», которые играют роль источника права в случае наличия в законах лагун, он оценивает скорее как романтическую, нежели реалистическую: «Действительная ее ценность ограничена ввиду туманности самого понятия “принципы шариата”, напоминающего выражение “естественная справедливость”». <sup>18</sup> Правда, с ним не соглашается видный египетский юрист Шапик Шахита, утверждая, что установление исламского закона в качестве формального источника для всего гражданского права есть «очень важное нововведение самого египетского Гражданского кодекса».<sup>19</sup>

2. Шариат повлиял на выбор юридических норм из западного права для ГК 1949 г.

3. В договорном праве из шариата были заимствованы нормы, касающиеся срока акцепта (время принятия оферты). Также заметно влияние ханафитской школы на право собственности.

4. Копирование юридических исламских норм, которые были закреплены в предыдущем гражданском кодексе (договор дарения, купли-продажи, институт, близкий к «сервитуту», и др.).

Приведенные мнения Аль-Санхури, Аль-Хадиби и Н. Андерсона демонстрируют неоднозначность восприятия самого факта имплементации мусульманского права в структуру позитивного права. Что касается законопроектов, касающихся пересмотра законодательства в сторону его исламизации, то они, несмотря на то, что не были приняты и инкорпорированы, отражают острую политическую полемику и серьезные разногласия внутри египетского общества, отголоски которых будут слышаться еще долгое время.

<sup>15</sup> Ibid. P. 49–51.

<sup>16</sup> Цит. по: *Mitchell R. The Society of the Muslim Brothers. Oxford, 1969. P. 86–87.*

<sup>17</sup> *Anderson N. D. The Shari'a and Civil Law // Islamic Quarterly, 1 (1954). P. 29–46.*

<sup>18</sup> Ibid. P. 32.

<sup>19</sup> Цит. по: *Бекор Г. Между необходимостью и желанием. С. 179.*

\* \* \*

Египетский ГК 1949 г. — это первый в истории аутентичный арабский кодекс, что для послевоенного арабского мира, получившего независимость, было крайне важно. Кодекс отражал уникальные политические условия Египта: эта страна прошла парламентскую либерализацию, достигла определенного уровня плюрализма мнений и свободы СМИ, что позволило провести законопроект через общественное обсуждение.

Кодекс послужил моделью для создания аналогичных гражданских кодексов во многих исламских странах: в Сирии (1949), Ираке (1951), Ливии (1953), Судане (1971), Алжире (1975), Иордании (1976), Йемене (1979), Кувейте (1980), что означало признание за Египетской Республикой превосходства в гражданском законодательстве и, как следствие, рост влияния Египта и в других сферах.

В египетском ГК 1949 г. первоначально нашли отражение два противоположных явления: секуляризм (отчетливо просматривается французское влияние) и религиозная составляющая правовой мысли мусульман. Таким образом, был создан паритет между действующим правом (*positive law*) и традиционным мусульманским законодательством (шариат). В то же время размытое понятие «принципы исламского права» после 1949 г. претерпело в трактовке египетских судов и Парламента определенные изменения в сторону его расширения и включения на волне исламизации в его орбиту религиозных коннотаций.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> Lombardi C. B. The State as Islamic Law in Modern Egypt. The Incorporation of the Shari'a into Egyptian Constitutional Law. Brill, 2006. P. 123–180.

## ПРАВО, ОБЩЕСТВО, ГОСУДАРСТВО

М. А. КАПУСТИНА



Капустина Мария Александровна,  
к. ю. н., доцент кафедры  
теории и истории  
государства и права  
юридического факультета СПбГУ

*Право и общество.* Право — явление социальное (общественное). Оно исторически сопровождает все существование общества, неотъемлемо присуще человеческому бытию. Если рассматривать общество как систему, то право, наряду с другими сферами жизнедеятельности общества (экономической, политической, духовной и т. д.), выступает подсистемой общества.<sup>1</sup> При всей дискуссионности вопроса о понятии самого общества и проблемы соотношения права и общества нельзя не признать, что право лишь относительно самостоятельное социальное явление, которое можно только аналитически вычленивать из других социальных явлений, например из экономики или морали. Поэтому знания о праве, о праве и обществе детерминированы представлениями об обществе, особенностями социально-гуманитарного знания в целом. Другими словами, социум, его структура генетически обуславливают (предопределяют) возникновение и назначение права в обществе.<sup>2</sup>

Общество — сложная система. Выделение человека из природы было обусловлено изменением способов производства материальных благ и форм организации социальной жизни. С одной стороны, общество существует во взаимодействии с природой, а с другой — оно само внутренне противоречиво и конфликтно. На протяжении всего своего существования люди искали наиболее целесообразные политические и правовые способы взаимодействия. Постепенно, стремясь к предсказуемости и упорядоченности, человечество вырабатывало нормы (правила) поведения. На заре человечества формирование общего социального пространства совместной жизнедеятельности людей обеспечивалось неинституциональными правилами поведения. Когда-то в первобытном (потестарном) обществе это были мифологизированные мононормы (протоправо).

© М. А. Капустина, 2008

<sup>1</sup> В этом смысле общество выступает как метасистема, т. е. более общая система по отношению к праву, политике, экономике и т. д.

<sup>2</sup> Честнов И. Л. Истоки права // Истоки и источники права. Очерки / под ред. Р. А. Ромашова, Н. С. Нижник. СПб., 2006. С. 31.

«Мононормы первобытного общества, — пишет Н. В. Варламова, — во многом представляли собой не социальные нормы в собственном смысле слова, а естественные (аналогичные техническим) правила взаимодействия человека с живой и неживой природой и себе подобными».<sup>3</sup>

Постепенно формируются человеческие (т. е. искусственно созданные, обусловленные прежде всего социальной, а не биологической природой человека) формы совместной жизни. В процессе общения людей те отношения, которые, повторяясь от случая к случаю, приобретают типичный характер, институционализируются, т. е. опосредуются социальными институтами. Институты обеспечивают нормативную (не индивидуальную, не казуальную) упорядоченность социального взаимодействия, так как в рамках институтов последовательно вырабатываются стереотипы поведения личности при реализации ею своих прав и обязанностей. Другими словами, отношения, опосредованные социальными институтами, становятся предсказуемыми, а поведение людей — ожидаемым. Взаимодействие индивидов упорядочивается легитимированными (одобренными) в обществе нормами и приобретает стабильный характер.<sup>4</sup> Формируются модели наиболее полезных (эффективных) способов взаимодействия индивидов, основанных на согласовании различных интересов отдельных лиц (персон), социальных групп. Таким образом, право рождено потребностями совместной жизни людей, необходимостью исключения произвола (непредсказуемости) в социальных отношениях; в этом смысле оно выступает мерой (институтом) социальной интеграции.<sup>5</sup>

Эмансипация личности от общности приводит к различению, а иногда и противопоставлению частных интересов отдельных лиц, частных и общих интересов. Стабильность (упорядоченность) общественных отношений возможна путем достижения определенного баланса (согласования) разных интересов, который выражается в праве. Таким образом, для существования самого общества важно социальное согласие в вопросах права. Право способно обеспечить порядок в отношениях между фактически неравными людьми, потому что обезличенные (неперсонофицированные, абстрактные) нормы права позволяют оценивать человеческие (персонофицированные, конкретные) поступки в качестве правильных или неправильных, справедливых или несправедливых на основе формального равенства, всеобщего масштаба и равной меры.<sup>6</sup>

Право регулирует те общественные отношения, в которых возможно ущемление свободы, причинение ущерба одним субъектом другому. Свобода без границ отрицает свободу другого. Интеграция общества с помощью права происходит путем упорядочения (нормирования) социального общения, абстрагирования от индивидуальных различий людей и признания каждого человека свободным и обладающим правами

<sup>3</sup> Варламова Н. В. Специфика правовой регуляции в соционормативной системе // Право и общество: от конфликта к консенсусу / под общ. ред. В. П. Сальникова, Р. А. Ромашова. СПб., 2004. С. 91.

<sup>4</sup> Нерсесянц В. С. Общая теория права и государства. М., 1999. С. 197.

<sup>5</sup> Спиридонов Л. И. Теория государства и права. СПб., 1995. С. 102–103.

<sup>6</sup> Варламова Н. В. Специфика правовой регуляции в соционормативной системе. С. 99–100.

и обязанностями по отношению к другим, формально равным ему, личностям. С этой точки зрения право можно рассматривать в качестве *способа и формы интеграции общества*, но не на основе унификации интересов, как происходит в тоталитарном государстве, а на основе обеспечения социальной интеграции (единства) при разнообразии интересов. Интеграция общества — сложная проблема единства в разнообразии. В конечном счете, и культурная ценность права обусловлена самой природой человеческого общества вне зависимости от этнических, религиозных, половых и других различий между индивидами.

Однако ценность права, его интегрирующая, нормативно-регулятивная роль не означает однородности права, точнее, одинаковости (унифицированности) норм права во всех обществах, во всех культурах, во всех цивилизациях. Например, там, где географические (климатические) или политические условия способствовали не эмансипации личности, а ее зависимости от коллектива, приоритетными были общие интересы, коллективные (не частные, не индивидуальные) формы собственности. Соответственно, право в этих обществах призвано обеспечить социальный порядок, допускающий свободу отдельного человека лишь в той мере, в какой она была бы полезна для обеспечения солидарности общности. Главное здесь не автономия личности, а социальная солидарность, интересы всего сообщества, обязанности человека по отношению к Богу, общине.<sup>7</sup>

Таким образом, интегративные свойства права, которые по-разному выражаются в разных культурах, универсальны.<sup>8</sup> Более того, внутри одного мультикультурного общества можно обнаружить плюрализм (разнообразие) систем нормативного регулирования.<sup>9</sup> Подобная локальность (неоднородность, гетерогенность) права ярко проявляется при сравнении восточной и западной культур, а также в мегаполисах, где в одном правовом пространстве сосуществуют разные этнические, религиозные и иные субкультуры. Особое внимание при этом следует уделить криминальным сообществам, формирующим систему так называемого теневого «права», вплоть до теневой «юстиции».

В результате на территории одного государства в одно и то же время сосуществуют официальное право (законодательство) и неофициальное «право», крайняя форма которого — «теневое право». Однако если подобный правовой плюрализм приводит к конфликту между нормами позитивного (положительного) права и нормами неофициального «права», например преступных сообществ, то ни о каком сосуществовании неофициального «права» речи быть не должно. Предписания, ритуалы, жаргон — все, что составляет корпус правил (норм), обязательных в противоправной деятельности, в преступных группировках, — не должны рассматриваться как правовые нормы. Это теневое «право» — не право, поскольку направлено на сохранение преступной субкультуры,

<sup>7</sup> Там же. С. 101.

<sup>8</sup> Честнов И. Л. Проблемы и перспективы юридической науки XXI века // Юриспруденция XXI века: горизонты развития. Очерки / под ред. Р. А. Ромашова, Н. С. Нижник. СПб., 2006. С. 109–110.

<sup>9</sup> См., напр.: Поляков А. В. Общая теория права. Феноменолого-коммуникативный подход. СПб., 2003. С. 496–504.

воспроизведение и трансляцию данной (преступной) культурной идентичности. Общество в целом рассматривается как среда, противостоящая теневому порядку. Следовательно, нормы теневого «права» не могут признаваться общеобязательными, так как не обеспечивают социальную интеграцию, целостность общества. Поэтому нельзя допускать включение норм, регулирующих преступную деятельность, в систему так называемого социального права, существующего наряду с национальным законодательством (государственно-организованным правом).

Право включено в систему социального регулирования и упорядочивает отношения в обществе, взаимодействуя с другими видами социальных норм и принципов. При этом право, признавая всех в одинаковой степени свободными, формально равными друг другу, тем самым не заставляет и не запрещает придерживаться определенных моральных или религиозных убеждений, а, наоборот, обеспечивает возможность личности самостоятельно (свободно) принимать решение о том, во что верить и каких моральных (нравственных) ценностей придерживаться. Одновременно именно право обязывает уважать свободный выбор другого, его моральные и религиозные принципы, не допуская причинения вреда или угрозы личной свободе.<sup>10</sup> Таким образом, право способствует социальной интеграции (стимулирует ее) даже тогда, когда не является главным регулятором отношений между людьми, например в религиозных культурах, где взаимоотношения подчиняются в первую очередь религиозным заповедям, а не нормам права.

*Универсальные свойства (принципы) права* (такие как свобода, формальное равенство, справедливость), обеспечивающие интеграцию общества на основе общеобязательных правовых норм, не означают неизменности (вечности) содержания норм права. Изменения, происходящие в обществе, влияют и на конкретное содержание норм о правах человека, на понимание свободы и справедливости в новых исторических (социокультурных) условиях. В конкретном социальном контексте правовые принципы формального равенства и свободы не исключают определенных льгот для ряда субъектов, например в форме социальных пособий, пенсий или налоговых льгот, государственных субсидий и пр. Формальное равенство не должно представляться социально обезличенным. Субъекты права должны взаимно признавать равную праводееспособность друг друга. Социальные льготы, пособия и т. п. правомерны тогда, когда основаны на принципе правового пропорционального равенства, т. е. их предоставление пропорционально социальным тяготам сограждан-налогоплательщиков и соответствует общему уровню реальной правосубъектности. Идея социальных прав человека заключается в обеспечении равного социального минимума стартовых возможностей субъектов права и, следовательно, в реализации (а не нарушении) принципа правового равенства и справедливости.<sup>11</sup>

<sup>10</sup> Варламова Н. В. Специфика правовой регуляции в соционормативной системе. С. 102.

<sup>11</sup> См. подробнее: Луковская Д. И. Самоценность свободы // Права человека: вопросы истории и теории. Материалы межвузовской научно-теоретической конференции. Санкт-Петербург, 24 апреля 2004 г. / сост. Е. В. Тимошина, Н. А. Чекунов; под общ. ред. Д. И. Луковской. СПб., 2004. С. 34–36.



**Государство: понятие, формы.** Государство обязано своему происхождению обществу и развивается вместе с обществом. Свойства, формы, функции государства историчны, во многом обусловлены особенностями отдельных типов культур и цивилизаций. Важно, в частности, учитывать резкое увеличение количества государств в мире в XX в., образование новых государств в связи с распадом ряда крупных государств (например, Австро-Венгерской монархии в 1918 г., СССР в 1991 г.) и освобождением большого числа государств от колониальной и иной зависимости (например, многих стран Африки). В прошлое столетие проходили процессы федерализации (увеличилось количество федераций) и автономизации (например, Испания, Италия), формирования новой формы межгосударственного объединения — содружества государств (например, СНГ — Содружество Независимых Государств); современные государства находятся в той или иной степени под влиянием глобализации, связанной с началом формирования планетарной цивилизации.

При исследовании государства как социального института в российской юридической науке большое внимание уделяется изучению формы государства, т. е. организации государственной власти и ее территориальному устройству, механизму и методам осуществления публичной власти. Однако если следовать традиции понимания государства как «политического общения»,<sup>12</sup> как «публично-властным образом интегрированного, организованного и управляемого социально стратифицированного общества»,<sup>13</sup> то форма государства должна рассматриваться формой формы (государства как формы общества),<sup>14</sup> и, следовательно, изучение механизма (аппарата) государства, организации и методов осуществления публичной власти не должно быть оторванным от социальных процессов, происходящих в обществе-государстве (государственно организованном обществе).

Особенности формы правления и государственного устройства разных государств затрудняют выработку единого определения понятия государства. Другая причина многовариантности определений этого понятия — разница в методологических подходах к познанию (пониманию, объяснению) государства как явления (феномена).

Так, Цицерон определял государство как «общий правопорядок».<sup>15</sup> Античные мыслители воспринимали полис (гражданскую общину), вне которого живут лишь боги и звери, формой и способом общения людей и искали пути упорядочения и гармонизации этого общения.<sup>16</sup>

<sup>12</sup> Луковская Д. И. О типах понимания государства // Социальное правовое государство: вопросы теории и практики. Материалы межвузовской научно-практической конференции. Санкт-Петербург, 21 июня 2003 г. / сост. Н. С. Нижник, Н. А. Чекунов; под ред. Д. И. Луковской. СПб., 2003. С. 6.

<sup>13</sup> Мамут Л. С. Государство в контексте глобализации // Право и политика. 2004. № 1. С. 4.

<sup>14</sup> Именно так исследует форму государства Т. С. Мамрашов: *Мамрашов Т. С. Современные тенденции эволюции форм государства*. Автореф. дис. ... к. ю. н. Тамбов, 2007. С. 12.

<sup>15</sup> В XX в. Г. Кельзен рассматривал государство как «нормативный правопорядок».

<sup>16</sup> Луковская Д. И., Козлихин И. Ю. Право, государство, политика (к разработке современной концепции правового государства) // Политико-правовое устройство реформируемой России: планы и реальность. Сер. «Россия накануне XXI века». Вып. 3. СПб., 1995. С. 119–120.

Общество и государство начинают анализироваться как феномены, не совпадающие друг с другом в Новое время. «Государство предстает как средоточие реальной политической власти, способной использовать ее в зависимости от конкретных обстоятельств как во благо, так и во вред обществу»<sup>17</sup>, — отмечают Д. И. Луковская и И. Ю. Козлихин. К эпохе становления европейских национальных государств восходит *институциональная традиция* трактовки государства. Государство начинает олицетворять собой правитель (государь, суверен). Следует признать, что аппарат публичной власти — действительно важный неотъемлемый элемент (признак) государства, но не тождественный государству как таковому. Положительная сторона понимания государства в качестве аппарата публичной власти (институциональной традиции) — актуализация профессионализма должностных лиц и служащих государственных органов власти и управления.

В юридической науке термин «государство» используется в широком («страна»,<sup>18</sup> «национальное государство») и в узком («государственный аппарат», «публичная власть») смыслах.<sup>19</sup> При этом исследуются, главным образом, форма организации государственной власти, структура аппарата государства, признаки и виды государственных органов. Что же касается понятия «*национальное государство*», то сам термин «национальное» в определенном смысле условен. Целостность современного национального государства определяется прежде всего общностью территории проживания людей, устойчивостью экономических, политических, культурных связей между ними, т. е. историко-социокультурной идентичностью людей, объединяемых данным государством.<sup>20</sup>

Разные подходы к определению понятия государства в истории политико-правовой мысли отражают разницу в понимании проблемы происхождения государства. Существует много теорий (концепций) происхождения государства: от в известной мере мифологизированных и религиозных теорий древности и средневековья до преимущественно светских (рационалистических) концепций нового и новейшего времени.<sup>21</sup>

В Новое время широкое распространение получила теория договорного образования государства (*теория общественного договора*), актуальная и в наши дни, так как соответствует идее правового государства. В рамках этой теории государство рассматривается как «союз свободных людей»,<sup>22</sup> как результат договора между людьми, «заключенного ради соблюдения права и общей пользы».<sup>23</sup> Договорная теория происхождения государства основана на естественно-правовой концепции, на признании

<sup>17</sup> Там же.

<sup>18</sup> См., напр.: *Теория государства и права* / под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перелова. М., 1997. С. 117.

<sup>19</sup> *Общая теория государства и права. Академический курс. В 2 т.* / под ред. М. Н. Марченко. Т. 1. Теория государства. М., 1998. С. 87–88.

<sup>20</sup> *Мамут Л. С.* Государство в контексте глобализации. С. 4.

<sup>21</sup> *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства. С. 204.

<sup>22</sup> *Гроций Г.* О праве войны и мира. Три книги, в которых объясняются естественное право и право народов, а также принципы публичного права. М., 1956. С. 74.

<sup>23</sup> Там же.

естественных прав человека.<sup>24</sup> Идея общественного договора в современных условиях воплощена в конституциях, особенно принятых в порядке референдума (например в Конституции РФ 1993 г.).

С конца XX века в научной литературе популярен так называемый *многофакторный подход* к вопросу о возникновении государства, в соответствии с которым процесс образования государственности в обществе рассматривается как результат действия целой системы причин и условий. Однако на первый план выходят антропологические причины, социальная природа человека и, следовательно, общественное согласие в вопросах права и государства, т. е. договор всех вместе и каждого в отдельности (Дж. Локк) об учреждении государства для обеспечения естественных прав человека. Договор (конституция), таким образом, выступает средством социальной легитимации государства, права, порядка отношений между людьми.<sup>25</sup>

Понятие и формы государства в современной литературе исследуются на основе признаков (элементов) государства, важнейшими из которых считаются территория, население, публичная власть. Л. И. Спиридонов писал, что определения государства, относящиеся к концу XIX — началу XX в., «включают в качестве специфических видовых отличий государства как общности народ, публичную власть и территорию».<sup>26</sup> Проведенный им сравнительный анализ демонстрирует, что и в современной иностранной литературе государство определяется аналогичным образом.<sup>27</sup> Оксфордский юридический толковый словарь 2006 г. также характеризует государство в качестве суверенного и независимого образования (субъекта права), способного вступать в отношения с другими государствами и обладающего международно-правовым статусом, которое должно иметь: 1) постоянное население (пусть даже малочисленное, как, например, в Ватикане); 2) четко определенную территорию, на которую распространяются властные полномочия данного образования (хотя его границы могут быть четко не определены и быть спорными, как в случае с Израилем); 3) эффективно действующее правительство.<sup>28</sup>

Территория — важнейший признак государства, а государственное (территориальное) устройство — один из элементов (институтов) формы государства. Исторически территориальная организация населения и публичной власти приходят на смену кровнородственному принципу объединения людей и распространения на них общественной власти. Территория государства обладает постоянством<sup>29</sup> и является своего рода

<sup>24</sup> См. подробнее: *Нерсесянц В. С.* Общая теория права и государства. С. 217–224; *Царьков И. И.* Естественно-правовая доктрина и теория общественного договора: единство двух концепций // *Право и политика.* 2005. № 1. С. 25–35.

<sup>25</sup> *Луковская Д. И.* О типах понимания государства // *Социальное правовое государство: вопросы теории и практики.* С. 7–8.

<sup>26</sup> *Спиридонов Л. И.* Теория государства и права. С. 23.

<sup>27</sup> Там же.

<sup>28</sup> *Oxford Dictionary of Law.* 6<sup>th</sup> ed. Oxford, 2006. P. 510–511.

<sup>29</sup> Истории известны случаи, когда территория государства передвигалась вместе с населением (например монгольские кочевые племена). Однако в современном мире территория государства должна иметь постоянные границы.

материальной базой, естественным условием существования и функционирования государства.<sup>30</sup>

*Территория государства* — это пространство, на которое распространяется государственная власть. В этом смысле территория государства включает в себя четыре компонента: 1) сухопутную территорию государства (земля и ее недра); 2) водную территорию государства (например реки, озера); 3) воздушную территорию (воздушное пространство над сухопутной и водной территорией государства); 4) объекты, юридически приравненные к территории государства (например территория морских, воздушных судов, следующих под флагом данного государства, помещения консульств и посольств, фактически находящихся на сухопутной территории других государств).

Вопросы, связанные с территорией государства, ее границами, территориальной целостностью, территориальной неприкосновенностью, особенно актуализировались в XX в. Сегодня сформирована целая система международных правовых принципов, направленных на недопущение произвольного вторжения на территорию (вмешательства в дела) государства. Проблемы границ государства и территориальной целостности занимают важное место в исследованиях международно-правового характера, однако общетеоретическое понятие территории государства, территории как признака государства в современной научной и учебной юридической литературе разработано недостаточно. В частности, это касается конфедераций (союзов государств), содружеств государств (ассоциированных объединений государств), а также сообществ государств (межгосударственных образований, например ООН, НАТО и др.). Государство — сложное социальное явление, и территория не всегда рассматривается в качестве его элемента (признака). Тем не менее форме государственного (территориального) устройства в правовой науке уделяется большое внимание, особенно федерализму.

Принципы территориальной организации населения и публичной власти в государстве различаются в простых (унитарных) и сложных (федеративных) по *форме государственного (территориального) устройства* государствах. Простая и сложная формы государственного устройства различаются по характеру внутренней структуры государства, т. е. его административно-территориальному делению. Территория унитарных государств включает в себя административно-территориальные единицы (образования), непосредственно подчиненные центральным органам государственной власти. Такие административные единицы не самостоятельны. Существует единая иерархическая система органов государственной власти (один законодательный орган, одно правительство, один верховный суд) и единая система законодательства. В этом смысле форма государственного устройства унитарных государств называется простой в отличие от сложной территориальной организации государственной власти в федерациях, где субъекты федерации (штаты — в США, земли — в ФРГ и т. д.) образуют собственные органы государственной власти, действующие наряду с федеральными (высшими). Сложное

<sup>30</sup> *Общая теория государства и права*. Т. 1. С. 96.

государственное (территориальное) устройство приводит к формированию двух систем законодательства: федеральной и региональной (законодательство субъектов федерации).

В известном смысле промежуточной моделью между централизованным (простым) и федеративным (сложным) государственным устройством можно считать унитарные государства, в состав которых входят автономии, обладающие значительной самостоятельностью в решении вопросов местного значения (например, Испания, Италия). Поэтому унитарные государства по степени централизации государственной власти делятся на централизованные (административно-территориальные единицы подчинены прямо центральным органам власти и только им) и децентрализованные (административно-территориальные единицы могут быть подчинены одновременно и центральным, и местным представительным органам власти).

Не менее важный признак государства — *население*, постоянно проживающее на территории государства и, собственно говоря, образующее (создающее) государство. Догосударственная организация людей основывалась на кровнородственных отношениях. Государственная организация населения основана на правовом институте подданства или гражданства. Иностранцы и лица без гражданства юридически к населению как признаку (элементу) государства не относятся, однако государство должно уважать права иностранца (лица без гражданства) как права человека.<sup>31</sup>

Территория и население государства — принципиально важные признаки (элементы) государства. Их отсутствие (например отчуждение территории) означает прекращение существования государства. И наоборот, сохранение собственной территории и населения даже в случае оккупации позволяет государству оставаться субъектом международных отношений, т. е. сохранить свою международную правосубъектность. История человечества — история войн, миграций, переселений. Государства (национальные государства) возникали зачастую с целью организации общего экономического и политического пространства жизни людей, населяющих определенную территорию (географическое пространство).

Еще один признак государства — *публичная власть*. В современной российской юридической литературе публичную власть рассматривают в качестве самого важного признака государства.<sup>32</sup> Однако единства в определении понятия публичной власти нет. Власть призвана упорядочивать общественные отношения. При этом исторически в обществе постепенно выделяется слой людей, занимающихся управлением и контролем за общественными (публичными) делами, но не совпадающий с населением в целом. Необходимость упорядочения общественных отношений (порядка) определяет значение публичной власти как признака государства. Публичная власть организует решение общих дел (обеспечивает

<sup>31</sup> Например, в России гражданин иностранного государства (лицо без гражданства), находящееся на территории РФ, может обратиться с заявлением к Уполномоченному по правам человека.

<sup>32</sup> См., напр.: *Общая теория государства и права*. Т. 1. С. 94; *Поляков А. В., Тимошина Е. В.* *Общая теория права*. СПб., 2005. С. 209–212.

общественный порядок) посредством системы государственных органов, которые составляют государственный аппарат. Публичная власть отделена от власти частной (социальной), а государственная власть — вид политической власти, и они связаны отношениями взаимообусловленности и равноположенности. Современное государство осознается не как высшая ценность, как носитель общего блага, а как один из факторов социальной организации, равноположенный негосударственным силам (корпорациям, языковым и этническим общностям и др.). В XXI в. государство все больше осуществляет механизм направления вместо управления обществом, опираясь на широкую социальную коалицию (предприниматели, средний класс). Однако если говорить о России, то государство — это аппарат публичной власти, иерархическая организация чиновничества.

Порядок образования высших органов государственной (публичной) власти, их структура и принципы взаимоотношений между собой и с населением характеризуют *форму правления* государства. Различают монархическую и республиканскую формы правления. Отличительными чертами монархии являются институт правящей династии и, следовательно, наследственный порядок преемственности верховной власти, отсутствие юридической ответственности монарха как главы государства. Республиканская форма правления основана на принципах выборности, срочности и коллегиальности государственной (публичной) власти. При этом исторические и современные формы правления реальных государств часто демонстрируют сочетание монархических и республиканских принципов организации государственной власти. Современные парламентские монархии — форма правления, близкая к парламентской республике.

Одна из современных тенденций, характеризующих систему институтов публичной власти, — наметившийся переход от иерархической модели организации публично-властных отношений к горизонтальной. Горизонтальный (сетевой) принцип организации отношений широко внедряется в бизнесе, негосударственных структурах, так как, исключая большое количество звеньев среднего и высшего управленческого аппарата, более гибок, подвижен.<sup>33</sup> Очевидно, что полное исключение иерархического принципа организации аппарата государства невозможно. Однако преобразование системы органов государственной власти путем разумного упрощения традиционной иерархии, распределения публично-властных полномочий по горизонтали между различными институтами государства, сочетания принципов централизации и децентрализации в построении публично-властных отношений необходимо для рациональной организации государственного механизма, способного быстро реагировать на изменения в условиях жизнедеятельности общества, в частности связанные с процессами глобализации.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> Азроянц Э. А. Размышления о будущем // Глобализация или конфликт цивилизаций. М., 2002. С. 50, 81; Мамут Л. С. Государство в контексте глобализации. С. 8–9; Ришар Ж.-Ф. Двадцать лет спустя. Глобальные проблемы и способы их решения // Россия в глобальной политике. 2003. Т. 1. № 2. С. 157.

<sup>34</sup> Мамут Л. С. Государство в контексте глобализации. С. 9.

С публичной властью связан еще один признак государства — *суверенитет*, т. е. верховенство государственной власти внутри страны (на территории данного государства) и ее независимость (возможность принимать самостоятельные решения) в международных отношениях. Суверенитет национального государства (государства-общества, государства-нации) коренится в суверенитете народа, в возможности народа автономно принимать решения об организации государственной власти, системе экономических и политических отношений внутри страны и принципах взаимоотношений с другими государствами.

Внутренний суверенитет государства — результат легитимации государственной власти населением страны в условиях конкурентной борьбы внутривнутриполитических сил. Сегодня наблюдается эрозия внутреннего суверенитета государства. На объем суверенитета государства большое влияние оказывает гражданское общество, ограничивающее пределы действия государства правами и свободами человека и гражданина. Кроме того, понятие суверенитета государства требует переосмысления в связи с общепланетарными проблемами (прежде всего экологическими), которые могут быть решены только солидарным участием многих или всех государств мирового сообщества.

Сегодня национальные государства являются участниками межгосударственных (универсальных и региональных) объединений, превращаясь в так называемые «государства-члены» международных институтов и органов управления. Государства, участвуя в самых разных наднациональных международных организациях (союзах, содружествах и т. д.), как бы обменивают часть своих суверенных прав на возможность доступа к коллективному (международному) товаропроизводству. Может быть, наиболее ярким примером здесь выступает Европейский Союз. Принимая на себя обязательства перед наднациональными сообществами, государство должно учитывать фактор иностранного влияния в процессе производства товаров даже при решении внутренних экономических вопросов (например привлекать иностранные инвестиции), считаться с интересами других стран, рассчитывая взамен на содействие межгосударственных объединений в решении собственных внутренних и внешних государственных (национальных) задач. Государство стало лишь одним из многих игроков на международном рынке.

Большое влияние испытывает государственный суверенитет со стороны глобальных рыночных сил, прежде всего транснациональных корпораций и финансово-промышленных групп. Сфера деятельности национальных государств на международном рынке медленно сужается. Государства постепенно становятся участниками единой мировой экономической системы, что отражается и на решении внутриэкономических вопросов. Суверенитет современного государства в большей или меньшей степени оказывается зависимым от глобалистских устремлений ряда стран и тех транснациональных корпораций, которые заинтересованы в подчинении своему влиянию экономических интересов определенного региона. Складывается ситуация, когда принципиально важные для экономики национального государства решения, например в части системы налогообложения, финансовой системы в целом, принимаются

вне границ юрисдикции данного государства, так как в условиях глобализации и деятельности транснациональных корпораций продукция может производиться в одной стране, а налоги уплачиваться — в другой. Очевидно, что в связи с этим роль национального государства в принятии экономических решений ослабляется, а его суверенитет ставится под сомнение.<sup>35</sup> Тем не менее прав Л. С. Мамут, настаивая на сохранении суверенитета как «имманентного свойства государства».<sup>36</sup> Юридически и в XXI в. национальные государства остаются самостоятельными и равноправными. Но это не означает, что государство полностью свободно в принятии решений. Всегда были те или иные обстоятельства, ограничивающие свободу действий государства, т. е. ограничивающие возможности реализовать государством свои права, не исключая сами суверенные права национального государства. Чем сильнее национальное государство, тем меньше разница между объемом его юридической (суверенитетом) и фактической самостоятельности.

Материальную основу деятельности государства, значительную часть его бюджета составляют налоги, государственные займы. Поэтому ряд исследователей называют налоги характерным признаком государства.<sup>37</sup>

Форма правления как характеристика верховной государственной власти, порядка ее формирования тесно связана с *политическим режимом*, т. е. методами осуществления государственной (публичной) власти. «Главное в политическом режиме, — писал Л. И. Спиридонов, — порядок и условия формирования государственной власти».<sup>38</sup> Демократические и недемократические (авторитарные и тоталитарные) политические режимы различаются в первую очередь по способам и принципам организации высших органов государственной власти, степени участия населения в их формировании и управлении страной в целом. Так, для демократического политического режима характерен принцип разделения властей, независимое правосудие, представительные органы власти (парламент), имеющие «мандат» народа. Необходимой предпосылкой демократического политического режима является формирование гражданского общества.

**Право и государство.** Одна из наиболее дискуссионных проблем юридической науки — соотношение права и государства. Сложность решения этой проблемы связана прежде всего с отсутствием в истории политико-правовой мысли и в современной литературе единого (единообразного) понимания природы государства и права, их свойств, признаков и, следовательно, характера взаимосвязи. Важно учитывать, что сама постановка вопроса о соотношении права и государства характерна для Нового времени. Многие античные мыслители понимали государство как общий правопорядок, «как урегулированное правом общение, что в конечном счете не могло не привести к отождествлению права и

<sup>35</sup> См., напр.: Валлерстайн И. Конец знакомого мира. Социология XXI века. М., 2003. С. 102; Мамут Л. С. Государство в контексте глобализации. С. 6–7.

<sup>36</sup> Мамут Л. С. Государство в контексте глобализации. С. 7.

<sup>37</sup> См., напр.: Общая теория государства и права. Т. 1. С. 99–100; Спиридонов Л. И. Теория государства и права. С. 22.

<sup>38</sup> Спиридонов Л. И. Теория государства и права. С. 52.



государства». <sup>39</sup> Подобное отождествление, как отмечают Д. И. Луковская и И. Ю. Козлихин, прослеживается и в философии И. Канта, и в так называемой «чистой теории права» Г. Кельзена, который «рассматривал государство как нормативный правопорядок, или как централизованный правовой порядок». <sup>40</sup>

При этом для уяснения разницы в концептуальных подходах к вопросу о соотношении права и государства важно учитывать особенности античных представлений о праве (государстве). Во-первых, они во многом носили мифологизированный характер. Во-вторых, свобода понималась как состояние, противоположное рабству, с одной стороны, и как состояние, противоположное хаосу, — с другой. Следовательно, свобода — коллективная ценность, общий правопорядок, от которого производны права граждан античного полиса. В-третьих, право рассматривалось вне связи с представлениями о государственном суверенитете в его позднейшем европейском понимании. Другими словами, право — явление самостоятельное, т. е. не получающее (не заимствующее) свои свойства от государства, но возможное, например, по Аристотелю, только в государстве (полисе). Право упорядочивает отношения между людьми, делает их предсказуемыми и исключает из человеческих отношений произвол настолько, насколько это, в принципе, возможно. Право есть равная мера и для правящих, и для подвластных. <sup>41</sup>

Однако история продемонстрировала реальную возможность использования идеи отождествления права и государства в условиях тоталитарной модели соотношения права и государства, например в нацистской Германии XX в., когда не право, рожденное в обществе, лежит в основе закона, а само государство творит право в форме закона. *Тоталитарная* или *этитатически-тоталитарная*, как ее называет В. М. Корельский, <sup>42</sup> теоретическая модель соотношения права и государства основывается на классическом юридическом позитивизме XIX в., на традиции отождествления права и закона, созданного государством и выражающего его волю. Здесь государство ставит себя над правом, выше и важнее права. Государство не признает верховенства права. Источник права усматривается в самом государстве. Государство в своей деятельности не связано правом (правовыми принципами, такими как правовая свобода, правовое равенство, справедливость). Правом признается, по сути, любая норма (правило поведения), обеспеченная силой государственного принуждения, а сущность права видится в принуждении. На первый план выходят формально-юридические требования, предъявляемые к закону, такие как общеобязательность норм закона, ясность изложения норм, их стабильность, футуроспективность действия (недопустимость по общему правилу обратного действия закона), обнародованность. Содержание закона, с точки зрения его соответствия правовым принципам, не рассматривается.

<sup>39</sup> Луковская Д. И., Козлихин И. Ю. Право, государство, политика. С. 116.

<sup>40</sup> Там же. С. 116–117.

<sup>41</sup> Там же. С. 118–119.

<sup>42</sup> Теория государства и права / под ред. В. М. Корельского и В. Д. Перевалова. С. 125.

Вторая теоретическая модель соотношения права и государства получила название «*прагматической*».<sup>43</sup> Она также основывается на юридическом позитивизме, но если в тоталитарной модели государство ставит себя выше права (закона, им самим созданного), то в данной модели государство связано в своей деятельности законом как собственным производением. Вопрос о содержательных характеристиках законов в правовом смысле не ставится. Подобное понимание права и государства (точнее, государства и закона) актуализируется в сложные переходные периоды, и, судя по современной литературе, к этой модели склоняются сегодня в России.<sup>44</sup> В частности, Р. А. Ромашов определяет «сильное государство» как государство, которое в полном объеме выполняет «собственные обязательства перед обществом и отдельными гражданами, соблюдая требования предписаний, самим же государством установленные... Подобный подход предполагает принципиальную возможность государства действовать в соответствии с принципами “государственной целесообразности”, однако, само государство в силу той же целесообразности стремится к самоограничению».<sup>45</sup> Таким образом, в прагматической модели государство связывает (ограничивает) себя правом, отождествляя право с системой законов, созданных самим государством. Правовые свойства этих законов сводятся к соответствию формальных признаков закона и других формально-юридических источников права требованиям юридической (законотворческой) техники. Понимание права как системы законов роднит (не отдаляет) в известной степени данную модель соотношения права и государства с тоталитарной моделью.<sup>46</sup>

*Либеральная модель (концепция) соотношения права и государства* основана на признании верховенства права. Органы государства и должностные лица обязаны действовать на основе права (правовых принципов), защищать, охранять и гарантировать права человека. Либеральная традиция правопонимания проводит различие между правом и законом государства. Государство не является источником права, наоборот, деятельность государства должна подчиняться праву. Право выше и важнее государства. Таким образом, принципиальное (концептуальное) различие между прагматической и либеральной моделью сводится к тому, что в прагматической модели государство ограничено (связано) законом, а в либеральной — правом, т. е. прежде всего правами человека. Например, Конституция РФ провозглашает человека, его права и свободы высшей ценностью, их признание и защита — обязанность государства. В Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права человека.

<sup>43</sup> См., напр.: Матузов Н. И. Государство и право в их соотношении // Теория государства и права. Курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. С. 221.

<sup>44</sup> См., напр.: *Государство и право на рубеже веков*. Материалы межвузовского научно-практического семинара. Санкт-Петербург, 19 июня 2000 г. / под общ. ред. В. П. Сальникова. СПб., 2000. С. 6–7, 15; Матузов Н. И. Государство и право в их соотношении. С. 221.

<sup>45</sup> *Государство и право на рубеже веков*. С. 15.

<sup>46</sup> Трудно согласиться с Н. И. Матузовым, который считает, что прагматическая модель «по своей сути либеральная» (Матузов Н. И. Государство и право в их соотношении. С. 221).

Либеральная модель соотношения права и государства базируется прежде всего на естественно-правовой концепции, зарождение которой связано с античностью, так как многие мыслители древности проводили различие между естественным и позитивным правом. Закон должен соответствовать не только формальным требованиям ясности (понятности), стабильности, доступности (известности) и пр., но и праву, т. е. посредством всеобщих деперсонифицированных норм утверждать в обществе равенство, свободу, справедливость и, следовательно, правовой порядок. Именно либеральная модель соотношения права и государства легла в основу современной европейской концепции правового государства.

Реальное взаимодействие права и государства осуществляется по следующим главным направлениям.

Во-первых, взаимодействие права и государства очевидно в сфере правоустановления. Государство издает законы (нормативные правовые акты) и тем самым позитивирует, т. е. выражает в действующем законодательстве (позитивном праве), принципы права. Юридические источники права, признанные и санкционированные государством, придают праву свойства формальной определенности. При этом посредством законодательства легализуется и сама деятельность государства, законодательно устанавливается система высших органов государства, порядок их формирования и взаимодействия друг с другом и с населением.

Во-вторых, государство призвано содействовать субъектам права в реализации ими своих прав и обязанностей, защищать и охранять права и свободы человека, правовой статус личности. В частноправовой сфере государство должно охранять договорные отношения между физическими и юридическими лицами, например гарантировать всем субъектам предпринимательских отношений судебное рассмотрение споров между ними, между предпринимателями и государственными органами, между предпринимателями и потребителями.

В-третьих, государство должно предотвращать и пресекать правонарушения, привлекать правонарушителей к юридической ответственности. Право (закон) определяет вид и справедливую меру юридической ответственности (государственного принуждения).

Наконец, межгосударственные отношения основываются на международном праве, принципы и нормы которого вырабатываются всем мировым сообществом. При этом, с одной стороны, международное право есть результат согласования правовых позиций разных государств (суверенных субъектов международного общения), а с другой — многие государства в своих конституциях закрепляют принцип приоритета международно-правовых принципов и норм международных договоров по отношению к собственным законам.

## САНКЦИЯ КАК СТРУКТУРНЫЙ ЭЛЕМЕНТ ПРАВОВОЙ НОРМЫ

А. И. МЯГКИХ\*

Определение содержания категории «санкция» и ее места в правовой системе — предмет непрекращающейся полемики ученых в области как общей теории права, так и отраслевых наук. Дискуссия о том, является ли санкция элементом нормы и каким именно (обязательным или факультативным), снова возвращает теоретиков к проблеме структуры правовой нормы.

Под структурой правовой нормы принято понимать логическую модель, способствующую лучшему выражению права в целом и отдельных правовых норм, ясному их изложению в законе и в нормативных правовых актах, правильному применению на практике. Чтобы определить место санкций в структуре правовой нормы, необходимо определиться с количеством элементов нормы права, их назначением и характером взаимосвязи.

Традиционно ученые признают модель правовой нормы единство трех взаимосвязанных элементов: гипотезы, диспозиции и санкции. При этом гипотеза фиксирует условия действия правила поведения, диспозиция излагает само правило, а санкция указывает на последствия нарушения диспозиции. Такую конструкцию еще называют «логической структурой нормы», поскольку в большинстве случаев трехчленная норма не совпадает с текстом нормативных правовых актов и воссоздается путем логического анализа. Единство гипотезы, диспозиции и санкции отражает и логику права.

Сторонники признания трехчленного состава нормы права считают санкцию ее неотъемлемой частью. По мнению Ю. С. Жицинского, санкция является самостоятельным элементом нормы, без которой последняя бессильна.<sup>1</sup> По выражению Ф. Н. Фаткуллина, санкция — «имманентный элемент нормы права», обозначающий меру ее государственного обеспечения. Автор полагает, что поскольку виды и меры различных обеспечительных средств, без которых норма перестает быть правовой, их «дозировка» содержится в санкции, то всякая норма права должна иметь в качестве одного из законных элементов своей структуры санкцию.<sup>2</sup>

\* Мягких Анна Игоревна — аспирантка Рязанского государственного университета им. С. А. Есенина.

© А. И. Мягких, 2008

<sup>1</sup> Жицинский Ю. С. Санкции норм советского гражданского права. Воронеж, 1968. С. 44.

<sup>2</sup> Фаткуллин Ф. Н. Основы учения о праве и государстве. Казань, 1997. С. 59.

Факультативность санкции отнюдь не означает необеспеченности норм права. О. С. Иоффе, М. Д. Шаргородский, признавая, что любая норма права обеспечивается государственными охранительными мерами, допускают отсутствие санкций в правовых нормах, объясняя это тем, что они могут охраняться посредством санкций других норм либо при помощи всей системы права.<sup>3</sup> Аналогичной точки зрения придерживаются и Ю. В. Кудрявцев, по утверждению которого «санкцией обеспечены все нормы права, и это результат системности права, взаимосвязи и “взаимоподдержки” правовых норм».<sup>4</sup>

О. Э. Лейст рассматривает санкцию не как составную часть отдельно взятой нормы права, а как ее необходимый атрибут, поскольку норма права представляет собой не сумму правил поведения (диспозиция), условий его применения (гипотеза), последствий их нарушения (санкция). Норма права тождественна диспозиции, а гипотеза и санкция — это атрибуты нормы права.<sup>5</sup> Между тем, как отмечает С. С. Алексеев, «атрибут — это уже не структурная часть, а свойство нормы».<sup>6</sup> В связи с этим термин «атрибут» не совсем удачен, поскольку, например, гипотеза как юридический факт объективно существует независимо от диспозиции и находится с ней в причинно-следственных связях, а потому не может составлять отдельную правовую норму.

Наряду с трехчленной логической нормой С. С. Алексеев выделяет понятие «норма-предписание» — первичное звено нормативной системы, прямо выраженное в тексте нормативного акта. Нормы-предписания состоят из двух обязательных элементов — гипотезы и диспозиции, либо гипотезы и санкции. Они могут быть двух видов: регулятивные (правоустановительные) и охранительные. В регулятивных нормах вторым элементом является диспозиция (правило поведения, указывающее на права и обязанности участников правоотношения), а в охранительных — санкция (государственно-принудительные меры к правонарушителю).<sup>7</sup>

В настоящий момент концепция двухэлементного строения правовой нормы составляет серьезную теоретическую оппозицию классическому пониманию структуры правовой нормы. В защиту своей позиции сторонники двучленной нормы указывают на рассогласованность частей трехчленной правовой нормы. Поскольку элементы такой нормы могут находиться в разных нормативно-правовых актах, то ее части могут создаваться, изменяться и отменяться в разное время.<sup>8</sup> Рассогласованность частей трехчленной нормы проявляется и в том, что она не реализуется как единое целое. В случае реализации диспозиции в применении санкции не возникает необходимости. Кроме того, диспозиция и санкция относятся к разным адресатам.

<sup>3</sup> Иоффе О. С., Шаргородский М. Д. Вопросы теории права. М., 1961. С. 157–160.

<sup>4</sup> Кудрявцев Ю. В. Нормы права как социальная информация. М., 1981. С. 82.

<sup>5</sup> Лейст О. Э. Санкции в советском праве. М., 1962. С. 21.

<sup>6</sup> Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 63.

<sup>7</sup> Там же. С. 59.

<sup>8</sup> Черданцев А. Ф. Специализация и структура нормы права // Правоведение. 1970.

К подобному выводу пришел Ю. В. Кудрявцев, проанализировав информационный аспект логической структуры нормы права. Автор отмечает, что санкция качественно отличается от гипотезы и диспозиции (поскольку может содержать как программную информацию для одного лица, так и прогностическую для другого адресата). Гипотеза охранительной нормы содержит указание на несоблюдение диспозиции, а также всю информацию гипотезы охраняемой нормы. Она обязательна для нормы права. Санкция же представляет собой диспозицию самостоятельной нормы, вступающей в действие в случае нарушения «предыдущего», связанного с ней, предписания. В целом же система правовых норм строится из комплексов двухзвенных норм, «обслуживающих» одна другую в случае нарушения.<sup>9</sup> Данный подход, на наш взгляд, преодолевает односторонность классической трехзвенной модели и объясняет тот факт, что трехчленная норма не реализуется как единое целое и ее элементы имеют разных адресатов.

Мнение о существовании обоих видов норм (двучленной и трехчленной) разделяется многими теоретиками права. С. С. Алексеев считает теоретически оправданным и практически необходимым использовать оба подхода к структуре правовой нормы.<sup>10</sup>

Для того чтобы разрешить антиномию существования как трехчленной структуры правовой нормы (где в качестве третьего элемента выступает санкция), так и двучленной (не содержащей санкцию в качестве обязательного элемента), Е. Я. Мотовиловкер предлагает обратиться к синтезу этих двух противоречивых суждений. По мнению автора, структура правовой нормы содержит четыре элемента: гипотезу и диспозицию, отрицание диспозиции и санкцию. Такая структура объясняется тем, что актуализация санкции наступает только в случае отклонения от диспозиции. Диспозиция не может указывать на свое отрицание, поэтому юридический факт отклонения отражается в отдельном элементе, который, по сути, является гипотезой охранительного предписания.<sup>11</sup> В зависимости от характера гипотезы и определяются юридические последствия, отраженные в санкции.

Как нам представляется, четырехчленная структура в наибольшей степени отражает взаимообуславливающую и взаимоисключающую связь между регулятивными и охранительными предписаниями. Регулятивная норма без охранительной бессильна, так как теряется свойство принудительности, а охранительная определяется через регулятивную, ибо содержит в себе элемент отрицания диспозиции. Логика общественных отношений такова, что актуализируется либо регулятивная, либо охранительная норма, но никогда вместе как единое целое. Таким образом, в праве функционируют двучленные нормы: либо регулятивная, либо охранительная.

Необходимо отметить, что существование трехчленной логической нормы не отвергается сторонниками выделения регулятивных и охранительных норм. По мнению В. В. Ныркова, трехчленная формула нормы

<sup>9</sup> Кудрявцев Ю. В. Нормы права как социальная информация. С. 80–87.

<sup>10</sup> Алексеев С. С. Общая теория права. Т. 1. С. 63.

<sup>11</sup> Мотовиловкер Е. Я. Теория регулятивного и охранительного права. Воронеж, 1990. С. 6–12.

права «если... то... иначе» требует «уточнений для своего дальнейшего непротиворечивого применения». <sup>12</sup> Автор рассматривает трехчленную формулу в качестве усеченной модели четырехчленной структуры. Под словом «иначе» следует понимать отклонение от предписываемой модели поведения, которое может быть выражено как в правонарушении, так и в совершении поощряемого поступка.

Признание существования логической нормы как комплекса двух двучленных норм (регулятивной и охранительной) снимает противоречие во взглядах противников и сторонников «поощрительных санкций» на структуру поощрительной нормы и на место санкции в ней. По мнению сторонников термина «поощрительные санкции», в гипотезе поощрительной нормы содержатся условия, при которых для субъекта поощрительного правоотношения наступают юридические последствия. Диспозиция описывает модель поощряемого поведения (состав заслуги или добросовестного поступка), а в санкции содержится указание на вид и размер поощрения, предоставляемого субъекту за следование определенному варианту положительного поведения, обозначенному в диспозиции. <sup>13</sup> Таким образом, сторонники поощрительных санкций неоправданно относят состав заслуги или добросовестного поступка к содержанию диспозиции, в то время как в диспозиции указываются права и обязанности сторон правоотношения, возникающие при соблюдении условий гипотезы правовой нормы.

Противники признания «поощрительных санкций» утверждают, что меры поощрения содержатся не в санкции правовой нормы, а в диспозиции, в которой устанавливаются правила поведения как для субъектов, чьи действия стимулируются, так и для органов, компетентных предоставить поощрение. <sup>14</sup> Содержание же санкций поощрительных норм права, по мнению М. И. Байтина и В. М. Баранова, включает указание на неблагоприятные последствия в случае нарушения диспозиции. Таким образом, строение поощрительной нормы соответствует структуре трехчленной логической нормы. Охраняются такие нормы от нарушений санкциями неблагоприятного характера. В связи с этим противники выделения «поощрительных санкций» считают, что использование указанного термина вносит путаницу в вопрос о санкции нормы права, ломает устоявшееся в теории права представление о ней. <sup>15</sup>

В. В. Нырков справедливо отметил, что структура поощрительной нормы, предложенная противниками концепции «поощрительных санкций», обнаруживает одностороннюю связь поощрения и наказания в праве: негативная санкция обеспечивает соблюдение поощрительной нормы. Однако и правовое поощрение может обеспечивать наказание. В качестве

---

<sup>12</sup> *Нырков В. В.* Поощрение и наказание как парные юридические категории. Дис. ... к. ю. н. Саратов, 2003. С. 179.

<sup>13</sup> *Звечаровский И. Э.* Уголовно-правовые нормы, поощряющие посткриминальное поведение личности. Иркутск, 1991. С. 73–80.

<sup>14</sup> *Байтин М. И.* Сущность права. Саратов, 2001. С. 199–203; *Баранов В. М.* Поощрительные нормы советского права. Саратов, 1978. С. 55–58.

<sup>15</sup> *Байтин М. И.* Сущность права. С. 205; *Баранов В. М.* Поощрительные нормы советского права. С. 56.

примера автор приводит строение уголовно-правовой нормы поощрительного характера: в гипотезе содержится информация о совершении преступления, в диспозиции — информация об обязанности правонарушителя претерпевать определенные лишения или ограничения и о праве компетентного органа наложить соответствующее наказание на виновного. В случае надлежащего выполнения требований диспозиции уголовной нормы к правонарушителю могут быть применены определенные меры поощрения в виде освобождения от наложенного ранее обременения либо досрочного его снятия, в виде предоставления дополнительного блага.<sup>16</sup> Таким образом, надлежащее выполнение требований диспозиции обеспечивается определенными мерами поощрения, которые и являются в данном случае поощрительной санкцией уголовной нормы.

Надлежащее исполнение обязанностей может быть обеспечено одновременно и позитивными, и негативными санкциями. Так, ГК РФ содержит предписания, обеспеченные как поощрительными, так и негативными санкциями. Например, обязанность лиц надлежаще содержать найденных животных обеспечивается как поощрительными мерами в виде вознаграждения за находку, так и штрафными санкциями за гибель или порчу животных в пределах их стоимости (ст. 230 и 232 ГК РФ). Получается, что одна и та же норма обеспечивается двумя санкциями противоположного характера, что не вписывается в рамки традиционного учения о трехчленном строении нормы права и побуждает обратиться к предложенной концепции правовой нормы как комплекса двух двухчленных предписаний (регулятивной и охранительной). В. В. Нырков предлагает включить в данную структуру поощрительные нормы-санкции и различать нормы регулятивные и обеспечительные — охранительные (нормы-наказания) и поощрительные (нормы-поощрения).<sup>17</sup>

Обеспечительный характер поощрительной санкции не вызывает сомнений, поскольку в случае награждения за «заслуги» обеспечение исполнения «обычных» обязанностей происходит косвенно, ибо их выполнение есть необходимый минимум для поощрения. Кроме того, стимулирующий элемент, заложенный в поощрительной санкции, обеспечивает соблюдение поощрительной нормы. В. В. Нырков дает следующее определение категории санкций: «Санкции в праве — есть не элементы структуры норм, а представляют собой относительно самостоятельные поощрительные или охранительные (карательные) юридические нормы, обеспечивающие регулятивные предписания и друг друга посредством их собственного взаимодействия».<sup>18</sup>

Само значение слова «норма» (от лат. *norma* — правило, образец) свидетельствует о том, что норма права должна содержать модель (образец) поведения субъектов правоотношения. Диспозицию и санкцию тоже нельзя отнести к самостоятельным нормам: реализация прав и обязанностей, содержащихся в них, связана с определенными условиями, поэтому они не могут существовать самостоятельно, отдельно от гипотезы, их обуславливающей.

<sup>16</sup> Нырков В. В. Поощрение и наказание как парные юридические категории. С. 177.

<sup>17</sup> Там же. С. 185.

<sup>18</sup> Там же.



Санкцию в качестве самостоятельной охранительной нормы нельзя рассматривать по причине того, что наступление содержащихся в ней юридических последствий связано с фактом правонарушения, указанным в гипотезе. Сама по себе, вне связи с гипотезой, санкция не может быть реализована, поэтому структура охранительной нормы должна содержать в качестве обязательных элементов *гипотезу* (нарушение диспозиции регулятивной нормы) и *санкцию*. Что касается санкции поощрительной нормы, ее применение также сопряжено с достижением поощряемым субъектом определенных результатов выгодной для общества деятельности. Таким образом, обстоятельства применения мер поощрения содержатся в гипотезе, а правило поведения (права поощряемого и обязанность поощряющего субъекта) содержатся в санкции. Исходя из вышеизложенного, мы приходим к выводу о том, что санкция — это обязательный структурный элемент двучленной нормы, обладающий следующими характеристиками:

- она представляет собой определенное правило поведения (т. е. в ней указываются права и обязанности участников правоотношения);

- она содержит определенные меры воздействия на обязанного субъекта (меры наказания) и управомоченного (меры поощрения);

- наступление юридических последствий, предусмотренных санкцией, связано с определенным юридическим фактом (в случае охранительной санкции — правонарушение, в случае поощрительной санкции — достижение поощряемого результата);

- применение санкции направлено на стимулирование правомерного поведения;

- санкция обеспечивает соблюдение связанной с ней нормы (так, санкция охранительной нормы может обеспечивать выполнение как связанной с ней регулятивной нормы, так и поощрительной; аналогично этому поощрительная санкция обеспечивает соблюдение связанной с ней регулятивной нормы и охранительной).

В свете вышеизложенного представляется возможным предложить следующее определение санкции: *санкция — это обязательный структурный элемент двучленной нормы права, обеспечивающий соблюдение связанной с ней регулятивной либо одной из обеспечительных (охранительной либо поощрительной) правовых норм.*

Таким образом, в праве функционируют регулятивные и обеспечительные правовые нормы, структура которых двучленна. Наряду с ними следует отличать логико-юридическую структуру нормы, которая четырехчленна и включает в себя два взаимообусловленных, взаимоисключающих нормативных предписания (регулятивное и одно из обеспечительных). Санкция же является обязательным структурным элементом обеспечительной нормы.

Решение вопроса о санкции как структурном элементе нормы права позволяет более точно рассматривать не только формальную, но и содержательную сторону категории санкции.

**«МОРАЛЬ ПРАВА» ЛОНА ФУЛЛЕРА:  
К ВЫХОДУ В СВЕТ РУССКОГО ПЕРЕВОДА КНИГИ**

Публикация в одном и том же номере журнала «Известия вузов. Правоведение» очерков, посвященных выходу в свет переводов на русский язык «Понятия права» британского правоведа Герберта Харта и «Правовой морали» американского юриста Лона Фуллера неслучайна. Каждая из этих книг родилась как плод дискуссии, развернувшейся между авторами в 1958 г. на страницах журнала «Harvard Law Review». <sup>1</sup> С. Н. Касаткин справедливо отмечает, что публикация перевода «Понятия права» — важный шаг на пути преодоления изоляции отечественной науки от разработок зарубежной юриспруденции. <sup>2</sup> И если это замечание верно в отношении британских авторов, то оно тем более справедливо в отношении авторов американских, которые долгое время по вполне понятным причинам выпадали из поля зрения многих советских, а затем и российских юристов.

Строго говоря, сами имена классиков американской юриспруденции, в частности Оливера Уэнделла Холмса мл., Натана Роско Паунда, Карла Никерсона Ллевеллина и, конечно, Лона Лувуа Фуллера, знакомы отечественной правовой науке уже давно. Вместе с тем, эпизодической критики взглядов данных авторов, встречавшейся в марксистский период, или даже появившихся в постсоветский период отдельных статей, посвященных объективному анализу некоторых концепций, было явно недостаточно для того, чтобы привлечь должное внимание нашего научного сообщества. К счастью, в этом направлении намечаются некоторые подвижки: вслед за переводом одной из ключевых статей признанного классика англо-американской правовой мысли Л. Фуллера <sup>3</sup> увидел свет и перевод ее логического продолжения и развития — книги «Мораль права» («*The Morality of Law*»).

Прежде чем перейти к анализу ее содержания, следует сказать несколько слов о самом авторе. Л. Фуллер (1902—1978), без сомнения, одна из наиболее интересных фигур американской юриспруденции середины XX столетия. Сочетая юридическую практику с академической деятельностью, он сумел snискать заслуженную известность и в той, и в другой области. В 1948 г. Л. Фуллер по праву унаследовал пост *Carter Professor of General Jurisprudence* Гарвардского Университета у Р. Паунда, благодаря чему Гарвард не только сохранил, но и укрепил свой статус академического

<sup>1</sup> Hart H. L. A. The Positivism and the Separation of Law and Morals // Harvard Law Review. 1958. Vol. 71; Fuller L. L. Positivism and Fidelity to Law — A Reply to Professor Hart // Harvard Law Review. 1958. Vol. 71.

<sup>2</sup> Касаткин С. Н. Предисловие научного редактора и переводчика [к лекции Г. Л. А. Харта «Определение и теория в юриспруденции»] // Правоведение. 2008. № 5. С. 6.

<sup>3</sup> Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву — ответ профессору Харту // Правоведение. 2005. № 6. С. 124-159.

центра США. Л. Фуллер был активным членом нескольких философских организаций и, что немаловажно, Президентом Американской секции Международной ассоциации философии права и социальной философии, известной также как *IVR (Internationale Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie)*.<sup>4</sup>

На протяжении всей своей жизни Л. Фуллер показывал себя стойким критиком тенденций, распространенных в социальных науках того времени. Точное обобщение таких тенденций было сделано его биографом — Робертом С. Саммерсом. Среди них Р. Саммерс выделяет: юридический позитивизм (особо характерный для Великобритании и континентальной Европы); формальный юридический метод (игравший большую роль в теории права США в самом начале XX в.); пришедший на смену формальному методу прагматический инструментализм — сочетание собственно прагматизма, социологической юриспруденции и отдельных положений правового реализма.<sup>5</sup>

По мнению Л. Фуллера, указанные тенденции негативно отразились не только на юридической науке, но и на правосознании в целом, поскольку и право как таковое, и правовая наука ценностно нагружены, а игнорирование их аксиологических аспектов недопустимо. Именно этот тезис был развит американским юристом в книге «Мораль права», которая справедливо расценивается как краеугольный камень концепции права Л. Фуллера. Соглашаясь с данным утверждением, позволив себе, однако, отметить, что иные его работы имеют не меньшее значение для понимания как отдельных аспектов его методологии (например, «Legal Fictions»<sup>6</sup>), так и ключевых теоретических выводов (например, «Anatomy of the Law»<sup>7</sup>). Вместе с тем именно «Мораль права» стала своеобразной «визитной карточкой» Л. Фуллера и сторонников его подхода к пониманию правовых феноменов.

Уже в ходе полемики с Г. Хартом американский юрист писал: «Власть, позволяющая создавать право, должна поддерживаться моральными позициями, сообщающими ей компетенцию. Здесь мы сталкиваемся с внешней по отношению к праву моральностью, благодаря которой право и возможно. Но одного этого недостаточно. Мы можем условиться, что в нашем примере принятая “основная норма” обозначает самого монарха как единственный возможный источник права. Однако право мы получим только тогда, когда монарх будет готов принять внутреннюю моральность права как такового».<sup>8</sup> В этом наблюдении содержится одна из ключевых дихотомий, использовавшихся Л. Фуллером, — разграничение между «внутренней» и «внешней» моральностью права («правовой моралью»,

<sup>4</sup> Данная организация объединяет ведущих представителей научного сообщества, занимающихся вопросами философии права, и проводит ежегодные конгрессы. Последний такой конгресс состоялся в августе 2007 года в Кракове (Польша). Из посетивших его ведущих представителей зарубежной теории права можно отметить проф. Марка ван Хоека (Ноеске). Российскую сторону представлял, в том числе, профессор А. В. Поляков.

<sup>5</sup> Summers S. R. Lon L. Fuller. Stanford (Calif.), 1984. P. 3.

<sup>6</sup> Fuller L. L. Legal Fictions. Stanford (Calif.), 1967.

<sup>7</sup> Fuller L. L. Anatomy of the Law. New York, 1968.

<sup>8</sup> Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву — ответ профессору Харту. С. 137.

если следовать альтернативному варианту перевода). Книга «Мораль права» сосредоточена на рассмотрении «внутренней моральности права» («внутренней морали права»).

Первоначально «Мораль права» содержала четыре главы и приложение, включавшее вымышленную проблемную ситуацию под названием «Проблема доносчика», которая использовалась Л. Фуллером в педагогических целях для того, чтобы раскрыть проблематику книги. Большой объем критики и ее принципиальное значение впоследствии привели Л. Фуллера к необходимости дополнить издание пятой главой — «Ответ критикам». Именно в таком варианте и предлагается читателю русскоязычный вариант «Морали права».

Главы расположены в следующем порядке: 1) «Два типа морали»; 2) «Мораль, делающая возможным право»; 3) «Понятие права»; 4) «Материальные цели права»; 5) «Ответ критикам». Внимание к данному факту неслучайно: на первый взгляд, поместить главу «Понятие права» на третье место из пяти означает вступить в противоречие с логикой, поскольку понятие права активно используется уже в первых двух главах. Однако в этом проявляется черта, присущая методологии Л. Фуллера, которую Р. Бойл охарактеризовал как «антиконцептуализм».<sup>9</sup> Наиболее ярко данная черта может быть раскрыта цитатой из самого Л. Фуллера: «Когда немец определяет право, он считает, что к его определению следует относиться со всей серьезностью. Если бы немецкий автор натолкнулся вдруг на девиз американского правового реализма: “Право — это просто поведенческие паттерны судей и других официальных чиновников”, — он не отнесся бы к этому как к хорошему началу разговора. Он бы в него поверил и действовал бы согласно нему».<sup>10</sup> В этом проявляются симпатии Л. Фуллера к философии языка XX века, в частности к «позднему» Л. Витгенштейну. Язык — чрезвычайно гибкий и живой инструмент, даже если он используется в научной коммуникации, а обычным определениям понятий иногда стоит предпочитать контекстуальные.

Рассмотрим основные идеи, изложенные в книге, в том порядке, в котором они представлены. Первая глава — «Два типа морали» — раскрывает перед читателем одно из измерений, в котором, если следовать подходу Л. Фуллера, существует право. Ученый предлагает разграничить «мораль стремления» («morality of aspiration») и «мораль долга» («morality of duty»). Обратим внимание на то, что, в силу семантики английского языка, «мораль» здесь выражается не столько в правилах поведения, сколько в идеальном стандарте, с которым соотносятся реальные действия, как таковое.<sup>11</sup> Истории философии известны различные способы разграничивать «два типа морали», но наименее спорным остается лишь формальный критерий: мораль долга предполагает наличие неких минимально необходимых требований, за несоблюдение которых субъект

<sup>9</sup> Boyle J. Legal Realism and the Social Contract // <http://www.law.duke.edu/boylesite/fuller.htm> (Website of Professor James Boyle, Duke Law School, 04.06.2008).

<sup>10</sup> Фуллер Л. Л. Позитивизм и верность праву — ответ профессору Харту. С. 148.

<sup>11</sup> См., напр.: Compact Oxford English Dictionary // [http://www.askoxford.com/concise\\_oed/moral?view=uk](http://www.askoxford.com/concise_oed/moral?view=uk) (18.11.2007).

подлежит наказанию, а их соблюдение не влечет за собой поощрения; мораль же стремления кроет в себе не требования, а то, что сам Л. Фуллер называл «вызовом совершенству». Это уже не минимально необходимые требования, присущие морали долга, а некие ориентиры на пути «морального совершенствования». За недостижение таких ориентиров субъект не может подвергаться наказанию.

Методологическое значение «двух типов морали», по мнению Л. Фуллера, заключается в том, что, с одной стороны, они позволяют лучше понять природу права, а с другой — в том, что их применение допускает установление факта наличия либо отсутствия права в принципе. Так, «мораль долга» определяет набор минимально необходимых социальных требований. Норма «не убий» будет классическим примером такой «морали». В то же время «мораль стремления» задает некий набор социальных идеалов. Как пишет Л. Фуллер: «Если мораль стремления начинается с вершины человеческих достижений, то мораль долга начинается с их фундамента».<sup>12</sup> На этом этапе автор заключает, что право как таковое ближе к морали долга. В концептуальном плане здесь Л. Фуллер (первым образованием которого было экономическое) видит аналогию с экономикой обмена, акцентирующей внимание на целесообразном распределении ресурсов. Тогда, полагает он, к морали дерзновения будет ближе эстетика, а аналогией в таком случае должна стать экономика предельной полезности, сосредоточивающаяся на способах достижения целей в условиях ограниченности ресурсов. Соответственно, если наблюдается соответствие неким базовым потребностям в части качественных характеристик права (о которых речь пойдет позднее), можно говорить о наличии права. После этого, используя критерии «морали стремления», можно будет говорить о том, насколько наличное право совершенно.

Какие «качественные характеристики права», упомянутые выше, должны рассматриваться исследователем? Их Л. Фуллер объединяет в известном понятии «внутренней морали права» («internal morality of law»), о котором говорит во второй главе — «Мораль, делающая возможным право». «Внутреннюю мораль права» Л. Фуллер раскрывает перед читателем в метафоре о короле с латинским именем *Rex*, которое было адаптировано переводчиком и заменено именем «Кароль». Во время своего царствования «Кароль» совершил восемь ошибок: 1) пытался создать правовую систему без общих норм; 2) не публиковал законы; 3) злоупотреблял обратной силой законов; 4) наполнял их неясными формулировками; 5) издавал противоречивые законы; 6) требовал в них невозможного; 7) излишне часто изменял их; 8) сам не следовал тем законам, которые издавал. Созданную им систему правом Л. Фуллер назвать не решался. С точки зрения американского юриста, если бы «Кароль», наоборот: 1) создавал только общие нормы; 2) своевременно их публиковал; 3) взял бы за общее правило избегать ретроспективных актов; 4) следил бы за тем, чтобы они были ясными; 5) не давал противоречивые указания; 6) требовал бы только то, что можно исполнить; 7) следовал бы принципу

<sup>12</sup> Фуллер Лон Л. Мораль права / пер. с англ. Т. Даниловой; под ред. А. Куряева. М., 2007. С. 15.

стабильности и 8) сам считал бы себя связанным изданными им законами, — он бы преуспел в создании правовой системы.

Если представить себе, что «мораль долга» и «мораль стремления» образуют некую условную шкалу, то «внутренняя мораль права» на данной «моральной» шкале, по логике Л. Фуллера, будет располагаться на уровне «морали долга». Но не все так прямолинейно: американский юрист последовательно рассматривает каждый из принципов «внутренней морали права» и заключает, что ту грань, где «мораль долга» превращается в «мораль стремления», определить очень сложно. Так, в одном из случаев последовательное приведение в жизнь принципа ясности законов приведет к тому, что мы пожертвуем той частью юридической техники, которая объединяет различные правовые акты в систему и позволяет подготовленным людям (т. е. юристам) ими оперировать. Аналогичные проблемы вскрываются и при рассмотрении иных принципов «внутренней морали права», таких как стабильность или отсутствие противоречий. В общем, в этой части «Морали права» Л. Фуллер, скорее, создает инструментарий для описания правовых феноменов в рамках его концепции и описывает проблемы, возникающие при его применении. На наш взгляд, это является как достоинством, так и недостатком его работы: в таком виде она определенно стимулирует самостоятельное мышление, и это важно, однако такой подход не позволяет с уверенностью говорить о ясности позиции самого Л. Фуллера, тем более что и впоследствии в завершенной (но не окончательной!) форме им не были сформулированы ответы на поставленные вопросы.

Третья глава «Понятие права», с одной стороны, на основе проведенных методологических разграничений между «моралью долга» и «моралью стремления», а также выводов о «внутренней морали права» определяет понятие права, а с другой — представляет собой реверанс в сторону одноименной книги Г. Харта (которая в определенном смысле являлась «ответом на ответ» Л. Фуллера, выйдя в свет после полемической статьи последнего). В соответствии с уже отмеченным отношением к необходимости следовать строгим определениям (которое, стоит отметить, не является ни «плохим», ни «хорошим», но вписанным во вполне понятный философский контекст) определение, которое Л. Фуллер дает праву, является рабочим. Право американский юрист призывает рассматривать не как «наблюдаемый факт общественной власти», а как «целенаправленное предприятие» («purposeful enterprise»), целью которого является приведение человеческого поведения в согласие с общими нормами. В праве для Л. Фуллера важен момент взаимодействия, а не принуждения, как (с известными оговорками) полагал Г. Харт. Ожидания в праве должны быть, по мнению Л. Фуллера, *взаимными*, даже если речь идет об отношениях государства и гражданина.

Данная глава содержит еще два примечательных момента. Во-первых, в ней Л. Фуллер соотносит свою позицию с юснатурализмом. Хотя ученый не считает право в отличие от «предшественников» неким «всеприсутствием, нависающим с небес» («brooding omnipresence in the skies»), он, тем не менее, считает свою позицию продолжением естественно-правового подхода, поскольку неотъемлемым атрибутом права является его *цель*, а

законы, которые необходимы для ее достижения (т. е. «внутренняя мораль права») — это *естественные* законы. Они естественны, потому что они очевидны, понятны и необходимы для достижения данной цели. Без таких законов немислима цель, а без такой цели немислимы законы. Во-вторых, Л. Фуллер в очередной раз демонстрирует свою блестящую иронию, проводя параллели с различным определением права и пониманием науки, немало проясняя проблематику. Так, например, он видит следующую параллель: определение «наука существует только тогда, когда люди могут предсказывать явления природы и управлять ими» — определение права как «существования публичного порядка».<sup>13</sup>

Четвертая глава — «Материальные цели права» — проливает свет еще на одну причину, по которой Л. Фуллер мог относить свою концепцию к числу естественно-правовых. Его слова красноречивы: «В ответ на вопрос, возможно ли, чтобы от морали стремления исходило нечто более категоричное, чем просто совет и поощрение, я пока что пришел к тому, что, поскольку мораль стремления необходимо представляет собой мораль человеческого стремления, она не может отказать в человеческом качестве тому, кто является человеком, не лишившись собственной целостности. Можно ли сказать что-то сверх этого?». <sup>14</sup> Наверное, нет. В рамках данной работы можно только пояснить, что Л. Фуллер имел в виду идеал человеческого общения. Ученый не соглашался с Г. Хартом, полагавшим, что «минимальное содержание материального естественного права» заключается в выживании, и утверждал, что такое содержание составляет общение, коммуникация. Л. Фуллер поясняет свою мысль ссылкой на Фому Аквинского, который говорил, что «если бы главная цель капитана состояла в том, чтобы сохранить корабль, он бы навсегда остался в порту».<sup>15</sup>

Смысл главы «Материальные цели права» заключается еще и в том, что, говоря о «минимальном содержании материального естественного права», Л. Фуллер, по сути, говорил о той части «материального естественного права», которая пересекается с «процедурным естественным правом» (обретающим свое выражение во «внутренней морали права»). По мнению ученого, право *per se* как в качестве предпосылки, так и в качестве конечного результата имеет обеспечение основной человеческой потребности — потребности в общении. Это положение небесспорно, и именно оно стало одной из главных причин того, что на Л. Фуллера обрушился поток критики, нашедший свое отражение в пятой главе — «Ответ критикам».

Поскольку критика была достаточно объемной и детальной, мы позволим себе остановиться только на наиболее принципиальном моменте. На наш взгляд, такой момент можно передать словами самого ученого: «Я различаю *два* допущения, лежащие в основе неприятия моими критиками “внутренней морали права”. *Первое* из них заключается в убежденности, что, с точки зрения морали, существование или не-существование права не имеет особого значения. *Второе* допущения я уже описывал как общую характеристику правового позитивизма в целом. Оно состоит

<sup>13</sup> Там же. С. 144.

<sup>14</sup> Там же. С. 218.

<sup>15</sup> Там же. С. 220.

в том, что право следует рассматривать не как продукт взаимодействия целевых ориентаций гражданина и государства, а как одностороннюю проекцию власти, исходящую от правительства и направленную на гражданина». <sup>16</sup> Представляется, что данные наблюдения относительно позитивизма верны, и причем актуальны и по сей день.

По мнению Л. Фуллера, в рассуждениях представителей позитивизма «напрочь» отсутствует признание той роли, которую играют правовые нормы в создании возможностей для эффективной реализации морали в поведении людей. Аргумент ученого достаточно серьезен: «Моральные принципы, — пишет он, — не могут работать в социальном вакууме или в условиях войны всех против всех. Для добродетельной жизни недостаточно одних лишь благих намерений, даже если они разделяются всеми: для этого требуется поддержание прочных ориентиров для человеческого взаимодействия, — того, что может дать лишь доброкачественная правовая система (по крайней мере, в современном обществе). “Не бери того, что принадлежит другому”, — это, по-видимому, наиболее банальный пример моральной заповеди, который можно найти в книгах. Но как мы решаем, что принадлежит другому? В поисках ответа на этот вопрос мы обращаемся не к морали, а к праву». <sup>17</sup> Любопытно, что с точки зрения Л. Фуллера данные выводы важны, в свою очередь, не только для теории права, но и для теории морали.

Книга «Мораль права» заканчивается Приложением, озаглавленным как «Проблема доносчика», которое представляет собой еще один замечательный пример способности Л. Фуллера поставить художественный вымысел на службу юридической науке. В одной воображаемой стране долгое время господствовал режим, подобный тоталитарному. Данный режим опирался на доносы. Многие граждане использовали этот механизм для того, чтобы избавляться от своих личных врагов с помощью ложных доносов. Ситуация изменилась, и в результате переворота был установлен демократический режим. Возник вопрос: что делать с доносчиками? Каждый из пяти заместителей министра юстиции предлагал читателю или студенту (играющему роль министра) свой вариант решения. Например, применить ретроспективный статут, признающий такие доносы преступлением. Страна, о которой идет речь в данном примере, использовавшемся для стимулирования академических рассуждений и дискуссий, имела реальный прототип в виде послевоенной Германии.

В целом, книга Л. Фуллера «Мораль права» является одной из наиболее оригинальных и известных (на данный момент последнее утверждение верно только в отношении западных стран) книг, посвященных критике позитивизма XX века, автор которой при этом не исходил из той или иной «субстанциональной» ценностной системы и, в то время как он выступал в роли ученого, не был ни моралистом, ни представителем той или иной религиозной конфессии. Позиции, с которых Л. Фуллер критиковал направление юридической мысли, именуемое им «позитивизмом», основываются на фактах, претендующих на статус

<sup>16</sup> Там же. С. 242.

<sup>17</sup> Там же. С. 243.



научных, а незавершенность его работы вполне допустимо рассматривать как стимул для развития основных положений его концепции.

То, что «Мораль права» стала доступной для современного российского читателя, вызывает только положительные эмоции. Во многом это заслуга переводчика и редактора, которым в большинстве случаев удалось сохранить интригу оригинального текста (такую формулировку мы находим вполне адекватной, поскольку англоязычный оригинал богат художественными приемами, подобранными к месту) и найти подходящие лингвистические средства для передачи научного смысла, заложенного в «Морали права». Вместе с тем, оценивая перевод в целом положительно, хотелось бы высказать и несколько замечаний:

1. Как и в случае с «Понятием права» Г. Харта, русскоязычное издание могло бы значительно выиграть, если бы предваряющие основной текст материалы давали читателю возможность ознакомиться с бóльшим количеством фактов. Помимо краткого комментария «От издателя» было бы полезно дополнить издание биографическими данными Л. Фуллера (благо к тому располагает вполне доступная в Москве биография, написанная Р. Саммерсом и цитировавшаяся в начале данного очерка), а также небольшой научной статьей, посвященной анализу взглядов Л. Фуллера в контексте англо-американской, западной и мировой юридической науки. Иначе неподготовленному читателю будет, вероятно, сложно понять не только основные идеи, изложенные в книге, но и их действительное значение. Получается, что книга в некотором смысле вырвана из контекста. К чести издателя, во вступительном комментарии дана ссылка на учебник, содержащий наиболее широкий на данный момент анализ взглядов Л. Фуллера.<sup>18</sup> Не совсем корректным представляется, однако, указание составителей на то, что данная книга включает развернутый реферат книги «Мораль права», сделанное без каких-либо дополнительных оговорок. Может создаться впечатление, что этим достоинства учебника ограничиваются, хотя А. В. Поляков, автор главы, в которой рассматривается концепция права Л. Фуллера, приводит в нем довольно глубокое исследование и не останавливается на одной лишь «Морали права».

2. В мотивированных комментариях, на наш взгляд, нуждается не только книга и ее автор, но и отдельные решения переводчика. Среди современных представителей юридической науки, занимающихся проблемами, поставленными Л. Фуллером, не выработано одинакового решения относительно перевода слова «enterprise» (букв. «предприятие»), ключевого в рабочем определении права, которое предлагал ученый. С одной стороны, буквальный перевод может показаться адекватным, в частности потому, что в русском языке есть такие фразы, как, например, «рискованное предприятие», что близко по смыслу к английскому варианту. Однако чаще всего данное слово используется у нас в смысле «государственное предприятие» или «промышленное предприятие». Тем более что в уже опубликованных работах на тему концепции Л. Фуллера встречается, по меньшей мере, два варианта: «деятельность» (при таком

<sup>18</sup> Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений. Учебник. СПб., 2007.

переводе «теряется» инициативность, но подчеркивается динамичность)<sup>19</sup> и «инициатива» (акцент делается, очевидно, на «инициативности»)<sup>20</sup>.

3. Вызывают сомнение некоторые частные стилистические решения, которые, однако, не играют принципиальной роли. Например, не вполне ясно стремление переводчика полностью адаптировать текст в той части, в которой речь идет о неудачливом короле, оригинальное имя которого «*Rex*». Напомним, он переведен как «Кароль», а в комментарии указано, что имя «*Rex*» — «англ.» и «книжн.». Несмотря на тот факт, что монархи с данным и производными именами — частые гости на страницах английских и американских книг, авторы которых используют метафоры, аллегории и прочие литературные приемы для пояснения своих мыслей, латынь одна для всех, а «*Rex*», как известно, в переводе с латыни означает «Царь». По крайней мере, основы латинского языка большинству потенциальных читателей «Морали права» должны быть известны, и имя «*Rex*» недоумения у них вызывать не должно. Однако явных стилистических огрехов в данном переводе крайне мало, и такие фразы, как «соотрудничество людей, которое *канализирует* их действия»,<sup>21</sup> практически незаметны на фоне, в общем, достойного перевода.

Заключить очерк, посвященный выходу в свет перевода на русский язык «Морали права» Л. Фуллера, можно следующим нехитрым наблюдением. Шкала «морали долга» и «морали стремления», предложенная ученым, применима как в отношении самой книги, так и в отношении перевода. И автор (в свое время в США), и переводчик (в наше с вами время в России) свой «долг» перед читателем выполнили. Автор дал научный инструментарий для альтернативного описания правовых феноменов и сформулировал проблемы, а переводчик сделал их доступными для восприятия ученых и юристов-практиков, принадлежащих к правовой культуре другого государства и другой эпохи (что само по себе уже немало как в том, так и в другом случае). И мы, как следует из определения «морали стремления», едва ли можем порицать их за недостижение идеала.

Владислав Владимирович Архипов,  
аспирант кафедры  
теории и истории государства и права  
юридического факультета СПбГУ

© В. В. Архипов, 2008

<sup>19</sup> Архипов В. В. Лон Фуллер о соотношении права и морали // Правоведение. 2004. № 6. С. 146.

<sup>20</sup> Козлихин И. Ю., Поляков А. В., Тимошина Е. В. История политических и правовых учений. С. 486.

<sup>21</sup> Фуллер Лон Л. Мораль права / пер. с англ. Т. Даниловой; под ред. А. Куряева. С. 34.

## ПУНКТ 4 СТАТЬИ 15 КОНСТИТУЦИИ РОССИИ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

Б. И. НЕФЕДОВ



Нефедов Борис Иванович,  
к. ю. н., доцент, проректор  
Омского юридического института  
по научной работе

Фундамент каждой правовой семьи был заложен в далеком прошлом. Эти основы всегда оставались незыблемыми и тесно взаимосвязанными. Так, в англосаксонской правовой семье основным источником права выступает судебный (административный) прецедент, в ней отсутствует классическое деление права на публичное и частное, практически нет кодифицированных отраслей права. В этой семье наиболее значимо процессуальное право, которое во многом определяет право материальное. Суды здесь имеют общую юрисдикцию и рассматривают все категории дел. Нормы закона фактически входят в правовую систему лишь после того, как будут применены и истолкованы судьями.<sup>1</sup> Поэтому все нормы права, независимо от характера их источников,

представляются единым правовым массивом. Для этой семьи характерен не нормативный, а казуальный тип юридического сознания. Юридическая доктрина, как правило, имеет прикладной характер.

Напротив, для романо-германской правовой семьи характерна единая, но иерархически построенная система источников писаного права, в основе которой лежит нормативно-правовой акт. Правовой обычай и юридический прецедент выступают только в качестве субсидиарных источников или вовсе не признаются. Отрасли материального права занимают доминирующее положение по сравнению с процессуальными отраслями.

Отличительной чертой романско-германской правовой семьи является также высокий уровень нормативных обобщений, который достигается путем широкой кодификации нормативных актов. Эту правовую семью отличает четкое деление системы права на публичное и частное, а также на отрасли. В романо-германской правовой семье имеется развитый категорийный аппарат права, и юридическая доктрина,

© Б. И. Нефедов, 2008

<sup>1</sup> Поэтому даже в судах обычно ссылаются не на законы, а на те судебные решения, где они были применены.

разрабатывающая понятия и основные принципы построения правовой системы, приобретает особое значение.

Поскольку, кроме национального права, в регулировании общественных отношений на территории страны принимают участие нормы международного права и права других государств, в странах континентального права принято различать «право государства» и «применяемое в государстве право».

Наоборот, в англосаксонской правовой семье не делают различий между национальной правовой системой и системой правового регулирования в стране, в частности, не видят различий между нормами международных договоров и нормами национального права, поскольку и те и другие являются правовым регулятором общественных отношений и в равной мере применяются судебными и административными органами. До недавнего времени нормы международных договоров вообще рассматривались их доктриной как часть права соответствующего государства. Такая практика была юридически закреплена в этих странах еще в XVIII в., в Англии — в виде практической реализации судами так называемой «теории адаптации»,<sup>2</sup> а в США — в виде конституционной нормы.<sup>3</sup> Можно также сослаться на часто приводимое в доктрине решение Верховного суда США 1900 г., гласящее: «Международное право является частью нашего (т. е. национального) права»,<sup>4</sup> или на § 111 вводной части третьей редакции Закона США «О международных отношениях» (1987 г.).<sup>5</sup>

В государствах англосаксонской правовой семьи любые нормы, принимающие участие в правовом регулировании общественных отношений в стране, долгое время рассматривались как единый правовой массив. Поэтому независимо от правовой природы на них в равной мере распространялись общие принципы построения правовой системы. Прежде всего это относится к действию источников права во времени, включая коллизионный принцип «последующий по времени закон отменяет предыдущий». Рассматривая нормы международных договоров как часть своего права, указанные государства следуют правилу: *в случае издания внутреннего акта, противоречащего уже действующему договору, суд применяет именно национальный закон* как более поздний по принятию. Таким образом, в правоприменении приоритет международных договоров над национальным законодательством не признается. Хотя в последнее время такой подход начинает меняться, в целом ряде случаев и сегодня международное право фактически подчиняется внутреннему праву страны.<sup>6</sup>

<sup>2</sup> Ее суть сводится к тому, что международное право автоматически признается составной частью внутреннего права страны, но только то международное право, которое не противоречит Конституции страны и *позднее принятым внутренним законам*.

<sup>3</sup> См. ч. 2 ст. 6 Конституции США (*Конституции зарубежных государств* / сост. В. В. Маклаков. 2-е изд. М., 1997. С. 28).

<sup>4</sup> The Pakete Habana. 173 V. S. 677, 700. 1900.

<sup>5</sup> «С самого начала право наций, далее называемое “международное право”, рассматривается как включенное в законодательство США без какого-либо решения Конгресса или президента и судов» (Restatement (Third) of the Foreign Relations Law of the US. 111. 1987).

<sup>6</sup> Так, в случае коллизии между обычной нормой международного права и внутренним статутом или прецедентом суд США обязан руководствоваться последним.

Государства континентальной системы права пошли другим путем. Допуская нормы международных договоров в качестве регуляторов общественных отношений, они не рассматривают их как часть своей правовой системы, поскольку только нормы национального права являются ее единственной нормативной составляющей. Выделение международно-правовых норм в отдельный комплекс позволяет этим государствам, не нарушая целостность национальной правовой системы, установить приоритет норм одной правовой системы над другой.<sup>7</sup> Известны разные подходы к соотношению международного и национального права,<sup>8</sup> но сегодня романо-германская правовая семья характеризуется общим признанием приоритета норм международных договоров перед национальным законодательством.<sup>9</sup>

Подчеркнем, что *речь идет не об иерархической подчиненности норм единого правового поля* в том виде, в каком она существует в рамках национального законодательства, а именно о приоритете норм одной правовой системы (международной), правомерно ставших обязательными для данного государства, перед нормами другой правовой системы (национальной).

На это можно возразить: многие государства континентальной системы права закрепили в конституциях положение о том, что нормы международных договоров являются частью права страны, частью национальной правовой системы, и при этом установили приоритет норм международных договоров перед национальным законодательством. Наше государство не является исключением: согласно п. 4 ст. 15 Конституции РФ 1993 г. «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы... если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

Приходится констатировать, что п. 4 ст. 15 Конституции РФ внутренне противоречив: он закрепляет, с одной стороны, одну из основ романо-германской правовой семьи — приоритет норм международных договоров перед национальными нормами права, с другой — прямо противоположный принцип англосаксонской правовой семьи, включая нормы международных договоров в национальную правовую систему.

Признавая, что существует приоритет норм международных договоров перед нормами национального права, мы вынуждены прийти к выводу о том, что никакого включения норм международных договоров в национальную правовую систему не происходит. Нормы договоров остаются

<sup>7</sup> Так, Конституция Франции, не включая нормы международных договоров в национальную правовую систему, в ст. 55 устанавливает, что «международные договоры или соглашения, должным образом ратифицированные или одобренные, имеют силу, превышающую силу законов, с момента опубликования» (Конституции зарубежных государств. С. 123).

<sup>8</sup> См. подробнее: *Нефедов Б. И.* Общетеоретические проблемы современного международного права (часть 1) // *Международное публичное и частное право.* 2005. № 1. С. 11.

<sup>9</sup> Некоторые государства, например Дания, Норвегия, Швеция, Финляндия, вообще не закрепили каких-либо приоритетов, введя обязательную имплементацию норм заключенных международных договоров в свое законодательство. Но и здесь речь идет о фактическом признании примата норм международного права.

международно-правовыми нормами и поэтому имеют приоритет над нормами национального законодательства, когда бы те ни появились. Если буквально принять положение о том, что нормы международных договоров являются частью нашей правовой системы, то следует изменить и представления о действии нормативного акта во времени. Принятые впоследствии национальные нормативные акты по тому же вопросу, по логике вещей, в случае коллизии с договорной нормой должны изменять правовое регулирование общественных отношений. На самом деле этого не происходит.

Как возникла эта парадоксальная ситуация? В государствах романо-германской правовой семьи подобные формулировки появились после Второй мировой войны. Согласно ст. 25 Основного закона ФРГ 1949 г. «общие нормы международного права<sup>10</sup> являются составной частью права Федерации. Они имеют преимущество перед законами и непосредственно порождают права и обязанности для жителей федеральной территории».<sup>11</sup> Именно формулировка этой статьи в дальнейшем послужила примером для остальных государств. Однако конституция Западной Германии разрабатывалась в условиях оккупации и в ее основу положены прямые «указания западных оккупационных властей».<sup>12</sup> Юристы США неумышленно привнесли в разрабатываемый проект Основного закона ФРГ, государства с континентальной правовой системой, один из элементов англосаксонской правовой системы: включение в национальную правовую систему норм международного права. Свою роль сыграло и то, что доктрина, не имеющая прикладного значения, в странах общего права не получила большого развития. Вместе с тем в конституции ФРГ сохранился тезис о приоритете международного права перед национальным, отвечающий принципам континентальной правовой семьи, к которой относилась Германия. Так возник симбиоз, «слепленный» из основополагающих, но взаимоисключающих тезисов двух разных правовых семей.<sup>13</sup>

При принятии ст. 25 Основного закона ФРГ не было учтено то, что ни в международном праве, ни в национальном законодательстве какого-либо государства на тот момент не существовало, как не существует и сегодня, ни определения, ни конкретного перечня «общих норм

---

<sup>10</sup> На момент принятия Основного закона ФРГ еще не были приняты ни Всеобщая декларация прав человека, ни Декларация о принципах современного международного права, ни многие другие универсальные документы, составляющие сегодня основу общепризнанных норм и принципов международного права. В тот период «общие нормы международного права» содержались, главным образом, в Уставе ООН, Уставе Международного Нюрнбергского трибунала и международных документах по гуманитарному праву, которые касались в основном законов и обычаев войн. Именно их обязательность для новой Германии, с политической точки зрения, требовала национального юридического закрепления.

<sup>11</sup> Конституции зарубежных государств. С. 165.

<sup>12</sup> Конституция Германии (вступ. ст.) // Там же. С. 144.

<sup>13</sup> Не все конституции, разработанные после Второй мировой войны под сильным влиянием США, восприняли формулировки, аналогичные ст. 25 Основного закона ФРГ. Так, в ч. 2 ст. 98 Конституции Японии 1947 г. говорится лишь, что «заключенные Японией договоры и установленные нормы международного права должны добросовестно соблюдаться» (Конституция Японии // Там же. С. 456).

международного права». Институт общепризнанных норм и принципов международного права даже сегодня находится на начальной стадии развития. Поэтому и тогда, и во многом сегодня за внешне эффективной формулировкой Основного закона ФРГ скрывалась юридическая фикция.

Основной закон ФРГ принимался в условиях перехода от тоталитарного к демократическому политическому режиму, когда закрепление демократических ценностей приобретает особую остроту. Если стрелка политического «барометра» сильно отклонена в одну сторону, при изменении ситуации почти неизбежно стремление максимально отклонить ее в другую. С точки зрения правового популизма, лозунг о том, что общее международное право, его общепризнанные принципы и нормы составляют часть национальной правовой системы, звучит очень привлекательно. Юристам Германии в конце 1940-х годов было трудно что-то возразить против первой части формулировки ст. 25 своей конституции под угрозой обвинения в нелояльности к новому режиму, тем более что в своей работе они *были обязаны* «учитывать» указания оккупационных властей.

Этот «фактор перехода» стал определяющим и для других стран континентальной системы права, воспринявших указанную формулировку. Так, Конституция Австрии была принята в той же исторической ситуации, что и Основной закон ФРГ. Конституция Греции была принята сразу после падения диктатуры «черных полковников»; Конституция Испании — после свержения фашистского режима и т. д. Попав в сходную ситуацию, они, в условиях неуверенности, недооценки, а часто и простого игнорирования отечественного понятийного аппарата, воспринимали положения ст. 25 Основного закона ФРГ в качестве «опробованного временем образца». В других странах с континентальной системой права, где в послевоенное время принятие новых конституций не сопровождалось сломом политического режима, аналоги ст. 25 Основного закона ФРГ отсутствуют.

Конституция РФ, как и конституции других стран бывшего «соцлагеря», также принималась в условиях перехода от авторитарного к демократическому политическому режиму. Она, в свою очередь, стала образцом для конституций целого ряда других государств, возникших на постсоветском пространстве. Таким образом, один раз нормативно закрепленная нелепость стала распространяться на другие еще не окрепшие демократические правовые порядки.

Ни одна юридически закрепленная популистская политическая декларация не принесла российской науке больше вреда, чем формулировка п. 4 ст. 15 Конституции РФ.

Отношение к п. 4 ст. 15 Конституции РФ раскололо наш ученый мир на две группы.

Первая группа ученых, признавая на словах возможность включения норм международного права в национальную правовую систему, на деле признают за ними только возможность выступать в роли регуляторов внутригосударственных общественных отношений, быть частью применяемого государством права, частью системы правового регулирования государства, но не признают за ними возможности быть частью права

государства. При этом, естественно, они единодушны в признании общего примата норм международных договоров над нормами национального законодательства.

Все публикации этой группы имеют одинаковую структуру. Вначале приводятся оба положения п. 4 ст. 15 Конституции, причем в общей одобрительной тональности.<sup>14</sup> Но затем следует изложение реального положения вещей, когда в силу констатации тех или иных фактов от выскозанного одобрения практически ничего не остается. Так, «неожиданно» выясняется, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ образуют в рамках единой национальной системы некий «самостоятельный правовой блок, имеющий практически важные юридические особенности».<sup>15</sup> Что «сколько бы мы не говорили о включении норм международных договоров в национальную правовую систему, никакого “поглощения” здесь нет». Что «эти принципы, нормы, договоры, не вторгаясь прямо во внутрисударственный комплекс, в российское законодательство, взаимодействуют с ним в правоотношениях, в правоприменительном процессе, в структуре правопорядка»<sup>16</sup> и т. п.

Хотя позиция этих ученых представляется половинчатой, она заслуживает уважения уже потому, что в условиях всеобщего одобрения формулировки п. 4 ст. 15 Конституции РФ авторы этой группы не стали воспринимать ее буквально и, не вступая в прямую конфронтацию, продолжили, однако, свои научные исследования соответствующих проблем в правильном направлении.

Вторая группа ученых относит себя к «революционерам»; опираясь на формулировку п. 4 ст. 15 Конституции РФ, они призывают к приведению нашей юридической науки и нашего законодательства «в соответствие с устоявшимися требованиями мировых стандартов». Они не желают принимать во внимание того, что между правовыми семьями могут существовать непримиримые противоречия. Тезис о том, что общепризнанные нормы и принципы международного права являются частью нашей национальной правовой системы, они понимают буквально. Их не смущает, что один и тот же постулат для одной правовой семьи может быть основополагающим или допустимым, а для другой — nonsensom, поскольку в ее основе лежат совершенно другие принципы.

Вольно или невольно, научные публикации этих авторов ставят нашу юридическую науку перед угрозой разрушения национальной совокупности общих правовых понятий, отражающих, с точки зрения теории, нашу правовую систему как законченное целое. Особую опасность представляет то, что внешне эти идеи имеют форму смелого реформаторства и

<sup>14</sup> Здесь отражается то, что советская юридическая наука долгое время носила «обслуживающий» характер по отношению к законодательству и *a priori* воспринимала, объясняла и «доказывала» любые новые законодательные решения как неоспоримо правильные и единственно возможные.

<sup>15</sup> *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой* / отв. ред. О. Н. Садилов. 2-е изд. М., 2004. С. 23.

<sup>16</sup> *Международное право* / под ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунова. М., 1995. С. 115–116.



научной новизны. Так, отталкиваясь от тезиса о включении норм и принципов международного права в нашу национальную правовую систему, эти авторы стали призывать к «переосмыслению» практически всего категорийного аппарата, составляющего «остов» нашего правоведения. При этом речь идет не об отказе от классового подхода, что было бы вполне оправданным, а о внеклассовой содержательной основе применяемых в нашей юриспруденции терминов.

Действительно, по их мнению, коль скоро общепризнанные принципы и нормы международного права, нормы международных договоров входят в нашу национальную правовую систему, то такие нормы становятся нормами внутрисоциального права. Значит, надо изменить представление об источниках национального права, поэтому необходимо изменить и понятие права вообще и понятие национального права в частности, а заодно и понятие субъектов права, правовой системы, механизма правового регулирования, понятий противоправности и наказуемости деяния, действия нормативного акта во времени и пространстве и др. Таким образом, казус, сформулированный в п. 4 ст. 15 Конституции России, привел к попыткам неоправданной ревизии ряда основополагающих понятий теории права.

Поражает легкость, с какой авторы этой группы отмахнулись от фундаментальных научных разработок каждого из указанных понятий. Обсуждаемые сегодня вопросы в который раз убеждают в необходимости уважительного отношения к достижениям национальной юридической науки, в том числе советской, во многом опередившей в теории права по большинству вопросов не только зарубежных представителей своего времени, но, как оказалось, и свое время.

Что же предлагается взамен? Поскольку в основе этих идей лежит сочетание несочетаемого, то «новые» варианты страдают либо крайней формой юридической неопределенности, либо представляют собой набор элементов, объединение которых противоречит здравому смыслу.

Прокомментируем наше видение этой проблемы на конкретном примере. Так, еще совсем недавно понятие «национальная правовая система государства» определялось в теории права как правовая система отдельной страны в виде конкретно-исторической совокупности права, юридической практики и преобладающей правовой идеологии.<sup>17</sup> Ее основным структурным нормативным элементом всегда считалось право данного государства. Именно этот единственный нормативный элемент национальной правовой системы давал возможность различать международное и национальное право как самостоятельные правовые системы, а также отдельные национальные правовые системы друг от друга.

Но с появлением п. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права, нормы международных договоров были объявлены частью российской правовой системы. Сегодня целый ряд ученых готов ввести в состав понятия «национальная правовая

---

<sup>17</sup> Иногда эти три компонента выступают в виде все того же национального права, правопонимания и правоприменения. Но национальное право всегда присутствует, причем как единственный нормативный элемент.

система» не только нормы внутреннего права соответствующей страны, но и принципы и нормы международного права. Более того, некоторые исследователи готовы включить в это понятие и нормы права иностранных государств «в случае их применения на территории данной страны в рамках коллизионного метода регулирования».<sup>18</sup> Этот конгломерат и предлагается называть национальной правовой системой.

Являясь в силу отсылочных норм регуляторами общественных отношений на территории государства, ни нормы международного права, ни нормы права иных национальных правовых систем не могут быть частью национальной правовой системы, кто бы и как бы это ни декларировал, иначе понятие национальной правовой системы теряет всякий смысл, от него ничего не остается. Но, выдавая систему правового регулирования государства за его национальную правовую систему, можно попытаться «доказать» состоятельность тезиса о том, что нормы международных договоров являются частью нашей правовой системы.

Другие ученые на столь кардинальные меры не решились и пошли по пути произвольного «расширительного» толкования понятия национальной правовой системы и «косвенного» включения в это понятие норм международного права. Они стали рассматривать понятие национальной правовой системы как «безразмерное», включающее в себя самые разнообразные элементы по единственному признаку — хоть какого-то отношения к праву вообще и к правовому регулированию в частности. Ведь отсюда совсем недалеко до вывода о том, что коль скоро национальная правовая система включает в себя столь разнообразные элементы системы правового регулирования на территории страны, то она может (а значит, и должна) включать и нормы международного права.

В качестве таких «дополнительных» элементов национальной правовой системы у разных авторов сегодня выступают и правоотношения, и правотворчество, и юридические факты, и индивидуальные правовые акты, и законность, и правовая культура, и правосубъектность, и правореализация, и правовые учреждения, и меры правового принуждения, и пр. Апофеозом можно считать утверждение о том, что и это «ассорти» еще не предел, что многие *составляющие* национальной правовой системы «выступают в виде связей, отношений, состояний, режимов, статусов, гарантий, принципов, правосубъектности и других специфических феноменов, образующих обширную инфраструктуру или среду функционирования правовой системы».<sup>19</sup>

Следует согласиться с В. В. Гавриловым в том, что получаемые в итоге предельно широкие и поэтому недостаточно определенные понятия правовой системы не только имеют незначительную научную и практическую ценность, но и во многом стирают различия между понятием «правовая система», с одной стороны, и понятиями «правовая реальность» и «правовая действительность» — с другой.<sup>20</sup> Добавим, что подобные

<sup>18</sup> См., напр.: *Гаврилов В. В.* Международное частное право. М., 2002. С. 16–25, 74–120.

<sup>19</sup> *Теория государства и права. Курс лекций* / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. М., 2002. С. 179.

<sup>20</sup> *Гаврилов В. В.* Понятие национальной и международной правовых систем // Журнал российского права. 2004. № 11. С. 4.

определения стирают также различия между понятиями «право государства» и «применяемое государством право», «национальная правовая система» и «национальная система правового регулирования» и др.

В системе национального правового регулирования принимают участие все правовые регуляторы общественных отношений, какой бы характер они ни носили, в том числе и нормы международных договоров, и нормы иностранного права «в случае их применения на территории данной страны в рамках коллизионного метода регулирования», а в национальную правовую систему входят нормы только «своего» права.

Часто встречается и такой аргумент: национальное право и национальная правовая система — не одно и то же; они соотносятся как часть и целое. В Конституции РФ речь идет не о включении международно-правовых норм в национальное право, а только о включении их в национальную правовую систему, наряду с национальным правом. Коль скоро нормы международного права согласно Конституции входят в национальную правовую систему, то и национальное право не является единственной правовой составляющей национальной правовой системы данного государства.

Однако если формулировка п. 4 ст. 15 Конституции РФ еще дает возможность для терминологической эквилибристики, то многие другие государства прямо закрепляют, что указанные принципы и нормы международного права являются частью внутреннего права страны (Болгария), составной частью права государства (Португалия), составной частью внутреннего права (Греция) и т. д. Так, ст. 96 Конституции Испании 1978 г. гласит: «Законно заключенные и официально опубликованные в Испании международные договоры составляют часть ее внутреннего законодательства».<sup>21</sup> Да и в Конституции РФ речь идет о включении норм и принципов международного права именно в национальное право страны, поскольку национальное право, и только оно, является единственной нормативной составляющей национальной правовой системы.

Положение п. 4 ст. 15 Конституции РФ существует не только в виде юридической декларации, выражающей исключительно политический подтекст: оно уже проявилось и в отраслевом российском законодательстве, причем в ведущих отраслях. Субъективное привнесение в правовую систему одной правовой семьи «инородных» основ другой объективно порождает серьезные проблемы в правоприменительной деятельности государственных органов вообще и судебных в частности. Не случайно и ГПК, и АПК РФ вообще исключили из сферы применяемого права общепризнанные принципы и нормы международного права, оставив только международные договоры (ч. 3 ст. 1 и ст. 11 ГПК, ч. 3 ст. 3, ст. 13 АПК).

Кому же наш законодатель предоставил право определять, принадлежит ли та или иная договорная норма к общеобязательным принципам

<sup>21</sup> Конституции зарубежных государств. С. 323. — Любопытно, что здесь же говорится о том, что нормы международных договоров «могут быть отменены, изменены или приостановлены только в порядке, указанном в самих договорах, или в соответствии с общими принципами международного права», что как раз и указывает на отсутствие реального включения этих норм в национальное законодательство. Эти нормы, наряду с национальным правом, остаются самостоятельной группой регуляторов общественных отношений в стране.

и нормам международного права? Например, в ФРГ право такого толкования предоставлено Федеральному Конституционному Суду. У нас же такое право предоставлено судьям, рассматривающим конкретные дела, т. е. судьям низовых звеньев юстиции. При этом просто неизбежны значительные расхождения в правоприменительной практике, тем более что в России судебный прецедент официально не признается в качестве источника права, и мы не можем с его помощью хоть как-то соблюсти столь необходимое в этом вопросе единообразие.

Казалось бы, на помощь судьям должны прийти соответствующие разъяснения Конституционного Суда РФ, Пленумов Высшего Арбитражного Суда РФ и Верховного Суда РФ, наконец, научные комментарии.

Однако каких-либо разъяснений Конституционного Суда РФ вообще нет. Да и что разъяснять, когда само международное право до сих пор не определилось в этих вопросах. Можно предположить, что Конституционный Суд РФ справедливо решил: на национальном уровне некорректно продекларировать перед всем миром, который сам еще не определился с этими вопросами, что относится к общепризнанным принципам и нормам международного права, а что нет. Конституционный Суд, давая толкование Конституции РФ, представляет мнение своего государства, и поэтому при подобном декларировании неизбежно возникновение у России серьезнейших политических проблем.

На наш взгляд, основная масса вопросов, подлежащих такому разъяснению, первоначально должна получить соответствующую оценку не на национальном уровне, а в международном праве. Но для такой оценки время еще не наступило. Раскрыть на универсальном мировом уровне состав и содержание понятия «общепризнанные нормы и принципы международного права», которые были бы приняты всем мировым сообществом, — такая же далекая и вряд ли осуществимая идея, как мировое правительство или мировое право.

Если говорить о Высшем Арбитражном Суде РФ, то в его единственном посвященном этим вопросам Постановлении Пленума от 11 июня 1999 г. № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса»<sup>22</sup> вопрос об общепризнанных принципах и нормах международного права вообще обойден. В Постановлении речь идет исключительно о международных договорах.

Верховный Суд РФ посвятил вопросам п. 4 ст. 15 Конституции РФ два Постановления Пленумов: от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия»<sup>23</sup> и от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации».<sup>24</sup> При внимательном изучении указанных документов становится понятно, что разъяснения, данные в них, не облегчают судам их задачу по применению общепризнанных принципов и норм международного права. Так,

<sup>22</sup> Вестник ВАС РФ. 1999. № 8.

<sup>23</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

<sup>24</sup> Там же. 2003. № 12.

давая определение общепризнанных принципов и норм международного права в Постановлении 2003 г., Верховный Суд РФ взял за основу определение императивной нормы общего международного права, данное в ст. 53 Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г. При этом был проигнорирован тот факт, что не все формулировки международных договоров настолько детализированы, чтобы могла произойти их прямая рецепция в национальную правовую систему. В международном праве действует принцип согласования воле различных государств, и такой процесс часто приводит к излишней обобщенности принимаемых формулировок.

Так, согласно п. 1 этого Постановления под *общепризнанными принципами* международного права «следует понимать основополагающие императивные нормы международного права, принимаемые и признаваемые международным сообществом государств в целом, отклонение от которых недопустимо». Трудно сказать, какую реальную помощь судьям дает такое определение, когда оно само нуждается в серьезном толковании. В Постановлении названы и два примера таких принципов: принцип всеобщего уважения прав человека и основных свобод и принцип добросовестного исполнения обязательств. А остальные?

Согласно тому же Постановлению «под *общепризнанной нормой* международного права следует понимать правило поведения, принимаемое и признаваемое международным сообществом государств в целом в качестве юридически обязательного». Какие нормы имеются в виду? Каково их содержание? Сделана ссылка на то, что оно может быть раскрыто «в документах ООН и ее специализированных учреждений». Сложно представить, каков может быть объем таких документов! Неясно также, почему содержание указанных норм и принципов может быть раскрыто только в них.

На этом разъяснения судьям по поводу общепризнанных принципов и норм международного права, содержащиеся в этих Постановлениях, заканчиваются.

Может быть, в научных комментариях к кодексам РФ есть ответы на эти вопросы? Нет, даже определения самих понятий общепризнанных принципов и норм международного права в них вообще, как правило, отсутствуют. В лучшем случае есть только примерный перечень международных документов, где такие принципы и нормы следует искать. Но и здесь не обходится без проблем. Приведем типичную формулировку: «Общепризнанные принципы и нормы международного права содержатся в Уставе ООН, декларациях и резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН, документах и заявлениях других универсальных международных организаций и конференций, решениях Международного Суда».<sup>25</sup> Но в тех же документах закреплены и другие нормы и правила, которые не

---

<sup>25</sup> *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой* / отв. ред. О. Н. Садилов. С. 23. — См. также: *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой* / под ред. Т. Е. Абовой и А. Ю. Кабалкина. М., 2003. С. 43; *Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации* / отв. ред. Е. Н. Сидоренко. М., 2004. С. 49; и др.

могут рассматриваться как общепризнанные принципы международного права. Проблема для судей усугубляется тем, что не все такие документы являются нормативными, а некоторые из нормативных не являются обязательными для России. Как судье разрешить эти проблемы? Нет ответов.

Несмотря на возникновение серьезнейших проблем в теории и правоприменении, казус п. 4 ст. 15 Конституции РФ не был подвергнут критической оценке, но стал широко пропагандироваться в качестве достижения российской государственности. Именно в качестве такового он стал входить в нашу учебную и научную литературу, на основе именно такого подхода сегодня пишутся научные статьи, защищаются диссертации, предпринимаются попытки подогнуть под него отраслевое законодательство. Эту ситуацию необходимо исправить.

Для решения этой проблемы есть два пути: первый — путь стыдливо-го молчаливого неприятия «неудобного» конституционного текста; второй, на наш взгляд более честный, — признать, что мы допустили ошибку, и изменить указанную статью.

Предвидим напрашивающееся возражение: «Но ведь это же покушение на Конституцию!». Да. Но хотелось бы обратить внимание возможных оппонентов на следующее: 1) Конституция, как и любой закон, — продукт деятельности людей, а людям иногда свойственно ошибаться; 2) возможность внесения поправок в Конституцию предусмотрена в самой Конституции, и соответствующая практика известна практически всем государствам мира; 3) никто не покушается ни на форму государственного устройства, ни на форму государственного правления, ни на установленный Конституцией РФ политический режим в России. Речь не идет о пересмотре каких-либо иных основополагающих установок. Речь идет об устранении откровенной нелепости, оказавшейся в тексте нашей Конституции то ли в результате спешки, то ли по недоразумению, то ли в результате еще каких-то иных неизвестных нам обстоятельств; 4) в предыдущие годы, в эпоху политической и экономической нестабильности, в условиях набиравших силу сепаратистских тенденций любые изменения текста Конституции РФ могли создать опасный прецедент и потому были неприемлемы. Сегодня ситуация в стране изменилась настолько, что неприкосновенность формулировок Конституции уже не представляется столь же однозначной. Думается, что время внести в нее необходимые коррективы наконец-то пришло.

## РЕЗОЛЮЦИИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ОРГАНИЗАЦИЙ В ПРАВОВОЙ СИСТЕМЕ РОССИИ

В. П. ТАЛИМОНЧИК



Талимончик Валентина Петровна,  
к. ю. н., доцент, кафедра  
международного права  
юридического факультета СПбГУ

Недавно в «Правоведении» была опубликована статья С. В. Бахина, анализирующая компоненты международной составляющей правовой системы России.<sup>1</sup> Особый интерес представляют решения международных организаций. По мнению С. В. Бахина, нормы этих решений могут быть самоисполнимыми и несамоисполнимыми.<sup>2</sup>

Представляется, что существуют другие аспекты многогранной проблемы применения резолюций международных организаций в правовой системе России, которые должны учитываться при ее решении: 1) резолюции международных организаций взаимосвязаны с общепризнанными принципами и нормами международного права; 2) значение резолюций международных организаций в междуна-

родном публичном и частном праве различно; 3) резолюции международных организаций уже применяются в правовой системе России, и не всегда такое применение согласовывается с теоретическими представлениями о роли и значении резолюций международных организаций.

Что касается первого аспекта, то в ряде случаев в резолюции международной организации обобщается сложившаяся практика государств и формулируются общепризнанные принципы и нормы международного права. Например, нормативное содержание общих принципов международного права раскрыто в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций, принятой 24 октября 1970 г. Резолюцией 2625 (XXV) на 1883-м пленарном заседании Генеральной Ассамблеи ООН (ГА ООН).<sup>3</sup>

© В. П. Талимончик, 2008

<sup>1</sup> Бахин С. В. Международная составляющая правовой системы России // Правоведение. 2007. № 6. С. 126–137; 2008. № 1. С. 117–132.

<sup>2</sup> Там же. 2008. № 1. С. 125.

<sup>3</sup> Международное публичное право. Сб. документов. Т. 1. М., 1996. С. 2–8.

В сфере международного информационного обмена некоторые обычно-правовые запреты на распространение информации содержатся в резолюциях международных организаций. В частности, в резолюциях ГА ООН закреплены запреты на распространение ложной или извращенной информации (Резолюция 127 от 15 ноября 1947 г.), пропаганду ненависти и предвзятого отношения к другим народам (Декларация о воспитании народов в духе мира от 15 декабря 1947 г.), подстрекательства к расизму, расовой дискриминации, ксенофобии и подобной нетерпимости (Резолюция A/RES/51/79 от 25 февраля 1997 г.).

Таким образом, в резолюциях международных организаций может констатироваться формирование того или иного международного обычая. «В том случае, когда резолюция Генеральной Ассамблеи ООН или другого международного органа носит характер констатации наличия той или иной нормы международного права, она имеет, естественно, декларативный характер».<sup>4</sup>

Однако процесс формирования общепризнанных норм международного права представляется более сложным. Принятие резолюции международной организации (даже единогласное) не обязательно свидетельствует о признании государствами обязательности резолюции в качестве правовой нормы. Когда государство голосует за ту или иную резолюцию, оно руководствуется уставом организации, и устав указывает на обязательность или необязательность резолюций того или иного органа. Принятие резолюции может быть определенным этапом в формировании общепризнанных норм международного права, но сам по себе факт принятия резолюции еще не свидетельствует о том, что соответствующая норма сформировалась.

Резолюции международных организаций могут выступать в качестве доказательства существования общепризнанной нормы международного права, но такое доказательство не может быть единственным; должны учитываться другие проявления воли государств (судебная практика, односторонние заявления государств и т. п.). Однако, как будет показано ниже, резолюции международных организаций при их практическом применении нередко отождествляются с международными обычаями.

При рассмотрении резолюций международных организаций в качестве источников международного публичного права в отечественной правовой доктрине уже сформировалась точка зрения, согласно которой к таким источникам могут быть отнесены только резолюции, носящие обязательный характер. В частности, это нормативные регламенты специализированных международных организаций (Всемирного почтового союза, Международного союза электросвязи, Всемирной организации здравоохранения, Всемирной метеорологической организации и т. д.). Обязательный характер соответствующих регламентов предусмотрен уставами данных организаций, что обусловило точку зрения, согласно которой регламенты являются по своему существу международными договорами.<sup>5</sup>

В то же время резолюции ГА ООН не признаются юридически обязательными и не являются источником международного публичного права.

<sup>4</sup> Тункин Г. И. Теория международного права. М., 2006. С. 155.

<sup>5</sup> Шибалева Е. А. Специализированные учреждения ООН. М., 1966. С. 105.



«Они обязывают морально-политически и имеют свой механизм воздействия на международные отношения, который по эффективности нередко превосходит немалое число договоров», — считает И. И. Лукашук.<sup>6</sup> При этом необходимо отметить, что юридическая сила резолюции определяется уставом соответствующей организации, и резолюции по внутриорганизационным вопросам могут носить обязательный характер.

Какова же роль резолюций международных организаций при регулировании международных отношений невластного характера? В международных отношениях невластного характера основными акторами являются физические и юридические лица. Они самостоятельно формируют содержание правоотношений, обладают значительной свободой выбора регуляторов этих отношений. Заключая внешнеэкономические контракты, юридические лица могут сослаться в своем контракте на резолюцию международной организации, и эта резолюция становится обязательной для сторон. Как следствие, она должна применяться и судебным учреждением, которое будет рассматривать спор между сторонами. Это в равной степени касается резолюций межгосударственных и неправительственных организаций. Представляется, что резолюции международных организаций относятся к регуляторам международных отношений невластного характера, но с особым механизмом применения.

В ряде случаев международные организации при принятии резолюции указывают на правила ее применения к конкретным правоотношениям. Так, в Принципах международных коммерческих договоров (Принципах УНИДРУА) в редакции 2004 г.<sup>7</sup> установлено, что они подлежат применению в случае, если стороны согласились, что их договор будет регулироваться этими Принципами; они могут применяться, когда стороны согласились, что их договор будет регулироваться «общими принципами права», *lex mercatoria* или аналогичными положениями и т. п.

Полагаем, что ссылка на Принципы УНИДРУА в контракте не должна пониматься как включение Принципов в число контрактных условий. Такое понимание противоречит ст. 1.6 Принципов, согласно которой при толковании Принципов надлежит учитывать их международный характер и цели, в том числе необходимость содействовать достижению *единообразия* в их применении.

В отношении резолюций международных организаций уже сложилась определенная практика их применения в правовой системе РФ. Необходимо отметить, что Конституционный Суд РФ, суды общей юрисдикции и арбитражные суды демонстрируют различные подходы к применению резолюций международных организаций. В рамках каждой подсистемы судов складывается свой подход, и определенного сходства не отмечается.

Наибольшим разнообразием отличается практика применения резолюций международных организаций Конституционным Судом РФ. Конституционный Суд РФ в ряде своих решений ссылается на резолюции различных органов международных организаций. Следует отметить, что

<sup>6</sup> Лукашук И. И. Международное право в судах государств. СПб., 1993. С. 172.

<sup>7</sup> Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 г. М., 2006.

речь идет не о применении указанных резолюций в конкретном деле, рассматриваемом судом, поскольку Конституционный Суд РФ применяет прежде всего нормы Конституции РФ. Ссылки на резолюции международных организаций используются в качестве дополнительной аргументации, усиливающей правовую позицию суда. Таким образом, речь идет о субсидиарном применении резолюций международных организаций при формировании правовой позиции Конституционного Суда РФ.

Иногда Конституционный Суд РФ одновременно ссылается как на резолюции, имеющие обязательный характер, так и на рекомендации. Например, в Постановлении от 28 июня 2007 г. № 8-П по делу о проверке конституционности ст. 14.1 Федерального закона «О погребении и похоронном деле» и Положения о погребении лиц, смерть которых наступила в результате пресечения совершенного ими террористического акта, в связи с жалобой граждан К. И. Гузиева и Е. Х. Каримовой<sup>8</sup> Конституционный Суд РФ указал: «Подтверждая настоятельную необходимость всеми средствами бороться с терроризмом во всех его формах и проявлениях, создающим серьезную и возрастающую угрозу осуществлению прав человека, общественной безопасности, социальному и экономическому развитию государства, снижающим уровень стабильности в мире, Совет Безопасности ООН в Резолюции 1624 (2005), принятой 14 сентября 2005 г. на уровне глав государств и имеющей обязательную силу, подчеркивает значимость принятия на национальном и международном уровнях соответствующих мер для защиты права на жизнь. Глобальная контртеррористическая стратегия ООН, принятая Генеральной Ассамблеей ООН (Резолюция 60/288 от 8 сентября 2006 г.), призывает государства — члены ООН прилагать усилия к принятию в случае необходимости, в зависимости от обстоятельств и в соответствии с обязательствами по международному праву таких мер, которые требуются для запрещения по закону подстрекательства к совершению террористического акта или актов и недопущения такого поведения (п. 4 разд. 1 Плана действий)».

В данном случае решения Совета безопасности ООН носят обязательный характер для государств — членов ООН, а резолюции ГА ООН имеют характер рекомендаций. Однако Конституционный Суд РФ применяет эти акты в совокупности для обоснования своей правовой позиции. При этом вопрос об общепризнанности норм, зафиксированных в резолюции ГА ООН, даже не ставится. Кроме того, вряд ли призыв к государствам принять определенные меры в борьбе с терроризмом может рассматриваться в качестве общепризнанной нормы международного права. В данном случае речь идет об определенных мерах в рамках национальных правовых систем.

Конституционный Суд РФ в Постановлении от 28 февраля 2008 г. № 3-П по делу о проверке конституционности ряда положений ст. 6.1 и 12.1 Закона РФ «О статусе судей в Российской Федерации» и ст. 21, 22 и 26 Федерального закона «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации» в связи с жалобами граждан Г. Н. Белюсовой, Г. И. Зиминой,

<sup>8</sup> СЗ РФ. 2007. № 27. Ст. 3346.

Х. Б. Саркитова, С. В. Семаки, А. А. Филатовой<sup>9</sup> применил целый ряд резолюций международных организаций.

Ссылке на резолюции международных организаций в указанном деле предшествовал анализ норм Конституции РФ, которые устанавливают конституционно-правовой статус судьи. Конституционный Суд РФ отметил, что такое понимание предназначения конституционно-правового статуса судьи с точки зрения особых требований, предъявляемых к судьям, согласуется с международными рекомендациями и стандартами в сфере правосудия. Далее были указаны Бангалорские принципы поведения судей (приложение к Резолюции Экономического и Социального Совета ООН 2006/23 от 27 июля 2006 г.), провозглашающие, в частности, независимость, беспристрастность, честность, соответствие установленным стандартам компетентности, поведения и добросовестности.

Конституционный Суд РФ также применил Основные принципы независимости судебных органов (одобрены Резолюциями ГА ООН 40/32 от 29 ноября 1985 г. и 40/146 от 13 декабря 1985 г.), Рекомендацию R(94)12 по вопросам независимости судей, принятую 13 октября 1994 г. Комитетом Министров государств — членов Совета Европы.

Следует отметить, что Конституционный Суд РФ сослался на международные рекомендации и стандарты, не уточняя, какие положения относятся к рекомендациям, а какие к стандартам. Возникает вопрос: если суд сам отмечает, что речь идет о международных рекомендациях, обосновано ли их применение для решения поставленной перед судом проблемы?

В указанном деле Конституционный Суд применил резолюции различных международных организаций — ООН и Совета Европы. В силу ст. 10 и 62 Устава ООН<sup>10</sup> ГА ООН и Экономический и Социальный Совет ООН (*Economic and Social Council — ECOSOC*) принимают рекомендации для государств — членов ООН. Согласно ст. 16–17 Устава Совета Европы<sup>11</sup> Комитет министров принимает обязательные решения только по вопросам внутренней организации и порядка работы Совета Европы; по остальным вопросам он принимает рекомендации. Таким образом, Конституционный Суд РФ в конкретном деле применил только рекомендательные акты международных организаций. Однако остается неясным, что Конституционный Суд вкладывает в понятие «международные стандарты».

Таким образом, мы видим примеры применения Конституционным Судом РФ резолюций международных организаций рекомендательного характера. Вместе с тем, поскольку акты Конституционного Суда РФ носят общеобязательный характер и являются непосредственно действующими, вряд ли оправдано применение судом рекомендательных актов.

Конституция РФ и Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде РФ»<sup>12</sup> четко не регламентируют, какими правовыми

<sup>9</sup> СЗ РФ. 2008. № 10 (ч. 2). Ст. 976.

<sup>10</sup> Действующее международное право. Т. 1. М., 1996. С. 7–33.

<sup>11</sup> СЗ РФ. 1997. № 12. Ст. 1390.

<sup>12</sup> Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» // СЗ РФ. 1994. № 13. Ст. 1447.

актами должен руководствоваться суд при формировании содержания своих решений. Вопрос выбора таких актов оставляется на усмотрение Конституционного Суда РФ. Несомненно, что Конституционный Суд РФ применяет Конституцию РФ. Кроме того, Конституционный Суд РФ применяет резолюции международных организаций, относящиеся к рассматриваемым им вопросам, не обосновывая возможность применения той или иной резолюции в правовой системе России.

В связи с применением Конституционным Судом РФ резолюций международных организаций в правовой доктрине уже высказывались критические мнения. Так, Б. Р. Тузмухамедов пишет, что суд упоминал в качестве авторитетных источников решения международных организаций, в которых Россия не состояла; в некоторых своих решениях Конституционный Суд предлагает изложение содержания международных документов, выходящее за пределы оригинального текста; наконец, в некоторых решениях Конституционный Суд допускает как искажение названия международного документа, так и неверную нумерацию приводимых положений, не говоря уже о произвольной трактовке юридической природы упоминаемого акта.<sup>13</sup>

В связи с указанными проблемами вызывает определенные сомнения возможность практической реализации предложения С. В. Бахина, который указал, что «Конституционный Суд мог бы по запросу определенных органов и лиц как свидетельствовать общепризнанность тех или иных норм международного права, так и давать их толкование».<sup>14</sup> Предоставление столь широких полномочий Конституционному Суду может привести к тому, что в правовой системе РФ будет искажаться смысл общепризнанных норм международного права при их применении. Представляется, что право констатировать ту или иную норму общепризнанной предоставлено всем судам судебной системы РФ, при этом существуют механизмы судебного контроля, направленные на устранение неправильного применения правовых норм.

Особенности применения резолюций международных организаций судами общей юрисдикции связаны с принятием Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации».<sup>15</sup> В п. 1 указанного Постановления говорится, что содержание общепризнанных принципов и норм международного права может раскрываться, в частности, в документах ООН и ее специализированных учреждений.

Представляется, что данное положение может привести к тому, что суды общей юрисдикции будут ссылаться исключительно на резолюции организаций системы ООН при определении содержания общепризнанных норм международного права, поскольку более четкие ориентиры им указаны не были.

<sup>13</sup> Тузмухамедов Б. Р. Международное право в конституционной юрисдикции. М., 2006. С. 355–356.

<sup>14</sup> Бахин С. В. Международная составляющая правовой системы России // Правоведение. 2008. № 1. С. 118.

<sup>15</sup> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12.

Данный подход уже встречается на практике. Например, в Определении от 25 мая 2006 г. № КАС06-129<sup>16</sup> Верховный Суд РФ указал, что довод кассационной жалобы о том, что ссылка суда на Свод принципов защиты всех лиц, подвергаемых задержанию или заключению в какой бы то ни было форме, недостаточно обоснованна, поскольку этот документ носит рекомендательный, а не обязательный характер, не основан на нормах законодательства РФ. Далее было указано, что Свод принципов, в котором раскрыто содержание права задержанного или находящегося в заключении лица на получение юридической помощи адвоката (принцип 18), принят Резолюцией ГА ООН от 9 декабря 1988 г. 43/173, поэтому положение этого международного документа правильно применено судом по настоящему делу.

В решении Верховного Суда РФ от 17 октября 2005 г. № ГКПИ05-1234 указано, что прекращение полномочий судьи Уставного суда в связи с истечением срока пребывания в должности не противоречит общепризнанным принципам и нормам международного права, касающимся осуществления судебских функций, закрепленных в Основных принципах независимости судебных органов, одобренных Резолюцией 40/146 ГА ООН от 13 декабря 1985 г.

Как уже было указано, вопрос об определении общепризнанности той или иной нормы более сложен. Из решений Верховного Суда РФ видно, что он указывает на общепризнанность норм, ссылаясь исключительно на резолюции международных организаций. Между тем, как указывает Я. Броунли, «материальные источники обычая весьма многочисленны. К ним относятся: дипломатическая переписка, политические заявления, сообщения для прессы, заключения официальных юридических советников, официальные руководства по правовым вопросам, например, военно-правовые положения, решения и практика исполнительной власти, распоряжения по военно-морским силам и т. д., правительственные комментарии по проектам, выработанным Комиссией международного права, государственное законодательство, международные и национальные судебные решения, декларативные положения договоров, практика международных органов, а также резолюции Генеральной Ассамблеи ООН, касающиеся юридических вопросов».<sup>17</sup>

В отношении применения резолюций международных организаций практика окружных арбитражных судов различается. Так, Федеральный арбитражный суд Дальневосточного округа в ряде постановлений (от 22 ноября 2004 г. по делу № Ф03-А37/04-2/3079, от 1 декабря 2004 г. по делу № Ф03-А37/04-2/3088) применял акты ИМО (Международная морская организация — *International maritime organization, IMO*). В своих постановлениях арбитражный суд ссылался на Руководство по разработке судовых планов чрезвычайных мер по борьбе с загрязнением моря нефтью и/или вредными жидкими веществами (Резолюция МЕРС 85/44

---

<sup>16</sup> Здесь и далее по тексту приводится официально не опубликованная судебная практика.

<sup>17</sup> Броунли Я. Международное право. Кн. 1. М., 1977. С. 27.

от 13 марта 2000 г.).<sup>18</sup> Обязательность данного акта и правомочие ИМО на его издание предусмотрены Международной Конвенцией по предотвращению загрязнения с судов 1973 г.<sup>19</sup> Применение данной Резолюции является правильным, хотя суд и не исследует вопрос о ее обязательности и возможности непосредственного применения к правоотношениям сторон.

Федеральный арбитражный Суд Московского округа в ряде постановлений по налоговым спорам (от 30 января 2008 г. № КА-А40/14747-07, от 19 августа 2005 г. № КА-А40/7949-05, 1 декабря 2004 г. № КА-А40/11238-04) ссылаясь на резолюции ИАТА (Международная авиатранспортная ассоциация — *International Air Transport Association, IATA*), в частности на форму авиатранспортной накладной, разработанной ИАТА, а также на порядок приема груза к перевозке по правилам ИАТА.

Что же представляет собой ИАТА? Это международная неправительственная организация, членами которой являются авиаперевозчики, аэропорты, организации, оказывающие сопутствующие авиаперевозкам услуги.<sup>20</sup> Она оказывает услуги своим членам, а также принимает резолюции, которые именуются стандартами. Данные стандарты могут обязывать только членов организации или иных лиц, которые на основании соглашений приняли для себя стандарты ИАТА.

В рассмотренных делах суд ссылается на стандарты ИАТА, никак не обосновывая их применение. Представляется, что применение резолюций неправительственной организации в делах, возникающих из публичных правоотношений, неправомерно.

Таким образом, в практике судов отсутствуют единые подходы к применению резолюций международных организаций. В ряде случаев при рассмотрении дел применяются резолюции, не имеющие обязательного характера. Как правило, суды не исследуют вопрос о том, в силу чего должна быть применена резолюция международной организации, не обосновывают необходимость ее применения. В ряде случаев применение резолюций международных организаций для рассмотрения конкретного дела является ошибочным и не основанным на нормативных предписаниях, касающихся структуры правовой системы России.

---

<sup>18</sup> *Руководство ИМО по разработке судовых планов чрезвычайных мер по борьбе с загрязнением моря нефтью и/или вредными жидкими веществами. Резолюция МЕРС 85(44). 2001 г. СПб., 2001.*

<sup>19</sup> *Международная Конвенция по предотвращению загрязнения с судов 1973 г., измененная протоколом 1978 г. к ней (МАРПОЛ-73/78). Кн. I и II. СПб., 2008.*

<sup>20</sup> Подробнее об ИАТА: [www.iata.org](http://www.iata.org)

## О ПОНЯТИИ НОТАРИАТА

О. В. РОМАНОВСКАЯ



Романовская Ольга Валентиновна,  
к. ю. н., доцент,  
кафедра частного права  
Пензенского госуд. университета

В условиях рыночной экономики необходима превентивная защита прав участников гражданского оборота, модели которой разнообразны: страхование сделок, государственная регистрация, ведение единых информационных ресурсов, медиация и др. Традиционная система континентального права включает в их число нотариальные удостоверение и свидетельствование специальными уполномоченными должностными лицами и органами, называемыми нотариальными. Нередко в научной литературе и юридической практике систему нотариальных органов объединяют единым термином «нотариат».

Согласно ст. 1 «Основ законодательства Российской Федерации о нотариате»<sup>1</sup> (далее — Основы о нотариате) нотариат в Российской Федерации призван обеспечивать в соответствии с Конституцией России, конституциями (уставами) субъектов РФ, настоящими Основами защиту прав и законных интересов граждан и юридических лиц путем совершения нотариусами предусмотренных законодательными актами нотариальных действий от имени Российской Федерации. Приведенная норма показывает, что российское законодательство, используя термин «нотариат», не раскрывает его содержания, принимая как данность.

В России нотариат в кратчайший исторический период прошел несколько стадий своего развития. Появившись в 1867 г. как орган общественной власти,<sup>2</sup> в 1917 г. с приходом к власти большевиков он был практически ликвидирован,<sup>3</sup> а впоследствии реанимирован, но уже в виде сугубо государственного органа. Конституционное подтверждение статусу нотариальных органов нашел только в рамках конституционной реформы начала 1990-х годов. До этого нотариат не упоминался ни в одной из отечественных конституций. По-видимому, он растворялся в системе судоустройства, так как до 1973 г. руководство деятельностью

© О. В. Романовская, 2008

<sup>1</sup> Основы законодательства Российской Федерации о нотариате, утв. ВС РФ 11 февраля 1993 г. № 4462-1 // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 10. Ст. 357.

<sup>2</sup> Куклина Н. История российского нотариата // Российская юстиция. 1997. № 12. С. 31.

<sup>3</sup> Нотариальные действия осуществляли отделы юстиции, органы загса, судьи.

государственных нотариальных контор осуществлялось судебными органами.<sup>4</sup> В апреле 1992 г. были внесены изменения в Конституцию РФ в части установления разграничения предметов ведения. К предметам совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов был отнесен нотариат (ст. 81.1, 84.1, 84.11). С этого момента можно говорить о том, что нотариат приобрел конституционный статус. Конституция РФ стала для нотариата системообразующим правовым актом. Пункт «л» ч. 1 ст. 72 Конституции РФ, принятой всенародным голосованием 12 декабря 1993 г., сохранил указание на нотариат как предмет совместного ведения Российской Федерации и ее субъектов. Таким образом, смысл анализируемого термина отходит от его узкоотраслевого понимания.

В соответствии со ст. 76 Конституции РФ по предметам совместного ведения издаются федеральные законы и принимаемые в соответствии с ними законы и иные нормативные правовые акты субъектов РФ. Это придаст особое значение уяснению понятия «нотариат», поскольку региональный законодатель должен четко представлять, что именно им охватывается. Иное может привести к нарушению конституционных норм, а значит, и к применению мер конституционной ответственности. Кроме того, само функционирование нотариальных органов происходит на стыке различных отраслей права, относящихся к различным предметам ведения. Поскольку недопустимо принятие регионального акта по вопросам ведения Российской Федерации (такой документ не порождает правовых последствий для правоприменителя), региональный законодатель должен четко представлять предмет «разделения труда» и возможность собственного нормотворчества в случае, если по некоторому вопросу имеется умолчание федерального парламента.

Слово «нотариус» (от лат. *notarius*) имеет корневую основу *nota* (лат. — «замечание», «заметка») и переводится как «писец», «секретарь». Последние впервые появились в Древнем Риме в лице простых писцов — *scribae, exceptores et notarii*. И те и другие выполняли практически одинаковые функции, разница состояла лишь в том, что *scribae* состояли на государственной службе, а *exceptores et notarii* — на службе у частных лиц.<sup>5</sup> Появление подобных служащих было связано с тем, что римское право предъявляло некоторые формальные требования к составлению различных документов, при несоблюдении которых документ считался ничтожным. Между тем, большая часть населения не имела юридических познаний, более того, была неграмотной, что порождало потребность в человеке, который, имея навыки составления юридических документов, мог бы облачить волю гражданина в соответствующий правовой документ, порождающий юридически значимые последствия. Таковым и стал писарь, в последующем получивший название нотариуса.

<sup>4</sup> Пункт 4 Положения о государственном нотариате РСФСР, утв. Постановлением ВЦИК и СНК РСФСР от 20 июля 1930 г. (Нотариальный вестник. 1999. № 9); Ст. 9 Положения о государственном нотариате РСФСР, утв. Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 30 сентября 1965 г. (Справочник государственного нотариуса. Сб. офиц. материалов. М., 1968. С. 7).

<sup>5</sup> Подробнее: *Ляпидевский Н.* История нотариата. М., 1875.



Многие ученые обращаются также к памятникам Древнего Египта, Вавилона, Иудеи, показывая истоки нотариата не в появлении самого субъекта («нотариуса»), а в сущности явления — оформлении сделки в строго установленном порядке.<sup>6</sup> Исторические экскурсы показывают, что нотариат может черпать свое начало как в появлении особых субъектов — нотариусов, так и в своем предназначении — формализации юридической воли субъектов гражданско-правовых отношений.

Возвращаясь к современности, необходимо отметить, что традиция двуединого понимания нотариата сохранена в ст. 1 Основ о нотариате. В этой статье определены ключевые характеристики нотариальной деятельности. Ее основная задача — защита прав и законных интересов граждан и юридических лиц, вследствие чего нотариальная деятельность является правоохранительной по своей природе. Нотариальная деятельность осуществляется от имени государства, является разновидностью профессиональной юридической деятельности. Она основывается на принципе возмездности, хотя и не считается предпринимательством и не преследует цели извлечения прибыли. Нотариальная деятельность является подзаконной деятельностью, она строго регламентирована правом и формализована.

Статья 1 Основ о нотариате также устанавливает перечень органов, уполномоченных на совершение нотариальных действий, к которым относятся:

- нотариусы, работающие в государственной нотариальной конторе;
- нотариусы, занимающиеся частной практикой;
- главы местной администрации поселения и специально уполномоченные должностные лица местного самоуправления поселения;
- должностные лица консульских учреждений.

Как видно, в систему нотариальных органов входят как собственно нотариусы, так и должностные лица, для которых нотариальная деятельность является только дополнительной функцией. Статус этих субъектов существенно различается. Если отождествлять нотариат с приведенным перечнем, то необходимо учитывать, что правовое положение многих нотариальных органов не может регулироваться законом субъекта РФ (например, служащих государственных органов, входящих в систему МИД РФ, коими являются должностные лица консульских учреждений). Если понятие «нотариат» отождествлять с нотариальной деятельностью, то в этом случае также следует учитывать ряд обстоятельств. Порядок совершения нотариальных действий должностными лицами консульских учреждений устанавливается только законодательными актами Российской Федерации. Порядок совершения нотариальных действий главами местных администраций поселений и специально уполномоченными должностными лицами местного самоуправления поселений устанавливается специальной Инструкцией, утверждаемой Министерством юстиции РФ. Даже в отношении нотариусов права регионального парламентария существенно ограничены. Большинство нотариальных действий урегулировано нормами

<sup>6</sup> См., напр.: *Андреева Ю. А.* История становления российского нотариата // *Нотариус*. 2007. № 6. С. 19; *Учебник гражданского процесса* / под ред. М. К. Треушникова. М., 1996. С. 434.

гражданского и гражданского процессуального права, которые относятся к предметам ведения Российской Федерации.

Таким образом, необходимо либо существенно сузить понятие «нотариат», определяемое в Конституции РФ в качестве предмета совместного ведения, либо продолжить поиск оптимальной дефиниции, отражающей все обозначенные обстоятельства.

Обращаясь к юридической науке, необходимо отметить, что наибольшее внимание понятию «нотариат» уделяется в учебной дисциплине «Гражданское процессуальное право», которая рассматривает его в рамках несудебной формы защиты гражданских прав. Такое понимание основывается на точке зрения Н. Б. Зейдера, поддержанной В. Н. Щегловым, И. А. Жеруолисом, Н. Е. Араповым и др., согласно которой в предмет гражданского-процессуального права России необходимо включать не только деятельность судов общей юрисдикции, но и все направления юрисдикционной деятельности: арбитраж, нотариат, третейские суды.<sup>7</sup> Кроме того, государственный образовательный стандарт высшего профессионального образования по специальности «Юриспруденция» (утв. 27 марта 2000 г.), раскрывая содержание дисциплины «Гражданское процессуальное право (гражданский процесс)», содержит дидактическую единицу — нотариат. Исходя из этого, авторы учебника дают следующее определение: «Нотариат представляет собой систему государственных органов и должностных лиц, на которых возложено удостоверение бесспорных прав и фактов, свидетельствование документов, выписок из них, придание документам исполнительной силы и выполнение других законом предусмотренных действий и в предусмотренном законом порядке в целях обеспечения защиты прав и охраняемых законом интересов граждан и юридических лиц».<sup>8</sup> В некоторых научных источниках делаются попытки обосновать более тесную связь нотариата и судебных органов, определяя его место в системе юридической надстройки общества как органа превентивной юрисдикции.<sup>9</sup> Такое понимание нотариата нашло своих активных сторонников.<sup>10</sup> В то же время в юридической науке указывается на неудачность такой терминологии, так как «современный нотариат не имеет никакого отношения к судебной системе, не вправе использовать методы, присущие судам как органам государственной власти в Российской Федерации».<sup>11</sup>

<sup>7</sup> См., напр.: *Гражданский процесс* / под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. М., 1997. С. 13.

<sup>8</sup> *Гражданский процесс. Учебник* / под ред. М. К. Треушниковой. М., 2003. С. 673. — См. также: *Гражданский процесс. Учебник* / под ред. В. А. Мусина, Н. А. Чечиной, Д. М. Чечота. М., 1997. С. 431; *Гражданское процессуальное право России. Учебник* / под ред. П. В. Алексия, Н. Д. Амаглобели. М., 2006. С. 409; *Комментарий к Основам законодательства РФ о нотариате* / под ред. В. Н. Аргунова. М., 1996. С. 5.

<sup>9</sup> *Викут М. А., Зайцев И. М.* Гражданский процесс России. Учебник. М., 1999. С. 367.

<sup>10</sup> *Жуйков В.* Нотариат как институт превентивного правосудия: общие цели, принципы и полномочия // *Российская юстиция.* 1998. № 6–7; *Черемных Г. Г.* Развитие нотариата как системы органов превентивного правосудия // *Нотариальный вестник.* 1998. № 12. С. 40–43. — Необходимо отметить, что В. Жуйков — заместитель Председателя Верховного Суда РФ.

<sup>11</sup> *Мохов А. А., Колганова С. В., Рабочий П. В.* Отечественный нотариат: понятие и сущность // *Нотариус.* 2007. № 5. С. 2.

Среди процессуалистов есть и иное мнение, согласно которому нотариат не может быть включен в предмет гражданского процессуального права, поскольку «гражданские процессуальные отношения, возникающие в сфере правосудия по гражданским делам, существенно отличаются от правоотношений, складывающихся с участием других юрисдикционных органов. Имеются существенные различия в правовом положении суда и этих органов, в принципах их деятельности... Нормы права, регулирующие деятельность иных юрисдикционных органов, относятся к другим отраслям права».<sup>12</sup>

Специальная научная и учебная литература, посвященная непосредственно нотариату, сохраняет различные подходы к его пониманию. Существует точка зрения, согласно которой нотариат представляет собой систему органов и должностных лиц, уполномоченных на совершение нотариальных действий.<sup>13</sup> Этого взгляда придерживается Е. Б. Тарбагаева; указывая на многозначность термина, она выделяет самостоятельное понятие «система нотариата», которая определена «посредством указания на субъектов, уполномоченных законом совершать нотариальные действия именем Российской Федерации».<sup>14</sup>

Согласно другой точке зрения, нотариат — «это правовой институт, призванный обеспечить стабильность гражданского оборота, а также защиту прав и законных интересов граждан и юридических лиц посредством совершения нотариальных действий».<sup>15</sup> А. Е. Черников поясняет, что это понимание нотариата в узком юридическом смысле.<sup>16</sup>

Некоторые авторы указывают на многозначность термина «нотариат»: «во-первых, он обозначает систему органов и должностных лиц, включающую нотариусов и иных лиц, наделенных в соответствии с законом правом совершения нотариальных действий; во-вторых, отрасль законодательства, нормами которой регулируется нотариальная деятельность; в-третьих, учебный курс, предметом которого является изучение вопросов нотариального производства и деятельности его участников».<sup>17</sup> Е. Б. Тарбагаева также указывает на многозначность этого понятия, но в несколько иной плоскости. Соглашаясь, что в содержание термина включается система органов, осуществляющих нотариальные функции (согласно авторской терминологии — «система нотариата»), Е. Б. Тарбагаева уточняет, что нотариат отождествляется, с одной стороны, с материально-правовыми институтами (как то: бесспорное взыскание, форма сделки, природа нотариальных актов и др.), с другой —

<sup>12</sup> *Гражданское процессуальное право России* / под ред. М. С. Шакарян. М., 1998. С. 13.

<sup>13</sup> *Вергасова Р. И.* Нотариат в России. Учеб. пособие. М., 2003. С. 45–46.

<sup>14</sup> *Тарбагаева Е. Б.* Организация и деятельность нотариата в Российской Федерации. Учеб. пособие. СПб., 2006. С. 10.

<sup>15</sup> *Стешенко Л. А., Шамба Т. М.* Нотариат в Российской Федерации. Учебник. М., 2001. С. 1.

<sup>16</sup> *Черников А. Е.* Понятие и конституционно-правовая природа нотариата в современной России // Конституционное и муниципальное право. 2007. № 23. С. 30.

<sup>17</sup> *Нотариальное право России.* Учебник / под ред. В. В. Яркова. М., 2003. С. 1. — См. также: *Черемных Г. Г., Черемных И. Г.* Нотариальное право. 2-е изд., перераб. и доп. / под ред. Ю. А. Дмитриева. М., 2006. С. 11.

с идеей превентивного правосудия (путем выявления связи нотариата и процессуальных институтов). Подход Е. Б. Тарбагаевой интересен еще и тем, что он представляет собой попытку комплексного исследования понятия «нотариат», предполагающего разработку следующих вопросов:

- система нотариальных органов, должность нотариуса;
- цели, задачи и функции нотариальных органов;
- предмет, содержание и форма нотариальной деятельности;
- гарантии законности и обоснованности нотариальных актов.<sup>18</sup>

В. В. Ярков выделяет нотариат из гражданского процесса, обозначая как самостоятельную «комплексную отрасль права»<sup>19</sup> и уточняя, что нотариат является формой правовой защиты.<sup>20</sup>

Необходимо отметить нотариальную деятельность как самостоятельный элемент системы нотариата. Основы о нотариате, не давая определения понятию нотариата, постоянно говорят о нотариальной деятельности (ч. 6 ст. 1, ст. 3, ст. 5, ст. 18 и др.). Даже поиск исторических истоков нотариата основывался не на наличии специального субъекта, именуемого «нотариус», а на появлении особой процедуры удостоверения (заключения, составления, защиты и т. д.) гражданско-правовых сделок. Кому именно государство предоставляет осуществление этих действий, в данном случае является вторичным вопросом. Нотариальную деятельность могут осуществлять любые органы, которым государство предоставляет это полномочие на основании закона, т. е. не только нотариусы, но и иные должностные лица. Множество примеров этому можно найти в зарубежной практике: это и адвокаты, и государственные чиновники, и судьи.

Определение сущности норм, в соответствии с которыми осуществляется нотариальная деятельность, — важная задача юридической науки, поскольку это связано с выявлением отраслевой принадлежности. Как справедливо отметила проф. Н. А. Чечина, выбор должен произойти между тремя отраслями права — гражданским процессуальным, гражданским или административным правом: «Вопрос этот не схоластический, а ответ на него имеет практическое значение, поскольку от ответа зависит правильная регламентация прав и обязанностей не только лиц, обращающихся к нотариусам, но и самих нотариусов, содержание и меры по обеспечению исполнения этих правил, условия и виды ответственности за неисполнение предписанных правил».<sup>21</sup>

Сущность нотариальных действий заключается в участии в гражданском обороте путем удостоверения бесспорных юридических фактов. При совершении нотариального акта нотариус прежде всего руководствуется нормами материального права: устанавливает личность обратившегося за совершением нотариального действия (ст. 42 Основ о нотариате), проверяет дееспособность граждан и правоспособность юридических

<sup>18</sup> Тарбагаева Е. Б. Организация и деятельность нотариата в Российской Федерации. С. 10.

<sup>19</sup> Ярков В. В. Нотариат в правовой системе России // Нотариус. 1997. № 2. С. 8–9.

<sup>20</sup> Ярков В. В. Развитие нотариального права в России // Нотариальный вестник. 2003. № 9. С. 52.

<sup>21</sup> Выездной семинар нотариусов Санкт-Петербурга, 25 декабря 1998 г. // Нотариус. 1999. № 6. С. 48–49.

лиц (ст. 43 Основ о нотариате), удостоверяет сделки (глава X Основ о нотариате) и т. д. Все это требует применения правил, закрепляемых гражданским правом, которое в соответствии с Конституцией РФ — предмет ведения Российской Федерации (подп. «о» п. 1 ст. 71). Если нотариат рассматривать как систему юрисдикционных органов, осуществляющих защиту гражданских прав, которые имеют общую природу с судебными органами, но отличную от последних подведомственность,<sup>22</sup> то внешний продукт функционирования нотариата — нотариальная деятельность — должен подчиняться нормам гражданского процессуального права. Последнее, в свою очередь, также является предметом ведения Российской Федерации (подп. «о» п. 1 ст. 71 Конституции РФ). В любом случае трудно не согласиться с мнением, что «нотариальная деятельность неотделима от осуществления прав участников имущественного оборота и ее правовая регламентация допустима только из того же источника, что и гражданское законодательство».<sup>23</sup> Следует также обратить внимание на то, что нотариальные действия совершаются от имени Российской Федерации (ст. 1 Основ о нотариате), нотариус имеет личную печать с изображением Государственного герба РФ, а не с символикой субъекта РФ (ст. 11 Основ о нотариате). Лицензия на право нотариальной деятельности также действительна на территории всего государства и не требует какого-то дополнительного подтверждения или регистрации в региональных органах (ст. 3 Основ о нотариате). Косвенным подтверждением того, что нотариат должен регулироваться только федеральным законом, является тот факт, что большинство субъектов РФ не имеют своего закона о нотариате. Ряд субъектов, приняв в середине 90-х годов прошлого столетия такие нормативные акты, позднее признали их утратившими силу (республики Карелия и Мордовия, Новгородская, Нижегородская, Ульяновская области).

Особый интерес при анализе понятия «нотариат» вызывает точка зрения И. Г. Черемных. С одной стороны, автор определяет нотариат как несудебную форму защиты гражданских прав и охраняемых законом интересов, с другой — как «институт гражданского общества, представляющий собой самоуправляющееся профессиональное сообщество нотариусов, наделенных... властными полномочиями и осуществляющих от имени Российской Федерации публичную деятельность по реализации функции государства по защите прав и законных интересов граждан, юридических лиц, государства и общества в целом путем совершения нотариальных действий на принципах профессионализма, беспристрастности и независимости».<sup>24</sup> Отчасти это понятие поддержано Е. Н. Клячиным, характеризующим нотариуса и как представителя

<sup>22</sup> *Тарбагаева Е. Б.* Компетенция нотариальных органов (теоретический аспект) // Правоведение. 2000. № 5. С. 185.

<sup>23</sup> *Филимонов Ю.* Нотариат — в исключительное ведение Российской Федерации // Российская юстиция. 1997. № 2. С. 31.

<sup>24</sup> *Черемных И. Г.* Становление независимого нотариата России как института по осуществлению правоохранительной деятельности. Автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2007. С. 3, 12.

гражданского общества, и как носителя публично-правовых полномочий.<sup>25</sup> Раскрытие понятия «нотариат» через институт гражданского общества нашло свое нормативное закрепление в законе города Москвы от 19 апреля 2006 г. № 15 «Об организации и деятельности нотариата в городе Москве».<sup>26</sup> Использование характеристики «институт гражданского общества» применительно к понятию «нотариат» нуждается в тщательной научной проработке. Гегель считал, что гражданское общество есть дифференциация, которая выступает между семьей и государством, единство единичностей.<sup>27</sup> Г. Еллинек не противопоставляет общество и государство, считая, что строгое разграничение между ними невозможно.<sup>28</sup> Автор признает, что в условиях слабого развития государственной власти различные союзы заменяли само государство, однако в новейшее время характер их организации всецело зависит от государства, которое «дает им относительную самостоятельность и пользуется ими для своих целей».<sup>29</sup> Сложное понятие гражданского общества должно налагать дополнительную ответственность на разработчиков закона о нотариате: в каких целях данный институт «примеряется» к понятию нотариата? Не проявляется ли в этом всего лишь некорпоративное давление, далекое от конституционных функций и предназначения самого нотариата?

Таким образом, (1) нотариат включает в себя материальную и процессуальную основы. Первая охватывает содержание правоприменительной деятельности нотариуса — сущность нотариальной формы, нотариальное удостоверение, природу нотариального акта и др. Вторая отождествляется с понятием нотариальной деятельности, имеющим самостоятельное значение. (2) Нотариальная деятельность — это деятельность особой системы органов, осуществляемая от имени государства и на возмездной основе в целях защиты прав и законных интересов участников гражданского оборота (граждан и юридических лиц), заключающаяся в совершении нотариальных действий, предусмотренных российским законодательством. Государство самостоятельно определяет перечень субъектов, уполномоченных на осуществление нотариальной деятельности. (3) Определение места нотариата в системе юридической надстройки общества как органа превентивного, предупредительного правосудия «размывает» понятие правосудия. Согласно ст. 118 Конституции РФ судебные функции имеют исключительный характер и осуществляются только судом. (4) Многозначность термина «нотариат», комплексность регулирующих его норм, относимых к гражданскому и гражданскому процессуальному праву, предполагают ограничительное толкование норм Конституции РФ, согласно которым нотариат является предметом совместного ведения. Как представляется, под нотариатом в данном случае понимается только «организация нотариального обслуживания».

<sup>25</sup> Клячин Е. Н. Конституционная гарантия каждого на получение квалифицированной юридической помощи невозможна без более полного использования потенциала нотариата // Нотариус. 2007. № 2. С. 2.

<sup>26</sup> Ведомости Московской городской Думы. 2006. № 5. Ст. 107.

<sup>27</sup> Гегель Г. В. Ф. Философия права. М., 1990. С. 228.

<sup>28</sup> Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 2004. С. 122.

<sup>29</sup> Там же. С. 131.

## ПРОБЛЕМЫ СУДЕБНОГО КОНТРОЛЯ НАД ДОЛЖНОСТЬЮ НОТАРИУСА

Е. Б. ТАРБАГАЕВА



Тарбагаева Елена Борисовна,  
к. ю. н., доцент,  
кафедра гражданского процесса  
Юридического института Сибирского  
федерального университета

Государственный контроль над должностью нотариуса является одним из важнейших принципов нотариата латинского типа.<sup>1</sup> Регулируя и контролируя должность нотариуса, государство осуществляет свою функцию гаранта конституционного права на квалифицированную юридическую помощь. Наличие безупречных правовых механизмов осуществления контрольных полномочий государством в лице своих органов — необходимое условие нормального функционирования нотариата.

Российский нотариат позиционируется по типу нотариата латинского типа, или небюджетного нотариата. В значительной степени это обосновывается системой закрепленных законом принципов организации нотариата в Российской Федерации.<sup>2</sup>

Одним из организационных принципов системы нотариата латинского типа является принцип независимости нотариуса, регулирующий должность нотариуса. В соответствии с этим принципом определяются такие условия осуществления уполномоченным лицом нотариальных функций, при которых никто не вправе влиять на существо принимаемых нотариусом решений, но при этом исполнение нотариусом профессиональных обязанностей находится под жестким контролем соответствующих органов. Можно заметить, что контроль над должностью нотариуса имеет организационный характер и распространяется на значительный

© Е. Б. Тарбагаева, 2008

<sup>1</sup> О государственном контроле над нотариатом см.: *Черемных И. Г.* Теоретические основы независимого нотариата России. М., 2006. С. 125–147; и др.

<sup>2</sup> Представление о нотариате как об институте предупредительного правосудия поддерживается большинством исследователей проблем нотариата (см., напр.: *Жуйков В. М.* Нотариат как институт превентивного правосудия: общие цели, принципы и полномочия // *Российская юстиция.* 1998. № 6–7). Однако следует отметить, что современный российский нотариат, организованный по типу небюджетного (нотариата латинского типа), функционально лишь в малой степени соответствует предупредительному правосудию (см. подробнее: *Тарбагаева Е. Б.* Нотариат как институт предупредительного правосудия: признаки, функции, форма // *Юстиция.* 2006. № 1).

круг вопросов: от определения количества должностей нотариусов в нотариальном округе и наделения полномочиями нотариуса до прекращения полномочий нотариуса, ненадлежащим образом исполняющего свои профессиональные обязанности, или по другим основаниям.

Основами законодательства РФ о нотариате<sup>3</sup> (далее — Основы о нотариате) регулируется механизм наделения лица полномочиями нотариуса и прекращения этих полномочий. Однако нотариальная и судебная практика со всей очевидностью свидетельствуют о несовершенстве соответствующих норм, о сложности их применения ввиду неясности, а порой и противоречивости законодательных формулировок. Неопределенность же содержания законодательного регулирования, как отмечается Конституционным Судом РФ, допускает возможность неограниченного усмотрения в процессе правоприменения и ведет к произволу.<sup>4</sup>

Одной из причин нечеткости действующего законодательства может быть названо отсутствие общепризнанной концепции нотариата. Тем большее значение, в связи с грядущим принятием нового закона о нотариате, приобретает исследование вопросов, касающихся такого первичного звена нотариата, как должность нотариуса.

Российским законодательством воспринята модель, согласно которой занятие должности нотариуса осуществляется лицом, отвечающим требованиям закона, на конкурсной основе. Основания и условия участия в конкурсе на замещение вакантной должности нотариуса, порядок его объявления и проведения таковы, что обеспечивают допуск к профессии нотариуса не только подготовленных к профессиональной деятельности лиц, но и лучших среди претендентов.<sup>5</sup>

Нормативными актами, регулирующими конкурс, допускается возможность судебной проверки решения конкурсной комиссии. Однако право на судебную защиту должно быть «вписано» в процессуальный механизм, иначе его реализация в рамках конкретного дела может вызвать эффект «снежного кома». Попытаемся проиллюстрировать это неутешительное предположение следующим примером.<sup>6</sup>

Решением суда частично удовлетворен иск претендента на должность нотариуса, проигравшего конкурс, и признано недействительным решение конкурсной комиссии. Также решением суда на Управление Федеральной регистрационной службы возложена обязанность издать приказ о сложении полномочий нотариусов, прошедших указанный

<sup>3</sup> Основы законодательства Российской Федерации о нотариате, утв. ВС РФ 11 февраля 1993 г. № 4462-1 // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 10. Ст. 357.

<sup>4</sup> Постановление Конституционного Суда РФ от 17 июня 2004 г. № 12-П «По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 155, пунктов 2 и 3 статьи 156 и абзаца двадцать второго статьи 283 Бюджетного кодекса Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2004. № 4.

<sup>5</sup> См.: Положение о порядке проведения конкурса на замещение вакантной должности нотариуса (в ред. Приказа Минюста от 1 августа 2005 г. № 120) // Бюллетень нормативных актов органов исполнительной власти. 1997. № 7.

<sup>6</sup> На имеющейся в нашем распоряжении копии решения суда по конкретному делу нет отметки о вступлении его в законную силу, поэтому данный пример мы рассматриваем как гипотетический.



конкурс. В удовлетворении требования о наделении заявителя полномочиями нотариуса отказано.

По сути судебной защиты решением суда спорная ситуация должна быть урегулирована окончательно и безусловно. Однако в анализируемом деле исполнение решения со всей очевидностью повлечет возникновение новых споров — едва ли нотариусы, наделенные полномочиями на основании признанного судом недействительным решения конкурсной комиссии, не сочтут свое право заниматься нотариальной деятельностью нарушенным.

С точки зрения теории гражданского процессуального права предметом судебной защиты могут выступать субъективные права и охраняемые законом интересы (область гражданского в широком смысле права), права и свободы (область публичного права). Именно по предмету защиты гражданское судопроизводство подразделяется на виды, из которых исковое производство имеет универсальный, а неисковые производства — специальный по содержанию регулирующих их норм характер. Действующим гражданским процессуальным законодательством установлены некоторые критерии разграничения гражданских в широком смысле дел по видам гражданского производства. При этом все дела, не подлежащие рассмотрению по правилам неисковых (специальных) производств, должны рассматриваться судом в порядке искового производства.<sup>7</sup>

Исковая процессуальная форма, обусловленная спором о субъективном праве, предполагает свой круг участников с особым объемом распорядительных процессуальных прав, свои средства и способы защиты, применение которых к неисковому спору может повлечь деформацию судебной власти. В приведенном примере суд, рассматривая заявление о признании недействительным решения конкурсной комиссии, нотариусов, назначенных на должность на основании оспариваемого решения, привлек к участию в деле в качестве третьих лиц на стороне ответчика — Управления Федеральной регистрационной службы. Однако в резолютивной части решения на ответчика возложена обязанность издать приказ о сложении полномочий указанных третьих лиц. Очевидно, что основания привлечения в процесс третьих лиц без самостоятельных требований таковы, что решение суда может в будущем повлиять на их права и обязанности по отношению к стороне спора, однако эти права и обязанности не могут быть предметом судебного решения по рассматриваемому спору. В противном случае их процессуальные права, обеспечивающие реализацию ими своего права на судебную защиту, окажутся нарушенными судом.

Что касается способов судебной защиты, то суд своим решением не вправе возлагать на орган исполнительно-распорядительной власти каких-либо обязанностей за пределами оспариваемого акта. Если недействительным признано решение конкурсной комиссии, аналогия

---

<sup>7</sup> Пункт 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 20 января 2003 г. № 2 «О некоторых вопросах, возникших в связи с принятием и введением в действие Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 3).

с недействительностью сделок и применением судом последствий этой недействительности недопустима. Получается, что в ситуации, когда претендент на должность нотариуса оспаривает в суде решение конкурсной комиссии, его публичное право на участие в конкурсе может быть реально защищено только до тех пор, пока оспариваемое решение не повлекло наделения полномочиями нотариуса других лиц (победителей конкурса), после же у суда нет полномочий принимать решения управленческого характера. Нет сомнений, что никто и ни при каких обстоятельствах не может быть лишен права на судебную защиту. Но и судебная защита не может принимать иное, чем защита права, содержание.

Выход из обозначенной ситуации возможен, но требует внимания к подзаконным нормативным актам. Так, в Положении о порядке проведения конкурса на замещение вакантной должности нотариуса в настоящее время содержится указание о том, что «решение конкурсной комиссии по результатам конкурса может быть обжаловано в суд в установленном порядке». Очевидно, что в данном случае имеется в виду возможность судебной проверки соблюдения процедуры принятия решения конкурсной комиссией, но не решения по существу. Предметом судебной защиты выступает публичный интерес претендента в соблюдении закона властными субъектами при решении вопроса о допуске к профессии нотариуса. Этот интерес может быть обеспечен судебной защитой только до тех пор, пока на основании решения конкурсной комиссии не издан приказ о назначении лица, победившего в конкурсе, на должность нотариуса. Но если приказ уже издан и победитель приобрел статус нотариуса, его полномочия могут быть прекращены только на основании решения суда, принятого в соответствии с ч. 5 ст. 12 Основ о нотариате. Инициировать же процесс прекращения полномочий нотариуса в судебном порядке может не любое лицо, а только органы, осуществляющие функции контроля в области нотариата.<sup>8</sup> Между лицом, проигравшим конкурс, и лицом, победившим в конкурсе, никаких подлежащих судебной защите споров о должности быть не может.

Положение можно было бы легко исправить, если бы право на оспаривание решения конкурсной комиссии было бы ограничено определенным пресекательным сроком. При этом издание приказа о наделении полномочиями нотариуса допускалось бы только по истечении срока на оспаривание решения конкурсной комиссии.

Принцип независимости нотариуса находит свое выражение также и в установлении особого порядка лишения нотариуса права заниматься нотариальной деятельностью. В соответствии со ст. 12 Основ о нотариате нотариус может быть лишен права заниматься нотариальной деятельностью только в судебном порядке. Однако судебная практика по этой категории дел не однородна, что также объясняется нечеткостью законодательных формулировок.

Определенную сложность представляет вопрос о природе решения суда о лишении нотариуса права нотариальной деятельности. К сожалению,

<sup>8</sup> О контроле в области нотариата см.: *Постановление Конституционного Суда РФ от 19 мая 1998 г. № 15-П // СЗ РФ. 1998. № 22. Ст. 2491.*

формулировка ч. 5 ст. 12 Основ о нотариате не облегчает его решения. В частности, неоднозначное толкование возможно в отношении судебного порядка лишения нотариуса права нотариальной деятельности в случае его осуждения за умышленное преступление. В Определении Верховного Суда РФ от 17 октября 2007 г. по делу № 5-ГО7-77 лишение права нотариальной деятельности в случае осуждения нотариуса за умышленное преступление рассматривается как дополнительное наказание, не требующее подтверждения судебным решением, принятым в порядке гражданского судопроизводства.<sup>9</sup> Однако если при осуждении нотариуса за умышленное преступление к нему не было применено дополнительное наказание в виде лишения права заниматься определенной деятельностью, то, логически рассуждая, можно прийти к выводу о том, что лишение нотариуса права нотариальной деятельности возможно только на основании решения об этом, принятого в порядке гражданского судопроизводства после вступления приговора в законную силу. Однако такой вывод, как представляется, противоречит заложенному в ст. 12 Основ о нотариате смыслу и порождает целый ряд дополнительных вопросов. В частности, не ясно, какие субъекты вправе обратиться в суд с заявлением о лишении осужденного нотариуса права заниматься нотариальной деятельностью, является ли обращение в суд их правом (что естественно для права на обращение в суд в порядке гражданского судопроизводства) или обязанностью (что характерно для органов контроля). Наконец, не ясно, что должен установить суд, рассматривая соответствующее заявление, — факт вступления приговора в законную силу? Но это предположение абсурдно уже по самому определению законной силы постановления суда.

Как представляется, нотариус, осужденный за умышленное преступление, после вступления приговора в законную силу не может ни при каких условиях сохранять статус нотариуса и продолжать заниматься нотариальной деятельностью. Приговор суда, вступивший в законную силу, даже если в нем не применено дополнительное наказание в виде лишения права заниматься определенной (в данном случае — нотариальной) деятельностью, не подлежит свободной оценке органами управления и контроля над нотариатом как основание для прекращения статуса нотариуса. Точно так же признание нотариуса недееспособным или ограниченно дееспособным безоговорочно исключает сохранение лицом статуса нотариуса. И в том и в другом случае решение суда о лишении права нотариальной деятельности было бы лишено своего предмета. Невозможность и недопустимость продолжения занятия нотариальной деятельностью вытекает непосредственно из приговора суда или решения суда о признании нотариуса недееспособным (ограниченно дееспособным), и прекращение полномочий нотариуса (основанное на судебном акте) должно, на наш взгляд, осуществляться в административном порядке посредством издания приказа органом Росрегистрации о сложении полномочий нотариуса. Данный приказ по своей сути не имеет характера

<sup>9</sup> Официально не опубликовано; доступно в СПС «КонсультантПлюс». — В мотивировочной части Определения анализируется ч. 5 ст. 12 Основ о нотариате и делаются определенные выводы о ее применении.

какого-либо дополнительного взыскания, а должен рассматриваться как императивное следствие подтвержденного в судебном порядке несоответствия лица статусу нотариуса.

По своей правовой природе лишение нотариуса права нотариальной деятельности может рассматриваться как самостоятельная мера ответственности нотариуса только в случае неисполнения (ненадлежащего исполнения) нотариусом своих профессиональных обязанностей (при условии, что эти правонарушения не повлекли осуждения нотариуса по ст. 202 УК РФ, когда лишение права заниматься профессиональной деятельностью имеет значение обязательного дополнительного наказания). Из перечисленных в ч. 5 ст. 12 Основ о нотариате оснований лишения небюджетного нотариуса права нотариальной деятельности такими правонарушениями являются «неоднократное совершение дисциплинарных проступков, нарушение законодательства».

Один из сложных вопросов правоприменения — что следует понимать под нарушением законодательства, совершением дисциплинарных проступков? Немалые и, видимо, неразрешимые затруднения вызывает определение понятия «дисциплинарного проступка» применительно к такому субъекту, как небюджетный нотариус.<sup>10</sup> Как представляется, законодатель имел в виду такие проступки нотариуса, которые выражаются в нарушении правил профессиональной этики. А так как эти правила определяются кодексами профессиональной этики нотариусов, принимаемыми нотариальными сообществами, каждый член такого сообщества в свою очередь принимает на себя обязанность следовать этим правилам. Нарушения же этических норм, имеющие неоднократный характер, свидетельствуют о нарушении нотариусом присяги — клятвы действовать в соответствии с законом и *совестью*.

Нарушение нотариусом законодательства также может пониматься неоднозначно. Можно привести немало примеров из судебной практики, когда под нарушение законодательства подводится неправильное применение нотариусом нормы права к конкретному случаю, незаконное по существу нотариальное действие.<sup>11</sup> На наш взгляд, такой подход совершенно неверен и противоречит принципу независимости нотариуса. Органы контроля над нотариатом, осуществляя проверки деятельности нотариусов, не могут оценивать совершенные нотариальные действия по существу (это предмет исключительно судебного контроля). Для них предметом контроля может быть только профессиональная деятельность нотариуса: соблюдение нотариусом правил делопроизводства и исполнение профессиональных обязанностей, предусмотренных законодательством

<sup>10</sup> На неприменимость понятия «дисциплинарный проступок» к небюджетному нотариусу см., напр.: Романовский Г. Б., Романовская О. В. Актуальные проблемы правового закрепления ответственности нотариуса // Нотариус. 2000. № 1.

<sup>11</sup> Судебная практика по делам о лишении права нотариальной деятельности, послужившая основанием для данного вывода, изучена по материалам, опубликованным в Информационном бюллетене Нотариальной палаты Красноярского края (2007. № 189. С. 209–273).

о нотариате.<sup>12</sup> Соответственно, и основанием лишения права нотариальной деятельности могут быть исключительно нарушения законодательства о нотариате. Если же нотариус допустил ошибку при применении нормы материального права, совершил незаконный нотариальный акт, то в решении вопроса о последствиях такого нарушения для нотариуса следует исходить из тех критериев, которые установлены уголовным законом: вина в форме умысла и тяжесть наступивших последствий (ст. 202 УК РФ). Осуждение нотариуса за умышленное преступление выступает самостоятельным основанием прекращения статуса нотариуса.

В литературе по-разному определяется природа лишения права нотариальной деятельности.<sup>13</sup> Как уже отмечалось, лишение права может быть мерой уголовной ответственности лица и означать запрет заниматься определенной деятельностью (занимать определенные должности) в течение установленного срока. Понятно, что к рассматриваемой ситуации такое понимание лишения права не применимо. Следует согласиться с Г. Б. и О. В. Романовскими, которые утверждают, что лишение права нотариальной деятельности не является мерой дисциплинарной ответственности, так как здесь нет отношений «работодатель — работник», применяет меру ответственности не администрация предприятия, организации, учреждения, а суд, «действие решения суда не ограничено временными рамками», «нотариус, лишенный права нотариальной деятельности, не может восстановить свой статус, независимо от того, сколько прошло времени со дня вступления решения суда в силу».<sup>14</sup> Добавим, что к лишению права нотариальной деятельности не применим и такой аспект дисциплинарной ответственности, как давность привлечения.

Лишение права вообще и права на нотариальную деятельность в частности нельзя отнести и к способам гражданско-правовой защиты.<sup>15</sup> В противном случае решению суда о лишении права, по сути, должно придаваться значение материально-правового юридического факта,

---

<sup>12</sup> Вопрос о профессиональных правах и обязанностях нотариуса нуждается в специальном исследовании в контексте анализа понятий статуса нотариуса и компетенции нотариуса, особенно в связи с обсуждаемой в литературе активной моделью нотариата (см., напр.: *Ярков В. В.* От бюрократического к активному нотариату (актуальные проблемы нотариального права) // *Нотариат, государственная власть и гражданское общество: современное состояние и перспективы. Материалы Всероссийской научно-практ. конференции (15–16 февраля 2007 г., Москва)*. М., 2007. С. 109–117).

<sup>13</sup> Так, например, Г. Б. и О. В. Романовские, хотя и с определенными оговорками, относят лишение права нотариальной деятельности к мерам административной ответственности (*Романовский Г. Б., Романовская О. В.* Актуальные проблемы правового закрепления ответственности нотариуса). Л. В. Шенникова данную меру относит к мерам дисциплинарной ответственности нотариуса (*Шенникова Л. В.* Законодательство о нотариате в России: проблемы и решения // *Журнал российского права*. 2005. № 5).

<sup>14</sup> *Романовская О. В., Романовский Г. Б.* Нотариат в Российской Федерации: Проблемы развития. СПб., 2004. С. 300.

<sup>15</sup> В литературе высказывалось мнение о том, что иском о лишении права нотариальной деятельности защищаются права неопределенного круга лиц на надлежащую нотариальную помощь. Из этого можно сделать вывод о том, что само лишение права на нотариальную деятельность рассматривается как гражданско-правовой способ защиты (см., напр.: *Лесницкая Л. Ф.* Некоторые вопросы нотариата в судебной практике // *Нотариальный вестник*. 1999. № 1–2).

лежащего в основании административного акта о прекращении статуса нотариуса. Однако теория гражданского процессуального права очень осторожно относится к проблеме преобразовательных решений суда и признает их только в контексте материально-правовых, а не публичных отношений.

К числу гражданско-правовых способов защиты относится пресечение действий, нарушающих право или создающих угрозу его нарушения (ст. 12 ГК РФ). Однако судебный порядок лишения нотариуса права нотариальной деятельности не направлен на защиту собственно субъективных прав лиц, которые пострадали или могут пострадать от неправомерных действий нотариуса.

На наш взгляд, в рассматриваемой ситуации более уместно определить лишение права нотариальной деятельности как особую меру профессиональной ответственности нотариуса, имеющую управленческую природу, своего рода квазидисциплинарную ответственность нотариуса.

Особенностью статуса внебюджетного нотариуса выступает то, что, выполняя публичную функцию исполнительно-распорядительного характера, должностным лицом он не является. Будучи лицом свободной профессии, нотариус в случае нарушения законодательства не может быть привлечен к ответственности непосредственно органами контроля над нотариатом. Устанавливая судебный порядок лишения нотариуса права нотариальной деятельности, законодатель исходит из идеи предварительного судебного контроля — но не над нотариусом (оценку поведения нотариуса как нарушения законодательства дают органы, осуществляющие проверки деятельности нотариуса), а над органами контроля и управления нотариатом, чтобы исключить произвол в решении вопроса о прекращении статуса нотариуса. При таком взгляде на лишение нотариуса права нотариальной деятельности остается, правда, без ответа вопрос о природе соответствующего решения суда. Вряд ли такое решение можно считать в собственном смысле актом защиты и актом правосудия. По своему значению оно, скорее, напоминает судебную санкцию на привлечение лица к ответственности. Во всяком случае, в рамках гражданского судопроизводства адекватной процессуальной формы рассмотрения и разрешения подобного рода дел не существует. Но именно гражданско-процессуальная форма в целом обеспечивает в полной мере интересы нотариуса против необоснованного привлечения к ответственности. Поэтому, как представляется, законодатель должен определить дела о лишении нотариуса права нотариальной деятельности как самостоятельную категорию дел и отнести ее к делам особого производства, установив специальные правила (условия) подачи заявления (например подсудность по месту нахождения заявителя), рассмотрения заявления и решения суда о лишении права нотариальной деятельности.

Следует заметить, что квазидисциплинарный аспект лишения права нотариальной деятельности не применим к такому предусмотренному ч. 5 ст. 12 Основ о нотариате основанию лишения права нотариальной деятельности, как состояние здоровья нотариуса, делающее невозможным исполнение профессиональных обязанностей. Как представляется, состояние здоровья, даже если оно подтверждено медицинским

заключением — очень субъективный критерий. Один человек способен преодолевать недомогание «на рабочем посту», другой нуждается в полном покое и не в состоянии выполнять свои профессиональные обязанности даже при насморке. Понятно, что состояние здоровья, оцениваемое субъективно, может послужить основанием сложения полномочий нотариуса по собственному желанию. Но если состояние здоровья нотариуса приобретает публичное значение, так как мешает нотариусу в осуществлении профессиональной деятельности, то отстранение нотариуса от должности необходимо для обеспечения интересов неопределенного круга лиц в своевременной и квалифицированной нотариальной помощи. В настоящее время закон требует подтверждения состояния здоровья нотариуса медицинским заключением. Наверное, не следует даже затрудняться поиском пути решения проблемы: если сам нотариус не желает сложить полномочия, обязать его пройти медицинское обследование и представить заключение не сможет никто. Говорить об истребовании такого заключения от соответствующего медицинского учреждения нотариальной палатой или органом Росрегистрации вообще не представляется возможным, так как это противоречит и правовым, и моральным нормам. Законодательство же о государственных служащих, которым при определенных заболеваниях запрещено занимать определенные должности, к небюджетным нотариусам неприменимо в силу особого статуса небюджетного нотариуса. Как представляется, само по себе состояние здоровья нотариуса (за исключением психического заболевания) не может служить основанием прекращения полномочий нотариуса. Однако если по состоянию здоровья нотариус длительное время не исполняет своих обязанностей и не принимает мер к временному замещению его должности другим лицом, то такое поведение может рассматриваться как нарушение законодательства и уже как таковое служить основанием для обращения в суд.

Анализ природы лишения права нотариальной деятельности и оснований применения этой меры свидетельствует о необходимости изменения законодательного подхода к регулированию этих важнейших гарантий независимости нотариуса, с одной стороны, и гарантий права на квалифицированную нотариальную помощь, с другой.

В новом законе о нотариате следовало бы предусмотреть дифференцированный порядок и основания отстранения нотариуса от должности. Безусловно, должен быть сохранен судебный порядок лишения нотариуса права нотариальной деятельности. Однако в законе следовало бы различать случаи, когда лишение права выступает императивным следствием осуждения нотариуса за умышленное преступление (что невозможно иначе, чем по приговору суда) или признания нотариуса недееспособным, ограниченно дееспособным (что также возможно исключительно в судебном порядке), и случаи, когда лишение права нотариальной деятельности выступает мерой профессиональной ответственности нотариуса, привлечение к которой по закону должно быть поставлено под контроль суда.

## ВОЕННЫЕ РАСХОДЫ: ЭВОЛЮЦИЯ ПОНЯТИЯ И ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ

Д. Л. КОМЯГИН\*, А. А. ЯЛБУЛГАНОВ\*\*

Связь между военными приготовлениями и экономической жизнью общества очевидна и замечена давно. Отсюда следует и взаимозависимость между объемом и характером военных расходов и производительностью труда, или, выражаясь современным языком, валовым национальным продуктом. Однако эта связь не является прямой и односторонней.

Характеризуя государственные потребности, известный специалист в области финансового права В. А. Лебедев (XIX в.) отмечал, что первоначально главной потребностью государства было обеспечение внешней безопасности, т. е. содержание военной силы, но она «не требовала больших расходов, а напротив, война представляла собой даже доходную статью: дань с покоренных народов была одним из крупных финансовых источников древнего государства. Содержание же войска не вызывало больших расходов, потому что в случае войны всякий гражданин превращался в воина и вооружался большей частью на свой счет, военное ремесло было принадлежностью привилегированного класса и не считалось тягостью».<sup>1</sup>

Однако позже ситуация существенно изменилась и пришла к современному состоянию, когда подавляющая часть военных расходов обеспечивается ассигнованиями из бюджета и является одним из основных подразделений бюджетных расходов.

При этом до настоящего времени не утихает дискуссия по поводу оптимального соотношения военных расходов и общей массы расходов государственного бюджета. Давно замечено, что «соединение масс для военного обучения должно препятствовать успехам производительности, отвлекая большое число деятелей от производительных занятий».<sup>2</sup> Пренебрегая хозяйством в ходе военных приготовлений, «можно истощить себя до наступления войны так, что при вторжении вооруженного

\* Комягин Дмитрий Львович — к. ю. н., старший научный сотрудник Центра публично-правовых исследований.

\*\* Ялбулганов Александр Алибиевич — д. ю. н., профессор Государственного университета — Высшей школы экономики, ведущий научный сотрудник Центра публично-правовых исследований.

© Д. Л. Комягин, А. А. Ялбулганов, 2008

<sup>1</sup> Лебедев В. А. Финансовое право. Учебник / под ред. А. Н. Козырина. М., 2000. С. 116.

<sup>2</sup> А. Ш. О нашей военной реформе с экономической точки зрения. М., 1872. С. 5.



неприятеля окажешься бессильным».<sup>3</sup> «Войско могущественно влияет на население, его возрастание и физический характер», а «влияние войска на народное хозяйство заключается в общем отвлечении от мирных занятий, уменьшении производительности».<sup>4</sup> Наконец, «расходы по содержанию войска в мирное время, и по благовременному приготовлению средств для ведения войны, поглощают значительное количество государственных доходов. Отвлеченное от чисто производительного дела, специальными своими занятиями, войско не может найти в самом себе средств к обеспечению своего существования».<sup>5</sup>

Вместе с тем современные Вооруженные Силы — не только источник средств к существованию целого слоя населения, но и крупнейший государственный заказчик, заинтересованный в развитии новых технологий, стимулирующий открытия в области науки и техники. Это верно как для Российской Федерации, так и для зарубежных стран. Например, «для разработки новейших систем и видов вооружений в США сложилась и непрерывно совершенствуется мощная, развивавшаяся в течение десятилетий и хорошо финансируемая исследовательская инфраструктура, в которую входят государственные организации, частные компании, университеты»; на частные компании приходится «подавляющая часть расходов, направляемых на создание инноваций военного назначения».<sup>6</sup>

При всем разнообразии мнений необходимость и важность военных расходов не отрицается ни одним из исследователей. Можно заметить, что при отсутствии военных расходов в объеме, достаточном для поддержания надлежащего уровня обороноспособности государства, теряют смысл все иные бюджетные расходы, так как под угрозу ставится не только возможность осуществления экономической деятельности, но и сам суверенитет государства.

В новейшее время делались попытки каким-то образом определить предельные объемы военных расходов, в частности ограничивалась доля расходов федерального бюджета на национальную оборону относительно общего объема валового внутреннего продукта. Можно вспомнить устанавливаемый указами Президента РФ нижний предел расходов на национальную оборону в размере не менее 3,5 % от валового внутреннего продукта.<sup>7</sup> Государственная Дума РФ рассматривала законопроект о дополнении ст. 26 Федерального закона от 31 мая 1996 г. № 61-ФЗ «Об обороне»<sup>8</sup> (далее — Закон «Об обороне») нормой о том, что расходы, предусматриваемые федеральным законом о федеральном бюджете на

<sup>3</sup> Там же. С. 15.

<sup>4</sup> *Военное законодательство* // Энциклопедический словарь. СПб.: Ф. А. Брокгауз, И. А. Ефрон, 1892. Т. 12. С. 846.

<sup>5</sup> *Аничков В.* Военное хозяйство. Сравнительное исследование положительных законодательств России, Франции, Пруссии, Австрии, Сардинии, Бельгии и Баварии. СПб., 1860. С. 1.

<sup>6</sup> *Поляков А. А.* Финансовое обеспечение военно-технической политики США // *Финансы и кредит.* 2006. № 28 (октябрь). С. 82.

<sup>7</sup> См., напр.: *Указ Президента РФ от 2 ноября 1993 г. № 1833 «Об основных положениях военной доктрины РФ»* // САПП РФ. 1993. № 45.

<sup>8</sup> СЗ РФ. 1996. № 23. Ст. 2750.

очередной финансовый год по разделу «Национальная оборона», должны составлять не менее 3,5 % прогнозируемого объема ВВП РФ.

Использование данного показателя имеет смысл только в том случае, если расходы на военные цели (иначе их именуют военным бюджетом, т. е. частью государственного бюджета, предназначенной для военных расходов)<sup>9</sup> будут совпадать с объемом расходов на национальную оборону. Однако на практике этого не происходит. Иначе говоря, расходы, предусмотренные по Министерству обороны, — лишь часть военного бюджета. Опуская вопрос о необходимости совпадения объема военного бюджета с расходами на национальную оборону, следует заметить, что без детального установления всех видов военных расходов определить объем военного бюджета в принципе невозможно, а значит, невозможно также правильное планирование таких расходов.

В настоящей статье обобщается опыт классификации военных расходов, показывается их разнообразие и обосновывается необходимость их упорядочения.

Военные расходы подразделяются на различные виды в зависимости от своего экономического содержания. Несмотря на постоянную модернизацию, основные направления военных расходов, с экономической точки зрения, остаются неизменными.

Традиционно военные расходы делились на: 1) расходы на военный быт; 2) расходы на военную подготовку. Расходы на содержание вооруженных сил в России XIX — начала XX в. включали затраты на личный состав, вооружение и военные запасы.

В ежегодную стоимость содержания армии, выражавшуюся цифрой военного бюджета, включалась также величина затрат на сооружение, оборудование и вооружение крепостей, кораблей, устройство и содержание казарм, различных военных складов, снабжение армии лошадьми и транспортными средствами, продовольствием, содержанием госпитальной и военно-судной части.

В настоящее время расходные обязательства на национальную оборону похожим образом складываются из расходов: на содержание военнослужащих; на содержание имущественного комплекса вооруженных сил; по государственному оборонному заказу; на фундаментальные исследования, а также иных расходов. Структура военных расходов и правовое регулирование каждого из их видов отличаются. Например, правовое регулирование финансового обеспечения военнослужащих состоит в том числе из таких особенных процедур, как финансирование государственных жилищных сертификатов, пенсионное обеспечение, обеспечение в районах боевых действий.

На рубеже XIX—XX вв. в России имелся опыт решения проблемы, связанной с тем, что количественные показатели сметы Военного министерства не всегда позволяли точно оценить подлинный объем государственных расходов на военные нужды. Одна из причин такой ситуации — несовершенство применявшейся тогда сметной (бюджетной) классификации.

<sup>9</sup> Приказ Федерального агентства по техническому регулированию и метрологии РФ от 9 октября 2006 г. № 224-ст (ГОСТ 31278-2004). М., 2006.

Пересмотр порядка составления смет происходил в рамках общей бюджетной реформы. Специальная комиссия под руководством государственного контролера В. А. Татаринова предложила проект форм государственного бюджета и частных смет доходов и расходов, в основу которых был положен административный принцип (проект Специальной комиссии был утвержден Высочайшим повелением 22 мая 1862 г.). При этом комиссия рекомендовала принять выработанные ею формы смет «в руководство лишь в идее опыта на пять лет, с тем, чтобы по окончании этого срока министры и главноуправляющие представили о необходимых по указанию опыта изменениях в этих формах в Государственный совет».<sup>10</sup>

Впоследствии формы и классификация отдельных смет неоднократно подвергались пересмотрам, изменениям и дополнениям по различным причинам и мотивам, в том числе из-за выявленных недостатков и упущений, постоянного стремления ведомств к расширению их прав по распоряжению кредитами, наконец, по причине возникновения новых потребностей. Однако все пересмотры и изменения в классификации отдельных смет делались, как правило, «без всякой связи с классификацией расходной росписи и нередко под влиянием лишь временной потребности».<sup>11</sup> Подводя итог такой практике, М. П. Кашкаров в своем статистическом исследовании указывает: «В настоящее время, собственно говоря, никакой общей системы в классификации расходов не существует, и не только статьи росписи, но и подразделения самих смет не заключают в себе тех данных, которые необходимы для вполне правильного суждения о расходах на удовлетворение той потребности, которая указывается текстом соответствующего ей отдела или подразделения».<sup>12</sup>

В силу указанных недостатков сметного планирования общая сумма затрат на военные нужды не могла быть непосредственно получена из Государственной росписи расходов, поскольку в итоговые показатели смет Военного и Морского министерств включались расходы, не имеющие ничего общего с содержанием армии и военного флота,<sup>13</sup> а в то же время по некоторым сметам гражданских ведомств заносились расходы на военные и военно-морские потребности.<sup>14</sup>

В тот же период было предложено использовать английский опыт бюджетной классификации, строившейся не по административному, а по кредитному принципу.<sup>15</sup> Использование кредитного принципа классификации (самостоятельно или в сочетании с административным) помогло бы

<sup>10</sup> Кашкаров М. Финансовые итоги последнего десятилетия (1892–1901 гг.). Статистическое исследование. СПб., 1903. Т. 2. С. 20.

<sup>11</sup> Там же. С. 21.

<sup>12</sup> Там же.

<sup>13</sup> Так, по росписи на 1903 г. по § 8 сметы Главного интендантского управления проводились расходы на содержание Военно-народного управления в Туркестанском генерал-губернаторстве; по § 8 и по ст. 2 сметы Главного штаба проходили расходы на производство астрономических и геодезических работ в Маньчжурии, по § 3 сметы Главного управления казачьих войск — расходы по административному управлению казачьих войск на Кавказе и Восточной Сибири и т. д.

<sup>14</sup> По той же росписи на 1903 г. расходы на содержание флотилии, постройку и содержание крейсеров проводились по смете Отдельного корпуса пограничной стражи.

<sup>15</sup> Лебедев В. А. Финансовое право. 2-е изд. СПб., 1889. Т. 1. Приложение. С. 31.

устранить целый ряд несообразностей. Например, в сметах Военного министерства нередко соединялись в одном параграфе и, следовательно, могли быть передвигаемы огромные кредиты, не имеющие ничего общего ни по предмету назначения, ни по способу исчисления. Так, в § 4 сметы Главного интендантского управления значились кредиты на заготовление провианта, приварочные, порционные и кормовые деньги, а также расходы на содержание больных в лечебных заведениях. В § 5 той же сметы содержались кредиты на наем помещений, порционные, квартирные деньги, а также средства на закупку лошадей.

Планировался переход от административной (ведомственной) классификации к предметно-целевой, при которой, в частности, для определения суммы расходов на содержание армии к расходам Военного министерства прибавились бы расходы по призыву новобранцев (с исключением из сметы Департамента Государственного казначейства), на содержание пограничной стражи (из сметы Министерства финансов), милиции на Кавказе (из сметы Департамента государственного казначейства), военной стражи для арестантов (из тюремной сметы) и были бы исключены расходы Главного управления военно-учебных заведений, издержки на военно-народное управление в Туркестане, административное управление Кубанской и Терской областей и Черноморского округа, на эксплуатацию Закаспийской железной дороги, заготовление специальных резервов продовольствия (до 1895 г. включались в чрезвычайный бюджет), на содержание отдельных флотилий, телеграфных линий и т. д.

В России Постановлением Правительства РФ от 22 мая 2004 г. № 249 была утверждена Концепция реформирования бюджетного процесса в Российской Федерации в 2004–2006 гг.<sup>16</sup> (далее — Концепция)

В числе недостатков бюджетного планирования, как и сто лет назад, было отмечено механическое предоставление бюджетных средств на основе корректировки (индексации) ассигнований прошлых лет в условиях низкой формализации механизмов перераспределения бюджетных ресурсов и отсутствия четких критериев и процедур отбора финансируемых направлений и мероприятий в соответствии с приоритетами государственной политики.

Для решения отмеченных проблем был запланирован переход к многолетнему бюджетному планированию с установлением четких правил изменения объема и структуры ассигнований. Одним из основных направлений опять стало реформирование бюджетной классификации, при этом новая бюджетная классификация, в числе прочего, должна быть направлена на приведение структуры функциональной классификации расходов в соответствие с основными функциями, выполняемыми органами государственной власти, и на приведение структуры экономической классификации расходов в соответствие с экономическим содержанием операций в секторе государственного управления.

В настоящее время в условиях продолжающейся бюджетной реформы мероприятия, запланированные в Концепции, в целом завершены.

<sup>16</sup> СЗ РФ. 2004. № 22. Ст. 2180.

Существенно изменилось содержание Бюджетного кодекса РФ, введены новые инструменты бюджетного планирования (расходное обязательство, доклады о результатах деятельности, перспективный финансовый план, ведомственные программы и т. д.), изменилось содержание бюджетного процесса. Для решения поставленной выше задачи интерес представляют расходные обязательства — новый инструмент, через который осуществляется формирование структуры бюджетных расходов.

Статьей 6 БК РФ установлено, что расходы бюджета — это выплачиваемые из бюджета денежные средства, за исключением средств, являющихся источниками финансирования дефицита бюджета. В соответствии с указанной статьей расходные обязательства — это обусловленные законом, иным нормативным правовым актом, договором или соглашением обязанности публично-правового образования или действующего от его имени бюджетного учреждения предоставить физическому или юридическому лицу, иному публично-правовому образованию, субъекту международного права средства соответствующего бюджета. Бюджетные обязательства — это расходные обязательства, подлежащие исполнению в соответствующем финансовом году.

Расходные обязательства могут иметь разное содержание, в зависимости от которого их можно подразделить, например, на военные, социальные, культурные, образовательные и т. д. Таким образом, военные расходы — это совокупность расходных обязательств, предназначенных для реализации целей обороны и безопасности России, т. е. военных целей, подлежащих исполнению в текущем финансовом году.

Как отмечено выше, определить на практике, какая доля средств федерального бюджета предназначена на военные расходы, затруднительно. Прежде всего, такие средства предусмотрены не только по военному ведомству (Министерству обороны), но и по иным ведомствам, в которых имеется военная служба. Если понимать военные расходы расширительно (т. е., например, отнести к таким расходам средства, предназначенные на мобилизационную подготовку экономики), то практически все главные распорядители бюджетных средств окажутся обладателями ассигнований на военные нужды. Вместе с тем даже ассигнования по военному ведомству включают в себя сугубо гражданские позиции: помимо расходов по разделу «Национальная оборона», финансирование Вооруженных Сил осуществляется по разделам «Общегосударственные вопросы», «Жилищно-коммунальное хозяйство», «Образование», «Культура, кинематография и средства массовой информации», «Здравоохранение и спорт», «Социальная политика».<sup>17</sup>

Таким образом, единственный способ определить, хотя бы примерно, объем военных расходов — проанализировать нормативные правовые акты, принятые в целях регулирования отношений по обороне и безопасности Российской Федерации. Совокупность вытекающих из таких нормативных правовых актов расходных обязательств и будет военными

<sup>17</sup> Заключение Правительства РФ от 30 января 2006 г. № 261п-П4 на проект Федерального закона «О внесении изменений в ст. 26 Федерального закона «Об обороне»» (официально не опубликовано; доступно в СПС «КонсультантПлюс»).

расходами, а соответствующие расходные обязательства на очередной финансовый год (бюджетные обязательства) — военным бюджетом.

Основной источник, устанавливающий расходные обязательства в области обороны и безопасности Российской Федерации, — Закон «Об обороне». Как следует из ст. 1 данного Закона, под обороной понимаются не только военные, но и политические, экономические, военные, социальные, правовые и иные меры по подготовке к вооруженной защите и вооруженная защита Российской Федерации, а к обороне привлекаются не только Вооруженные Силы РФ, но и внутренние войска Министерства внутренних дел РФ, войска гражданской обороны, инженерно-технические и дорожно-строительные воинские формирования при федеральных органах исполнительной власти, Служба внешней разведки РФ, органы федеральной службы безопасности, федеральный орган специальной связи и информации, федеральные органы государственной охраны, федеральный орган обеспечения мобилизационной подготовки органов государственной власти РФ, а также создаваемые на военное время специальные формирования.

Таким образом, упрощенный подход к выделению военных расходов по ведомственному признаку (расходов, предусмотренных по Министерству обороны РФ) или по функциональному признаку (расходы на национальную оборону) на сегодняшний день не будет правильным.

Чтобы уяснить содержание расходных обязательств на военные цели по экономическому содержанию, следует прежде всего обратиться к ст. 2 Закона «Об обороне», которая содержит перечень мероприятий, составляющих организацию обороны. Из содержания организации обороны следуют следующие расходные обязательства (расходы):

- на строительство, подготовку и поддержание в необходимой готовности воинских формирований;
- на мобилизационную подготовку органов государственной власти РФ, органов государственной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления и организаций независимо от форм собственности, транспорта, коммуникаций и населения страны;
- на создание запасов материальных ценностей государственного и мобилизационного резервов;
- на планирование и осуществление мероприятий по гражданской и территориальной обороне;
- на оперативное оборудование территории РФ в целях обороны;
- на развитие науки в интересах обороны.

В этом же перечне установлено, что организация обороны включает в себя финансирование расходов на оборону, а также контроль за расходованием средств, выделенных на оборону, и деятельностью Вооруженных Сил РФ, других войск, воинских формирований и органов. Финансирование расходов на оборону и контроль за их использованием вовсе не являются расходными обязательствами. Само финансирование — это деятельность участников бюджетного процесса, направленная на исполнение утвержденного бюджета. Таким образом, финансирование расходов на оборону и контроль за их использованием не должны быть включены в организацию обороны, тем более что это противоречит содержанию

ст. 26 «Финансовое обеспечение обороны» Закона «Об обороне», которая устанавливает, что реализация мероприятий в области обороны — расходное обязательство РФ. Иными словами, финансирование выступает как способ обеспечения расходных обязательств, а не как самостоятельное расходное обязательство.

Из перечня полномочий Правительства РФ, установленных Законом «Об обороне», можно вывести еще несколько расходных обязательств в военной области; все они детализируют указанные выше расходные обязательства. Исключения составляют средства на компенсацию расходов, понесенных организациями и гражданами РФ, в связи с использованием их имущества для нужд обороны, которые представляют собой еще одно расходное обязательство.

Федеральный закон от 12 февраля 1998 г. № 28-ФЗ «О гражданской обороне»<sup>18</sup> (далее — Закон «О гражданской обороне») также содержит расходные обязательства в области обороны. Ответ на вопрос о том, отнести ли расходные обязательства, вытекающие из Закона «О гражданской обороне», к военным расходам, решается однозначно, так как Законом «Об обороне» прямо указано, что расходы на планирование и осуществление мероприятий по гражданской и территориальной обороне относятся к организации обороны.

Имеется коллизия между Законом «Об обороне» и Законом «О гражданской обороне» в части принадлежности соответствующих расходных обязательств. Закон «Об обороне» устанавливает, что мероприятия в области обороны — расходные обязательства РФ. В то же время в соответствии со ст. 18 Закона «О гражданской обороне» обеспечение мероприятий по гражданской обороне и защите населения, осуществляемых федеральными органами исполнительной власти, — расходное обязательство РФ. Обеспечение мероприятий регионального уровня по гражданской обороне, защите населения и территорий субъектов РФ — это расходное обязательство субъекта РФ, обеспечение мероприятий местного уровня — расходное обязательство муниципального образования, а обеспечение мероприятий по гражданской обороне, проводимых организациями, осуществляется за счет средств организаций.

Кроме того, необходимо уточнить, что расходные обязательства в области гражданской обороны можно разделить на расходные обязательства, реализуемые в мирное время, и расходные обязательства в период военного положения.

Статья 2 Закона «О гражданской обороне» устанавливает детальный перечень расходных обязательств в области гражданской обороны, который детализирует содержание мероприятий, установленных в области гражданской обороны Законом «Об обороне». Эти расходные обязательства распределяются между федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъектов РФ и органами местного самоуправления.

Следующий нормативный правовой акт, который устанавливает расходные обязательства в военной области, — Федеральный закон от

<sup>18</sup> СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 799.

26 февраля 1997 г. № 31-ФЗ «О мобилизационной подготовке и мобилизации в Российской Федерации»<sup>19</sup> (далее — Закон «О мобилизационной подготовке»). Полномочия по мобилизационной подготовке, как и полномочия в области гражданской обороны, в соответствии с Законом «Об обороне» включены в организацию обороны. В соответствии со ст. 14 Закона «О мобилизационной подготовке» работы по мобилизационной подготовке в целях обеспечения обороны и безопасности РФ являются расходными обязательствами РФ. При этом в ст. 1 данного Закона установлено, что под мобилизационной подготовкой понимается комплекс мероприятий, проводимых в мирное время, по заблаговременной подготовке экономики не только Российской Федерации, но и ее субъектов и экономики муниципальных образований, подготовке органов государственной власти, органов местного самоуправления и организаций, подготовке Вооруженных Сил РФ, других войск, воинских формирований, органов и специальных формирований к обеспечению защиты государства от вооруженного нападения и удовлетворению потребностей государства и нужд населения в военное время.

Расходные обязательства на мобилизационную подготовку аналогично можно разделить на реализуемые в мирное время, в условиях военного положения, а также в особый период перехода из мирного положения (период мобилизации).

Еще один источник, устанавливающий расходные обязательства в военной области, — Федеральный закон от 27 декабря 1995 г. № 213-ФЗ «О государственном оборонном заказе»<sup>20</sup> (далее — Закон «О гособоронзаказе»).

В соответствии со ст. 2 Закона «О гособоронзаказе» финансирование оборонного заказа осуществляется за счет федерального бюджета посредством выделения ассигнований государственному заказчику. Таким образом, обязательства по государственному оборонному заказу являются расходными обязательствами РФ.

Расходные обязательства по государственному оборонному заказу возникают из заключаемых на его основании различного рода государственных контрактов на поставки продукции по оборонному заказу, виды которых перечислены в Законе «О гособоронзаказе».

Установленные федеральным законодательством расходные обязательства в области обороны детализируются в подзаконных актах и заключаемых уполномоченными государственными заказчиками государственных контрактах.

Завершая описание военных расходов по их экономическому содержанию, следует уточнить, что такая классификация не является единственной. Выше уже упоминалось, что можно разделить расходные обязательства в военной области в зависимости от их принадлежности публично-правовым образованиям разных уровней (расходные обязательства РФ, расходные обязательства субъекта РФ, расходные обязательства муниципального образования).

<sup>19</sup> СЗ РФ. 1997. № 9. Ст. 1014.

<sup>20</sup> СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 6.



В соответствии со ст. 71 Конституции РФ в ведении Российской Федерации находятся федеральный бюджет, оборона и безопасность, оборонное производство, определение порядка продажи и покупки оружия, боеприпасов, военной техники и другого военного имущества. Таким образом, можно сделать вывод, что все расходные обязательства в области обороны являются расходными обязательствами РФ.

Однако если принадлежность Российской Федерации расходных обязательств по строительству и оснащению Вооруженных Сил РФ и расходных обязательств по государственному оборонному заказу не вызывает сомнений, то расходные обязательства в области гражданской обороны устанавливаются Законом «О гражданской обороне» для всех публично-правовых образований. Обязательства, установленные Законом «О мобилизационной подготовке», также распределены между различными публично-правовыми образованиями РФ.

Статьей 31 БК РФ установлен принцип самостоятельности бюджетов бюджетной системы РФ. В числе прочего он предполагает недопустимость установления расходных обязательств, подлежащих исполнению одновременно за счет средств бюджетов двух и более уровней бюджетной системы РФ, или за счет средств консолидированных бюджетов, или без определения бюджета, за счет средств которого должно осуществляться исполнение соответствующих расходных обязательств. Недопустимо также непосредственное исполнение расходных обязательств органов государственной власти и органов местного самоуправления за счет средств бюджетов других уровней.

В Концепции повышения эффективности межбюджетных отношений и качества управления государственными и муниципальными финансами в Российской Федерации в 2006–2008 гг., одобренной Распоряжением Правительства РФ от 3 апреля 2006 г. № 467-р,<sup>21</sup> было отмечено, что разграничение расходных обязательств между бюджетами различных уровней было выполнено после принятия Федеральных законов от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов РФ»,<sup>22</sup> от 6 октября 2003 г. № 131-ФЗ «Об организации местного самоуправления в Российской Федерации»,<sup>23</sup> а также поправок в БК РФ в части регулирования межбюджетных отношений (Федеральный закон от 20 августа 2004 г. № 120-ФЗ).<sup>24</sup> В БК РФ появилась норма об обязательном ведении реестров расходных обязательств на всех уровнях бюджетной системы с представлением реестров субъектов РФ и сводов реестров муниципальных образований в Министерство финансов РФ, что позволяет говорить об отсутствии неопределенности в части обязанности того или иного публично-правового образования нести то или иное расходное обязательство.

Можно сказать, что в настоящее время в основу регулирования межбюджетных отношений положена идея, которая заключается в том, что Российская Федерация не отвечает по расходным обязательствам ее

<sup>21</sup> СЗ РФ. 2006. № 15. Ст. 1640.

<sup>22</sup> СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

<sup>23</sup> СЗ РФ. 2003. № 40. Ст. 3822.

<sup>24</sup> СЗ РФ. 2004. № 34. Ст. 3535.

субъектов и муниципальных образований и наоборот — субъекты РФ и муниципальные образования не отвечают по обязательствам РФ. Точно так же субъекты РФ и муниципальные образования взаимно не отвечают по обязательствам друг друга. В случае, если решениями органов власти федерального уровня на субъекты РФ или муниципальные образования возлагаются (или были возложены) какие-либо дополнительные функции, то из федерального бюджета в рамках межбюджетных отношений предоставляются необходимые средства для обеспечения соответствующих расходов.

Однако позиция Конституционного Суда РФ несколько иная и заключается в том, что бюджеты субъектов РФ или муниципальных образований — часть финансовой системы РФ вместе с федеральным бюджетом, что означает обязанность выделения из федерального бюджета финансовой помощи в случае недостаточности доходов нижестоящих бюджетов для обеспечения ими своих расходных обязательств.

В частности, Постановлением Конституционного Суда РФ от 17 июня 2004 г. № 12-П «По делу о проверке конституционности п. 2 ст. 155, п. 2 и 3 ст. 156 и абз. 22 ст. 283 Бюджетного кодекса РФ в связи с запросами Администрации Санкт-Петербурга, Законодательного собрания Красноярского края, Красноярского краевого суда и Арбитражного суда Республики Хакасия»<sup>25</sup> сформулирована следующая позиция: бюджет субъекта РФ или местный бюджет не существуют изолированно — они являются составной частью финансовой системы РФ. Недостаточность собственных доходных источников на уровне субъектов РФ или муниципальных образований влечет необходимость осуществлять бюджетное регулирование в целях сбалансированности соответствующих бюджетов, что, в частности, обеспечивается посредством оказания финансовой помощи из федерального бюджета бюджетам субъектов РФ в форме предоставления дотаций на выравнивание уровня минимальной бюджетной обеспеченности субъектов РФ, субвенций и субсидий на финансирование отдельных целевых расходов, бюджетных кредитов, бюджетной ссуды на покрытие временных кассовых разрывов, возникающих при исполнении бюджета субъекта РФ.

В последующем Конституционный Суд РФ неоднократно подтверждал свою позицию, согласно которой бюджеты публично-правовых образований не существуют изолированно, что диктует обязанность Российской Федерации обеспечивать расходы бюджетов субъектов РФ и муниципальных образований.<sup>26</sup>

Позиция Конституционного Суда РФ в полной мере подтверждена арбитражной практикой, когда арбитражные суды без колебаний возлагают на Российскую Федерацию обязанности по финансированию тех или иных расходов муниципальных образований, хотя бы они и были отнесены федеральным законодательством к расходным обязательствам субъекта РФ или органа местного самоуправления, даже при наличии выделенной на

<sup>25</sup> СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2803.

<sup>26</sup> *Определение* Конституционного Суда РФ от 1 марта 2007 г. № 129-О-П // *Вестник Конституционного Суда РФ*. 2007. № 4; *Постановление* Конституционного Суда РФ от 15 декабря 2006 г. № 10-П // СЗ РФ. 2007. № 2. Ст. 400; *Постановление* Конституционного Суда РФ от 15 мая 2006 г. № 5-П // СЗ РФ. 2006. № 22. Ст. 2375.

такие цели финансовой помощи. И лишь в том случае, если орган местного самоуправления или субъект РФ своим законом (актом) сам установил для себя расходное обязательство, не упоминаемое федеральным законодательством, суд возлагает ответственность не на Российскую Федерацию, а на соответствующее муниципальное образование или субъект РФ.

Возникает вопрос: является ли ответственность РФ по расходным обязательствам субъектов РФ или муниципальных образований субсидиарной (дополнительной)? Как аргумент можно привести то обстоятельство, что такая ответственность наступает только в случае недостаточности доходных источников у субъекта РФ или муниципального образования для исполнения ими своих обязательств самостоятельно. Однако подобная ситуация позволяет ставить вопрос о правоспособности соответствующего публично-правового образования, которое не в состоянии обеспечить собственные расходы.<sup>27</sup> При этом необходимо ясно понимать принципиальную разницу в соотношении расходов и доходов бюджетов публично-правовых образований и смет частных компаний. Если в частных финансах планирование расходов осуществляется исходя из имеющихся средств (доходы первичны), то при формировании бюджета публично-правового образования приоритетны его расходы (социальные, военные или иные, в зависимости от приоритетов государственной политики). Доходов должно быть столько, сколько необходимо для обеспечения расходов, а в случае недостаточности имеются различные способы мобилизации новых доходов, от введения новых налогов до приватизации.

С точки зрения Конституционного Суда РФ, бюджетная система РФ представляет собой бюджетную систему унитарного государства, где федеральный бюджет *de facto* продолжает исполнять функции упраздненного государственного бюджета, что вполне согласуется с мнением исследователей бюджетной системы РФ.<sup>28</sup> Свойство унитарности бюджетной системы РФ, существующее *de facto*, все-таки корректирует содержание Законов «О гражданской обороне» и «О мобилизационной подготовке» в части принадлежности вытекающих из них расходных обязательств — все они, в случае каких-либо затруднений с исполнением, будут возложены на Российскую Федерацию, вне зависимости от возможностей нижестоящих бюджетов.

Еще одно основание классификации военных расходов — период их возникновения. Большинство таких расходных обязательств возникает в мирное время и существует на постоянной основе. Расходы, возникающие в переходный период (от мира к военному положению или, наоборот, от военного положения к мирной жизни) являются особенными. Тем более особенными, как по содержанию, так и по формированию, порядку осуществления, являются расходы в период чрезвычайного и военного положений. Следует

<sup>27</sup> Временное осуществление отдельных бюджетных полномочий органов государственной власти субъектов РФ и временное осуществление отдельных бюджетных полномочий органов местного самоуправления предусмотрены БК РФ.

<sup>28</sup> См., напр.: *Евдокимов А. Н.* Бюджет как элемент бюджетной системы // Публичные финансы: новые подходы к правовому регулированию / под ред. А. Н. Козырина. М., 2007. С. 26; *Шевелева Н. А.* Бюджетная система России: опыт и перспективы правового регулирования в период социально-экономических реформ. СПб., 2004.

подчеркнуть, что мобилизационные расходы также подразделяются на те, которые осуществляются в мирное время и в особый период.

Дореволюционное законодательство различало два вида расходов военного времени: подготовительного периода «на меропрятия по усилению боевой готовности армии и обеспечению ее на первое время по военному составу» (эти кредиты открывались по утвержденным докладам министра и причислялись к параграфам действующей сметы военного или морского министра)<sup>29</sup> и на мобилизацию и ведение войны.

Расходы на мобилизационную подготовку и мобилизацию именовались также чрезвычайными. Давая характеристику основных и чрезвычайных расходов, Ф. А. Макшеев отмечал: «Так как обыкновенные расходы настоятельны и неотложны, то и назначение их не может встретить возражений; они назначаются ввиду неотвратимой силы. Не так обстоит дело с чрезвычайными расходами. Они не так настоятельны, особенно в глазах лиц, недостаточно ориентированных в военном деле, а потому является соблазн, если не совсем отклонить эти расходы, то по крайней мере отложить их или в лучшем случае разложить на продолжительный период. А это очень неблагоприятно для дела государственной обороны».<sup>30</sup>

Отстаивание чрезвычайных расходов — часть военно-бюджетной политики. Одно из разъяснений сущности такой политики дал М. А. Газенкамф: «Государство не может безнаказанно для своего благосостояния делать в мирное время такие военные расходы, которые превышают его средства и истощают платежные силы народа. В военное время неизбежны и необходимы самые тяжкие жертвы для торжества над врагом, и тогда военное ведомство вправе требовать крайнего напряжения всех сил и средств государства и народа. Но в мирное время не только финансовое... но и само военное ведомство должно ставить себе задачей сокращение военных издержек для того наименьшего предела, который допускается требованиями боевой готовности вооруженных сил и условиями полного благоустройства их во всех отношениях».

Представляют интерес бюджетные процедуры, установленные в Российской империи для осуществления военных расходов в случае войны. С момента объявления мобилизации военный и морской министры представляли смету на содержание отмобилизованных войск на четыре месяца по текущему довольствию, а также на другие нужды военного времени. Особое совещание после обсуждения полученных представлений устанавливало сумму отпускаемых кредитов. Решение его излагалось в документе, названном меморией. После утверждения верховной властью мемории Особого совещания разрешенные кредиты переходили в военный фонд. Туда же зачислялись и кредиты на покрытие расходов подготовительного к войне периода. Военный и морской министры, располагая неограниченными возможностями передвижения кредитов, могли использовать их для погашения любых военных расходов.

<sup>29</sup> Буковецкий А. И. Порядок финансирования военных расходов по бюджетному законодательству царской России // Правоведение. 1969. № 3. С. 128.

<sup>30</sup> Макшеев Ф. А. Военное хозяйство. Курс Интендантской академии. Ч. 2. Интендантское хозяйство в мирное время. СПб., 1913. С. 5.

«По мере истощения финансовых ресурсов военного фонда его распорядители могли просить о пополнении средств в размере, необходимом на ближайшие четыре месяца. При этом они должны были представить ведомость о положении фонда ко дню исчисления нового аванса. В перечне расходов на последующие четыре месяца, готовившемся Военным министерством, приводились соображения и главные основания расчета в той форме и полноте, как это оказывалось возможным».<sup>31</sup> В него включалась примерная сумма расходов, которая могла понадобиться, но не была предусмотрена при составлении перечня.<sup>32</sup>

9 августа 1914 г. были приняты «Правила о порядке испрашивания разрешения и ассигнования Военному министерству денежных средств на расходы, вызываемые военными обстоятельствами». В данных правилах был сохранен принцип отделения чрезвычайных расходов от обыкновенной сметы военного ведомства.

Разумеется, при таком порядке в жертву оперативности осуществления расходов приносилась возможность предварительного и текущего контроля за этими расходами, что было предметом критики. Имеются и противоположные мнения. Например, Ф. А. Макшеев писал в 1905 г.: «С наступлением чрезвычайных обстоятельств военного времени обычный порядок по его медлительности и стеснительности совершенно неприменим, а потому вместо точного сметного исчисления представляется лишь общий перечень необходимых сумм, на все эти суммы министр финансов открывает кредит без заранее составленных стеснительных подразделений под общей рубрикой “военный фонд”. Хотя затем этот фонд разносится по подразделениям смет, Военное министерство сохраняет за собой неограниченное право передвижения кредитов по всем сметным подразделениям, даже из одной сметы в другую».<sup>33</sup>

Военное министерство перечисляло средства военного фонда в полевые казначейства. Командующие армиями, начальники военно-окружных управлений, командиры отдельных корпусов наделялись правом производить расходы, не считаясь со сметными назначениями. В период Русско-японской войны высшему строевому начальству разрешалось в экстренных случаях производить расходы даже при отсутствии открытых кредитов за счет наличных кассовых средств.

Понимание того, что в условиях военного положения обычный порядок осуществления военных расходов неприменим, существует и сегодня.<sup>34</sup> Очевидно, что бюджет государства в состоянии войны существенно отличается от мирного бюджета в части как формирования доходов, так и осуществления расходов. В этот период должен полностью видоизменяться весь бюджетный процесс, а действие законов и других

---

<sup>31</sup> *Наша* Государственная роспись. Исторический обзор законов и правил о Государственной росписи в России (1862–1918). М., 1919. С. 35.

<sup>32</sup> Там же.

<sup>33</sup> *Макшеев Ф. А.* Снабжение и военное хозяйство в военное время. СПб., 1905. С. 298.

<sup>34</sup> См. ст. 8 Федерального конституционного закона от 30 января 2002 г. № 1-ФКЗ «О военном положении» (СЗ РФ. 2002. № 5. Ст. 375), ст. 27 Федерального конституционного закона от 30 мая 2001 г. № 3-ФКЗ «О чрезвычайном положении» (СЗ РФ. 2001. № 23. Ст. 2277), п. 5 ст. 154 БК РФ.

нормативно-правовых актов, регулирующих бюджетный процесс в обычное время, приостанавливается. В любом случае обычный порядок принятия денежных обязательств и санкционирования расходов невозможен хотя бы в силу того, что многие гражданские учреждения и институты в этот период будут либо распушены, либо дезорганизованы, а проведение открытого конкурса для заключения государственного контракта выглядит и вовсе нелепостью. Наибольшее значение приобретает оперативность осуществления расходов.

А. Н. Козырин обращает внимание на то, что «бюджет, основанием принятия которого является введение чрезвычайного положения,<sup>35</sup> называется чрезвычайным бюджетом».<sup>36</sup> Существенно упрощая, можно сказать, что доходы бюджета в этом случае должны формироваться за счет изъятия необходимого для нужд обороны имущества, расходы должны осуществляться в упрощенном порядке, по решению непосредственно Президента РФ и Правительства РФ, особым образом будет учитываться государственный внутренний долг, а исполнение бюджета по источникам финансирования дефицита бюджета приостановится. Однако каких-либо процедур, которые приходили бы на замену порядку осуществления бюджетного процесса, установленного нормами части третьей БК РФ, на сегодня законодательством не установлено.

Итак, военные расходы могут быть классифицированы по нескольким основаниям: по экономическому содержанию; по их принадлежности бюджету определенного публично-правового образования; наконец, по периоду возникновения (в мирное время, в переходный период или в условиях чрезвычайного или военного положения). При этом разделение военных расходов по уровням бюджетов (на федеральные, региональные и местные) является неопределенным, носит коллизионный характер. Распределение же военных расходов по периоду их возникновения вовсе не урегулировано законодательством.

Можно также утверждать, что расходные обязательства в военной области мало упорядочены, зачастую дублируются. Таким образом, вслед за реформированием бюджетного процесса целесообразно реформирование уже отраслевого законодательства, в частности военного, с целью упорядочения установленных им расходных обязательств. Такая «инвентаризация» позволит в полной мере использовать весь потенциал инструментов, появившихся после внедрения в бюджетный процесс «бюджетирования, ориентированного на результат» (БОР). Добавим также, что проблемы упорядочения военных расходов, существовавшие в России на рубеже XIX–XX вв., похожи на сегодняшние.

<sup>35</sup> А. Н. Козырин отмечает также, что возможность введения на территории РФ чрезвычайного бюджета и режима чрезвычайного расходования средств предусматривалась еще ст. 25 Закона РСФСР от 10 октября 1991 г. № 1734-1 «Об основах бюджетного устройства и бюджетного процесса в РСФСР» (Ведомости СНД и ВС РСФСР. 1991. № 46. Ст. 1543), который утратил силу с 1 января 2000 г.

<sup>36</sup> Козырин А. Н. Понятие, предмет и система бюджетного права // Административное и финансовое право. Ежегодник Центра публично-правовых исследований. Т. 1. М., 2006. С. 419.

## О РЕАЛИЗАЦИИ ГРАЖДАНАМИ КОНСТИТУЦИОННЫХ ПРАВ НА ЗЕМЛИ СЕЛЬСКОХОЗЯЙСТВЕННОГО НАЗНАЧЕНИЯ В РОССИИ

Ф. П. РУМЯНЦЕВ



Румянцев Федор Полиэктович,  
к. ю. н., доцент, кафедра  
гражданского права и процесса  
Нижегородского госуд. университета  
им. Н. И. Лобачевского

Правовой основой регулирования отношений в области реализации отдельных конституционных прав гражданами на земли сельскохозяйственного назначения до 2003 г. был Указ Президента РФ от 7 марта 1996 г. № 337 «О реализации конституционных прав граждан на землю»<sup>1</sup> (далее — Указ от 7 марта 1996 г.).

Исследуя данный специальный правовой акт, следует отметить коллизионность его норм и наличие пробелов в содержании. Несмотря на громкое конституционное название Указа, некоторые его положения были небезупречны. Прежде всего имеются в виду нормы, направленные на фактическую защиту конституционных прав на землю той категории граждан, которые имели непосредственное отношение к сельскохозяйственному производству, но были по какой-то причине не включены в перечень лиц, имеющих право на бесплатное приобретение земельной доли в собственность после завершения первого этапа аграрной реформы (основной итог этого этапа — раздел сельскохозяйственных угодий реорганизуемых колхозов и совхозов). В частности, согласно п. 7 Указа в перечень лиц включались руководители и специалисты сельскохозяйственных органов, специалисты сельскохозяйственного профиля органов местного самоуправления и органов государственной власти субъектов РФ, а также руководители и специалисты, проработавшие в колхозах, совхозах и других сельскохозяйственных организациях не менее пяти лет.

По нашему мнению, в данном положении Указа проводится необоснованное разграничение категорий лиц на «заслуживших» и «не заслуживших» такое право. Под руководителями и специалистами сельхозпредприятий понимались те, кто ранее работал в колхозах и совхозах

© Ф. П. Румянцев, 2008

<sup>1</sup> СЗ РФ. 1996. № 11. Ст. 1026 (утратил силу с 25 февраля 2003 г.).

не менее пяти лет, а впоследствии утратил связь с сельскохозяйственным производством (иначе они имели бы право на земельную долю как работники сельхозпредприятий). В Указе не устанавливался территориальный ценз, а именно условие проживания на территории хозяйства, что было обязательным для получения земельной доли согласно Постановлению Правительства РФ от 4 сентября 1992 г. № 708 «О Порядке приватизации и реорганизации предприятий и организаций агропромышленного комплекса».<sup>2</sup> В связи с этим напрашивается вопрос: почему данное нормативное положение не имеет никакого отношения к рядовым труженикам сельхозпредприятий, которые эту землю обрабатывали такой же период времени? Это тем более несправедливо, что право на землю получили чиновники органов государственной власти или органов местного самоуправления, которые чаще всего имели достаточно далекое отношение к реальному сельскохозяйственному производству. Другими словами, данный Указ в очередной раз расширил возможности разного рода псевдофермеров: они получили легитимную возможность на бесплатное получение земельной доли, распорядиться которой большинство из них предполагали, продав ее или изменив ее целевое назначение для своего бизнеса. Приобретаемая земельная доля для перечисленных лиц определялась в размере не меньше установленной среднерайонной нормы.

Не бесспорны были и иные положения Указа от 7 марта 1996 г. Так, разрешалось передать право пользования земельной долей в уставный капитал сельхозорганизации. Юридической фикцией было указание на то, что выделяемые в натуре земельные участки в счет земельных долей должны использоваться только для производства сельхозпродукции (п. 4 Указа). Размытая, обобщающая фраза в п. 7 («в иных целях») фактически позволяла пустить бесплатно полученные земельные участки в рыночный оборот. Такая легитимная трансформация земельных долей в земельные участки показывала сущность «заботы» о судьбе российских земель.

З. С. Беляева отмечала, что после издания Указа Президента РФ «О реализации конституционных прав граждан на землю» создалась принципиально новая ситуация в регулировании прав сельскохозяйственных организаций на землю. Теперь на сельскохозяйственные организации как на пользователей земельных долей возлагалась обязанность юридически оформить свои взаимоотношения с собственниками земельных долей. Она прогнозирует уменьшение земельных массивов, находящихся в общей собственности сельскохозяйственных предприятий, так как граждане получили широкие права по распоряжению земельными долями.<sup>3</sup>

Безусловно, есть и позитивные стороны Указа от 7 марта 1996 г., которые в дальнейшем были трансформированы на законодательном уровне и в настоящее время закреплены в действующих нормативно-правовых актах. В частности, Указ предоставлял право собственникам земельных долей увеличить за их счет предельные размеры земельных участков для ведения

<sup>2</sup> САПП РФ. 1992. № 12. Ст. 931.

<sup>3</sup> Беляева З. С. Материалы круглого стола «Правовые проблемы рационального использования и охраны сельскохозяйственных земель» // Государство и право. 1998. № 4. С. 31.



личного подсобного хозяйства (п. 2). Данное положение Указа в дальнейшем получило значительное законодательное развитие. Так, 7 июня 2003 г. был принят Федеральный закон «О личном подсобном хозяйстве».<sup>4</sup> Первоначальный вариант данного Закона был разработан и принят Государственной Думой в 1999 г. Однако Президент РФ Б. Н. Ельцин отклонил его и вернул в Государственную Думу. Потребовалось четыре года работы согласительной комиссии (представители Администрации Президента РФ, Совета Федерации, Государственной Думы и Правительства РФ) для его принятия. Закон устанавливает право граждан на производство и переработку сельскохозяйственной продукции с момента государственной регистрации прав на земельный участок, полученный или приобретенный ими для этих целей, как форму непредпринимательской деятельности. Те граждане, которые имели до принятия Закона свидетельства о праве собственности, о праве пожизненного наследуемого владения или о праве постоянного (бессрочного) пользования либо заключили договоры аренды на земельный участок, наделяются всеми правами на получение государственной поддержки для ведения личного подсобного хозяйства, предусмотренными законодательством РФ для сельскохозяйственных товаропроизводителей. Такая поддержка осуществляется за счет средств федерального бюджета, бюджетов субъектов Федерации и местных бюджетов. Согласно положениям Закона органы местного самоуправления устанавливают максимальные и минимальные размеры земельных участков, предоставляемых из государственных и муниципальных земель в собственность гражданам для ведения личного подсобного хозяйства. Кроме того, субъекты Федерации устанавливают максимальный размер площади земельных участков, которые могут находиться у граждан одновременно на праве собственности или ином вещном праве либо на праве аренды (п. 5. ст. 4). В случае если максимальный размер общей площади будет превышать установленный предел, гражданин должен либо произвести отчуждение сверхнормативной площади, либо зарегистрироваться в качестве крестьянского (фермерского) хозяйства.

Законодательные гарантии государственной поддержки владельцев личных подсобных хозяйств были расширены в новом Федеральном законе от 29 декабря 2006 г. № 264-ФЗ «О развитии сельского хозяйства».<sup>5</sup> Цель этого Закона обозначил Президент РФ В. В. Путин, выступая 7 марта 2007 г. на заседании Совета при Президенте РФ по реализации национальных проектов: это документ, призванный обеспечить консолидацию общих действий по комплексному развитию села и сфокусировать меры государственной поддержки аграрно-промышленного сектора. В своем вступительном слове В. В. Путин затронул вопрос реализации гражданами своих «абстрактных» прав на земельные паи в конкретные наделы, заметив, что эта проблема до сих пор так и не решена. Президент отметил, что вклад малых форм хозяйствования в общий объем сельхозпроизводства может быть очень весомым, а рентабельность и производительность

<sup>4</sup> Федеральный закон от 7 июля 2003 г. № 112-ФЗ «О личном подсобном хозяйстве» // СЗ РФ. 2003. № 28. Ст. 2881.

<sup>5</sup> СЗ РФ. 2007. № 1 (ч. 1). Ст. 27.

могут быть даже выше, чем у крупных сельхозпредприятий. Глава государства подчеркнул большую социальную значимость малых хозяйств, которые способствуют решению проблемы обеспечения занятости на селе, определив тем самым обязанность государства в создании таких условий, чтобы в сельхозпроизводстве, на земле, в сельской местности появлялось все больше крепких хозяев.<sup>6</sup> Проект данного Закона разрабатывался научно-исследовательскими учреждениями Российской академии сельскохозяйственных наук, депутатами Аграрного комитета Государственной Думы РФ в соответствии с Основными направлениями агропродовольственной политики Правительства РФ на 2001–2010 гг., одобренными на заседании Правительства РФ 27 июля 2000 г.<sup>7</sup> Впоследствии этот думский проект был отклонен, и только в июле 2005 г. началась разработка базового аграрного закона, проводившаяся Министерством сельского хозяйства по поручению Президента РФ с привлечением ученых Всероссийского института аграрных проблем и информатики Всероссийского института экономики сельского хозяйства.<sup>8</sup>

Указ от 7 марта 1996 г. закреплял и новые права собственников земельных долей, в частности: право на обмен земельной доли на такую же долю в другом хозяйстве; возможность передать ее на условиях договора ренты или пожизненного содержания, внести право пользования земельной долей в уставный капитал или паевой фонд сельхозорганизации (п. 4); продать долю органам местного самоуправления в фонд перераспределения (п. 6). Также было установлено, что договоры аренды земельных долей заключаются на срок не менее трех лет. Арендодателями могут выступать как отдельный собственник, так и группа собственников земельных долей (п. 5).

Во исполнение Указа от 7 марта 1996 г. в субъектах Федерации принимались нормативные акты, которые уточняли размеры и порядок совершения сделок с земельными долями. Так, Распоряжением администрации Нижегородской области от 7 мая 1996 г. № 821-р<sup>9</sup> были утверждены «Положения о порядке и условиях выкупа земельных долей», которые могли применяться при выкупе органами местного самоуправления земельных долей у их собственников для пополнения фонда перераспределения земель и продажи юридическим лицам и гражданам РФ для производства сельскохозяйственной продукции. В роли покупателя могло выступать уполномоченное лицо органа местного самоуправления (чаще всего это были районные или городские комитеты по земельным ресурсам и землеустройству). Стоимость земельной доли определялась по действовавшей нормативной цене. В целях исключения нарушений прав граждан органы местного самоуправления определяли базовые нормативы выкупных цен

<sup>6</sup> Владимир Путин: Важно сформировать современные подходы к организации сельской жизни // Экономика сельского хозяйства России. 2007. № 4. С. 3.

<sup>7</sup> Основные направления агропродовольственной политики Правительства РФ на 2001–2010 г.: одобрены на заседании Правительства РФ от 27 июля 2000 г. // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>8</sup> Быстров Г. Е. Проблемы правового регулирования аграрных отношений и развития аграрно-продовольственных рынков России // Право и политика. 2006. № 1. С. 3–14.

<sup>9</sup> Правовая среда. Приложение к газете «Нижегородские новости». 1996. 24 июля.

для земель различного качества, местоположения. Этим же Распоряжением был утвержден примерный договор купли-продажи земельной доли. Фактически Распоряжение повторило Рекомендации о порядке распоряжения земельными долями и имущественными паями, одобренные Постановлением Правительства РФ от 1 февраля 1995 г. № 96.<sup>10</sup>

В настоящее время в Российской Федерации арендные отношения, объектом которых являются земельные доли в праве общей собственности на земельные участки из земель сельскохозяйственного назначения, становятся одним из основных путей перехода земли к более эффективным землепользователям.

Большинство граждан распорядились своей земельной долей в праве общей собственности приватизированных сельскохозяйственных угодий посредством заключения договоров аренды с множественностью лиц на стороне арендодателя с сельскохозяйственными организациями.<sup>11</sup> Особенности регулирования вопросов аренды земельной доли были установлены в Постановлении Правительства РФ от 1 февраля 1995 г., нормы которого носили рекомендательный характер. Сама процедура заключения договоров аренды земельной доли была урегулирована Указаниями о порядке оформления договоров передачи земельной доли в аренду, утв. Приказом Роскомзема 16 мая 1996 г. № П187.<sup>12</sup> Арендодателем мог быть как отдельный собственник земельной доли, так и группа собственников земельных долей. В этом случае заключался договор аренды земельных долей при множественности лиц на стороне арендодателя. Этим же Приказом были утверждены и примерные формы договора аренды земельных долей при множественности лиц на стороне арендодателя. Минимальный срок договора аренды земельной доли при множественности лиц на стороне арендодателей устанавливался не менее трех лет. Фактического выделения арендуемого земельного участка в счет выделенных земельных из земель сельскохозяйственного назначения на местности не производилось. Не выделены они в натуре в большинстве случаев и сегодня.

С принятием Федерального закона от 24 июля 2002 г. № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения» (далее — Федеральный закон от 24 июля 2002 г.) аренда земельных долей в праве общей собственности на земельные участки из земель сельскохозяйственного назначения приобрела соответствующую правовую регламентацию. Согласно ст. 12 Закона участник долевой собственности вправе распорядиться своей долей с соблюдением при ее возмездном отчуждении норм ст. 250 Гражданского кодекса РФ. В случае если число участников долевой собственности на земельный участок из земель сельскохозяйственного назначения превышает пять, правила ГК РФ применяются с учетом особенностей, установленных ст. 12–14 Закона. В связи с этим возникла

<sup>10</sup> *Постановление* Правительства РФ от 1 февраля 1995 г. № 96 «О полномочиях собственников по распоряжению земельными долями и имущественными паями» // СЗ РФ. 1995. № 7. Ст. 534.

<sup>11</sup> *Удоденко С. В.* Договора аренды земельных участков // Нижегородский аграрный журнал. 2006. № 1. С. 1–10.

<sup>12</sup> Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 1996. № 1. С. 38.

необходимость изменения правоотношений *de facto*. Все собственники земельных долей обязаны привести в соответствие с правилами ГК РФ те договоры аренды земельных долей, которые были заключены до вступления в силу Закона, до 27 января 2009 г.

Одной из причин, по которым срок приведения договоров аренды земельных долей в соответствие с гражданским законодательством был продлен, стало рассмотрение Государственной Думой РФ законопроектов, направленных на изменение порядка межевания земельных участков, постановки их на кадастровый учет и государственной регистрации прав на них.<sup>13</sup>

Данная императивная норма определяет кардинальные изменения существующих арендных правоотношений между собственниками земельных долей, с одной стороны, и сельскохозяйственными организациями, которые в абсолютном большинстве случаев являются арендаторами, — с другой.

Особенность договора аренды земельных долей состоит в том, что часть собственников земельных долей при множественности лиц на стороне арендодателя сами работают как наемные работники корпоративного сельскохозяйственного предприятия на собственной арендуемой земле.

Для оформления новых арендных отношений необходимо провести корректировку списка арендодателей как участников общей собственности на исходный земельный участок, образовавшийся при приватизации сельскохозяйственных угодий, и сформировать новый список участников долевой собственности, желающих заключить новый договор аренды. Формирование списка может осуществляться путем сбора с участников общей собственности заявлений об их намерении выделить в общую собственность в счет принадлежащих им долей земельный участок и заключить договор аренды такого участка. Значительная часть собственников земельных долей выбыли из списка арендодателей в основном по причине смерти, а их наследники не вступили в право наследства, и в большинстве сельскохозяйственных организаций существующие арендные отношения не пересматривались с момента их первоначального возникновения.

Корректировка списка арендодателей предполагает установление списка собственников земельных долей, участвовавших в приватизации сельскохозяйственных угодий реорганизуемых колхозов и совхозов. Приложением к изданным органами государственной власти или органами местного самоуправления актам о приватизации сельскохозяйственных угодий является список граждан, получивших право собственности на земельную долю из земель сельскохозяйственного назначения. При отсутствии такого приложения информация может быть получена в территориальном отделе Управления федерального агентства кадастра объектов недвижимости (Роснедвижимость), поскольку этот орган осуществлял государственную регистрацию сделок с землей до принятия Федерального

<sup>13</sup> Завойкина Н. Крестьянам — отсрочка, юристам — морока // ЭЖ-Юрист. 2007. № 5. С. 12.

закона от 21 июля 1997 г. № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним»<sup>14</sup> (далее — Закон от 21 июля 1997 г.).

Следующий этап в подготовке к заключению договора аренды земельных долей — формирование самого земельного участка, которое производится с учетом требований по рациональной организации территории и компактного землепользования, на основании существующей землеустроительной документации. Осуществление выделения земельной доли в натуре — сложная, длительная и дорогостоящая процедура, нормативно-методическое обеспечение которой закреплено в целом ряде ведомственных нормативно-правовых актов.<sup>15</sup>

Местоположение выделяемого вновь образованного земельного участка из земель сельскохозяйственного назначения при выделе его на местности в счет долей в праве общей собственности определяется согласно ч. 2 ст. 13 Закона от 21 июля 1997 г. участниками долевой собственности в соответствии с решением общего собрания при утверждении его границ как части находящегося в долевой собственности земельного участка. На практике именно определение местоположения выделяемого вновь образованного земельного участка чаще всего вызывает сложные конфликтные ситуации, так как непрямое условие его выделения — определение его стоимости. На наш взгляд, Минсельхозу совместно с Роснедвижимостью следовало бы обобщить и систематизировать предлагаемые многочисленные современные разработки в области землеустройства и оценки земель. Ряд ученых и практиков предлагают определять цену выделяемой доли в праве общей собственности по сумме главных показателей, таких как стоимость права собственности на земельную долю, компенсационные выплаты при выделе земельной доли, стоимость работ по землеустройству и рыночной оценке земель для выделения земельной доли в натуре.<sup>16</sup>

В соответствии с перечисленными критериями, отвечающими требованиям минимализации компенсационных выплат и экономического ущерба от изменения организационно-производственной структуры действующего сельскохозяйственного предприятия, а также обеспечения транспортной доступности и компактности землепользования, разрабатывается проект перераспределения земель общей долевой собственности. Согласование этого проекта позволит избежать возникновения споров, связанных с определением на местности местоположения выделяемого вновь образованного земельного участка в счет долей в праве общей собственности.

<sup>14</sup> СЗ РФ. 1997. № 30. Ст. 3594.

<sup>15</sup> *Методические рекомендации по выделению земельных участков в счет земельных долей.* М., 2003; *Методические рекомендации по проведению землеустройства при образовании новых и упорядочении существующих объектов землеустройства.* М., 2003.

<sup>16</sup> *Оверчук А. Л., Мирошниченко С. Г.* Правовое регулирование землеустройства и его развитие // *Земельный вестник России.* 2003. № 2. С. 9—11; *Анисимов С. П., Щербатов Е. С.* Вопросы реализации законодательства об обороте земель сельскохозяйственного назначения на территории Нижегородской области // Там же. 2004. № 1. С. 43—47; *Янюк В. М.* Обоснование параметров рыночной оценки участков сельскохозяйственных угодий, выделяемых из долевой собственности // Там же. 2005. № 1—2. С. 18—25.

Участники общей собственности, определившиеся с местоположением земельного участка, в соответствии с решением общего собрания участников долевой собственности должны подписать соглашение об образовании общей долевой собственности на вновь образуемый земельный участок. По желанию участников общей долевой собственности соглашение может быть удостоверено нотариально.

Обязательное условие заключения договора аренды земельного участка — постановление его на кадастровый учет. Для выполнения данного требования участники долевой собственности должны провести мероприятия по межеванию выделяемого вновь образованного земельного участка. Для этого заключается договор об оказании услуг со специализированной землеустроительной организацией, имеющей лицензию на проведение землеустроительных работ в соответствии с Приказом Росземкадастра от 2 октября 2002 г. № П327 «Об утверждении требований к оформлению документов о межевании земельных участков, предоставляемых для постановки на кадастровый учет».<sup>17</sup> Межевание объектов землеустройства осуществляется на основе сведений государственного земельного кадастра, землеустроительной и иной документации.

Межевание объекта землеустройства включает в себя работы по закреплению на местности местоположения границ объекта землеустройства межевыми знаками, определение их координат и изготовление межевого дела. Уже более двух лет процедура межевания выделяемого вновь созданного земельного участка в счет долей в праве общей собственности на земельные участки из земель сельскохозяйственного назначения считается упрощенной благодаря тому, что в Федеральный закон от 18 июня 2001 г. № 87-ФЗ «О землеустройстве»<sup>18</sup> было внесено изменение.<sup>19</sup> В частности, была разрешена замена определения координат выделяемого земельного участка на иное описание местоположения границ объекта землеустройства, если они совпадают с границами имеющихся на местности ориентиров (дороги, защитные лесные насаждения, реки, ручьи, каналы, линейные объекты и другие подобные объекты), которые отражены в сведениях государственного земельного кадастра и/или на основе измерений расстояний между объектом землеустройства и соответствующими ориентирами с указанием направлений от ориентиров к объекту землеустройства, а также на основе соответствующих измерений относительно объекта землеустройства и межевых знаков (ч. 4 ст. 17).

После утверждения изготовленного межевого дела в районном (городском) отделении федерального агентства кадастра объектов недвижимости (Роснедвижимости) в территориальное отделение федерального государственного учреждения Земельная кадастровая палата (далее — ФГУ ЗКП) подается заявка на постановку на кадастровый учет вновь образованного земельного участка, выделенного в счет долей в праве общей собственности на земельные участки из земель сельскохозяйственного

<sup>17</sup> Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2002. № 48. С. 74.

<sup>18</sup> СЗ РФ. 2001. № 26. Ст. 2582.

<sup>19</sup> Федеральный закон от 18 июля 2005 г. № 87-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 30. Ст. 3098.

назначения. ФГУ ЗКП вносит соответствующие изменения, касающиеся выделения земельного участка на местности, в соответствующую запись Единого государственного реестра земель (далее — ЕГРЗ) и создает новый раздел ЕГРЗ на вновь образованный земельный участок, выделенный на местности. В результате проведения государственного кадастрового учета правообладателям земельных долей или их представителю выдается кадастровый план земельного участка, необходимый для государственной регистрации прав на вновь образованный земельный участок.

Для государственной регистрации права на вновь образованный выделенный в натуре земельный участок в территориальное отделение Федеральной регистрационной службы (далее — ФРС) предоставляются следующие документы:

1) заявление о государственной регистрации, которое могут подписать все выделившиеся участники долевой собственности или их представитель по нотариально удостоверенной доверенности;

2) заявление о государственной регистрации ранее возникшего права на долю в праве общей собственности на исходный земельный участок. Согласно п. 2 ст. 6 Федерального закона от 21 июля 1997 г. государственная регистрация возникшего до введения в действие названного Закона права на объект недвижимого имущества проводится при государственной регистрации перехода данного права;

3) документ, удостоверяющий личность заявителя (заявителей) или его представителя;

4) квитанция об уплате регистрационного сбора;

5) кадастровый план исходного земельного участка и кадастровый план выделенного вновь образованного земельного участка;

6) правоустанавливающие документы, собранные на подготовительном этапе (подлинники и копии, заверенные в установленном порядке);

7) документы, подтверждающие факт извещения других участников общей собственности на земельный участок из земель сельскохозяйственного назначения о намерении выдела земельного участка, и документы, свидетельствующие об отсутствии возражений со стороны других участников общей собственности, а в случае проведения общего собрания собственников — протокол об определении местоположения части земельного участка, находящегося в общей собственности и передаваемого в аренду;

8) соглашение об образовании общей долевой собственности.

В территориальном подразделении ФРС исходный земельный участок регистрируется в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество и сделок с ним (далее — ЕГРП), а по вновь образованному выделенному земельному участку вносятся новые записи в соответствующие разделы ЕГРП и открываются новые дела правоустанавливающих документов с новыми кадастровыми номерами. В новых разделах ЕГРП и новых делах правоустанавливающих документов делаются ссылки на разделы и дела, относящиеся к ранее существовавшему земельному массиву, в который, как правило, входили все сельскохозяйственные угодья предприятия.

После завершения процедуры государственной регистрации прав на выделенный вновь образованный земельный участок участники общей

долевой собственности заключают договор аренды в соответствии с нормами гл. 34 Гражданского кодекса РФ, ст. 22 Земельного кодекса РФ и ст. 9 Федерального закона от 24 июля 2002 г.

Договор аренды с множественностью лиц на стороне арендодателя заключается в простой письменной форме. В случае если он заключается на срок более года, он подлежит государственной регистрации в территориальном подразделении ФРС. Договор подписывают или все участники общей долевой собственности, или их представитель на основании нотариально удостоверенной доверенности.

Законодателем регламентирована не только процедура возникновения арендных отношений, но и требования, предъявляемые к субъектному составу договора аренды. В частности, согласно п. 2 ч. 3 ст. 2 Федерального закона от 24 июля 2002 г. арендаторами земель сельскохозяйственного назначения могут стать иностранные граждане, иностранные юридические лица, лица без гражданства, а также юридические лица, в уставном (складочном) капитале которых доля иностранных граждан, иностранных юридических лиц, лиц без гражданства составляет более 50 %. Закон не разрешает иностранным лицам приобретать сельскохозяйственную землю на праве собственности. Данное условие было главным политическим вопросом при принятии указанного Закона. Эта норма позволила оптимизировать решение очень острого для российского общества политического вопроса о правах иностранных лиц на российские земли.

Безусловно, использование земель сельскохозяйственного назначения иностранными физическими и юридическими лицами требует государственного регулирования. При этом очень важно учитывать норму п. 3 ст. 36 Конституции РФ, согласно которой «условия и порядок пользования землей определяются на основе федерального закона». Под «условия и порядок» вполне подпадает возможность установления в федеральном законе правил, касающихся использования земель, включая те или иные ограничения. Таким образом, необходимо учитывать, что положение ст. 36 Конституции РФ о свободном владении, пользовании и распоряжении земельными участками вовсе не исключает установление в законодательстве правил, касающихся пределов в осуществлении указанных правомочий.

В договоре аренды необходимо описать земельный участок, указав его местоположение, размер, кадастровый номер согласно данным кадастровой карты, указать категорию земли, так как согласно ст. 607 ГК РФ в договоре должны быть указаны данные, позволяющие определенно индивидуализировать объект аренды. При отсутствии этих данных в договоре условие о предмете, подлежащем передаче в аренду, считается несогласованным сторонами, а соответствующий договор считается незаключенным. В связи с этим обязательным приложением к договору должна быть кадастровая карта земельного участка, а если в аренду сдается часть земельного участка, то прилагается кадастровый план земельного участка с указанием его части, сдаваемой в аренду.

Накопленная судебная практика показывает, что наиболее типична та категория споров, в которых предмет договора аренды не индивидуализирован, т. е. не поставлен на кадастровый учет (в частности, примером



может служить Постановление Федерального арбитражного суда Центрального округа от 20 марта 2007 г. по делу № 14-4800/06/294/23).<sup>20</sup>

Договор аренды земельного участка из земель сельскохозяйственного назначения может быть заключен на срок, не превышающий 49 лет. Минимальный срок аренды земельного участка сельскохозяйственных угодий устанавливается согласно ч. 3 ст. 9 Федерального закона от 24 июля 2002 г. законом субъекта РФ в зависимости от разрешенного использования сельскохозяйственных угодий, передаваемых в аренду (Законом Нижегородской области от 17 июля 2003 г. № 63-з «Об осуществлении оборота земель сельскохозяйственного назначения в Нижегородской области»<sup>21</sup> минимальный срок аренды земельных участков не установлен).

Условие о размере арендной платы по договору аренды вновь образованного выделенного земельного участка как объекта недвижимости согласно ст. 654 ГК РФ считается существенным условием, и при его отсутствии договор считается незаключенным. Условия о размере арендной платы могут быть определены решением общего собрания участников долевой собственности, проводимого по правилам ст. 14 Федерального закона от 24 июля 2002 г. Преимущественно арендная плата по земельным участкам сельскохозяйственного назначения устанавливается в виде определенного процента от реально произведенной сельскохозяйственной продукции или ее видов в стоимостном выражении или в натуре.

Ряд исследователей в области земельных правоотношений предлагают в качестве рекомендации по совершенствованию земельного законодательства разработать специальный закон об аренде земель.<sup>22</sup> Считаем, что нормы действующего Гражданского кодекса РФ, Земельного кодекса РФ и Федерального закона от 24 июля 2002 г. «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения», а также ряд подзаконных нормативно-правовых актов достаточно полно регламентируют данный институт. На уровне же субъектов РФ такая рекомендация, безусловно, должна реализовываться, например при регулировании ряда согласительных процедур по выделению земельных участков в счет долей в праве общей собственности на земельный участок из земель сельскохозяйственного назначения.

В качестве наглядного примера типичного распоряжения своими конституционными правами на приобретенные земельные доли сельскохозяйственных угодий можно привести данные социологических исследований, проведенных в сентябре 2001 г. сотрудниками фонда нижегородской консультационной службы агропромышленного комплекса. Социологические исследования были проведены для того, чтобы выявить мотивацию заключения сделок купли-продажи земельной доли, степень удовлетворенности сделками и изменениями, произошедшими в жизни людей в результате заключения этих сделок. Опросы проводились на базе ликвидированного колхоза «Белкинский» Княгининского района

<sup>20</sup> СПС «КонсультантПлюс».

<sup>21</sup> Правовая среда. Приложение к газете «Нижегородские новости». 2003. 20 авг.

<sup>22</sup> Кресникова Н. И. Рекомендации по совершенствованию земельного законодательства Российской Федерации // Земельный вестник России. 2005. № 3–4. С. 18–23.

Нижегородской области. Все собственники земельных долей до ликвидации колхоза сдавали их в аренду, и 61 % собственников отметили, что за это они получали арендную плату. Не получали арендной платы 39 % опрошенных, в основном это пенсионеры и работники социальной сферы. Арендная плата выплачивалась путем услуг (вспашка огородов, предоставление транспорта для перевозок в течение года). После банкротства колхоза более 90 % собственников продали свои земельные доли по 500 руб. При этом затраты на оформление сделки (123 руб. за долю) и наследства (от 200 до 2000 руб.) брал на себя покупатель. Сдали свои доли в аренду фермеру 2 % собственников. Основная часть продавших (69 %) утверждают, что других предложений по распоряжению земельными долями не поступало. Учитывая скудность выбора, неудивительно, что сделкой удовлетворены всего 22 % продавших земельную долю, не совсем удовлетворены 24 %, вовсе не удовлетворены 30 %. Безразлично отнеслись к заключенной сделке 24 %. Основным мотивом, побудившим к продаже земельных долей, была неспособность обработать самостоятельно большой массив — 10 га (86 % опрошенных). Многие (41 %) отметили, что более высокую цену за земельную долю никто не предлагал, и столько же указали, что если бы земельная доля не была продана, то пришлось бы платить земельный налог. Часть собственников земельных долей согласились бы сдать их в аренду, но такие сделки заключал только один фермер, и его потребности в земле ограничены. Многие респонденты отметили несомненную пользу от заключения сделок с новым собственником, так как если ранее большая часть земель (60–70 %) не обрабатывалась, то в настоящее время новый собственник, ЗАО «Новый век», засеивает и обрабатывает все площади. Кроме того, многие работники устроились на работу в это вновь созданное предприятие и стали получать стабильный доход.<sup>23</sup>

Следующий наиболее распространенный способ распоряжения своим конституционным правом на землю сельскохозяйственного назначения после передачи земельной доли в аренду — ее отчуждение посредством купли-продажи.

Процедура сделки купли-продажи во многом близка к рассмотренной схеме заключения договора аренды (также необходимо выделить в натуре земельный участок в счет причитающейся земельной доли в праве общей собственности на земельные участки из земель сельскохозяйственного назначения в натуре, поставить его на кадастровый учет, зарегистрировать сделку). К дополнительным требованиям по сделке относится обязанность собственника предложить выкупить земельную долю сначала остальным сособственникам, а в случае их отказа от выкупа — вышестоящему органу исполнительной власти субъекта Федерации.

Часть собственников земельных долей сумели воспользоваться своими конституционными правами на землю только в первый период аграрной реформы, т. е. до наступления первых разрушительных итогов проводимых преобразований — до разорения и развала реорганизованных

<sup>23</sup> Удоденко С. В., Рябова З. Ю. Право на земельную долю // Нижегородский аграрный журнал. 2001. № 5. С. 8–9.

колхозов и совхозов. Значительная часть собственников виртуальной земельной доли не имели в новых условиях иной реальной возможности распорядиться своей земельной собственностью в силу ее невостребованности. Именно в Указе Президента РФ от 7 марта 1996 г. впервые появилось правовое определение невостребованной земельной доли как доли, на которую не поступило заявление от гражданина на получение соответствующего свидетельства, подтверждающего право собственности на эту долю. Такая доля передавалась и сохранялась за сельскохозяйственной организацией для использования по целевому назначению в течение трех лет. Если по истечении этого срока собственник доли так и не подал заявление на получение свидетельства и не принял решения об использовании земельной доли, то она оставалась в пользовании хозяйства еще три года. О дальнейшей правовой судьбе невостребованных земельных долей законодательство до принятия Федерального закона от 24 июля 2002 г. умалчивало. Согласно п. 5 ст. 13 данного Закона земельные доли, собственники которых не распоряжались ими в течение трех и более лет с момента приобретения прав на земельную долю (невостребованные земельные доли), подлежат выделению в земельный участок, в состав которого в первую очередь включаются неиспользуемые земельные участки худшего качества с их оценкой по кадастровой стоимости. Образование этого земельного участка осуществляется на основании соответствующего решения субъекта РФ или в случаях, установленных законом субъекта РФ, на основании соответствующего решения муниципального образования. Общее собрание участников долевой собственности вправе принять решение об определении местоположения части находящегося в долевой собственности земельного участка, площадь которой равна сумме площади невостребованных земельных долей. Сообщение о невостребованных земельных долях с указанием их собственников публикуется в средствах массовой информации, определенных субъектом РФ. Если собственники невостребованных земельных долей, в счет выделения которых должен быть образован земельный участок, в течение 90 дней со дня публикации указанного сообщения не заявят о своем желании воспользоваться правами участников долевой собственности, устанавливаются границы этого земельного участка. Субъект РФ или, в случаях, установленных законом субъекта РФ, муниципальное образование вправе направить в суд заявление о признании права собственности субъекта РФ или муниципального образования на этот земельный участок.

Мы согласны с мнением ряда исследователей, что эра земельных долей заканчивается. Одна из причин этого — норма ст. 392 Налогового кодекса РФ, согласно которой платить земельный налог теперь придется независимо от того, используются земельные доли или нет. По данным, которые приводит заместитель руководителя аппарата Комитета Государственной Думы РФ по аграрным вопросам Н. Калинин, за прошедшие годы аграрной реформы распорядиться земельной долей разрешенными способами смогли только 1,4 млн граждан, а 10,4 млн земельных долей — это потенциальные земли для возвращения их в государственную или муниципальную собственность, т. е. для фактического возвращения государству прав на землю, предоставленных гражданам в начале 1990-х

годов, но не в полной мере обеспеченных правовым механизмом их реализации.<sup>24</sup>

С приходом к власти В. В. Путина государство стало проводить более конструктивную аграрную политику, направленную на сохранение прав граждан на землю. По оценке министра сельского хозяйства РФ А. Гордеева, в начале земельной реформы была допущена в каком-то смысле трагическая ошибка. Приватизация земли, по сути, была «компанейщиной», равнозначной тому, что произошло в 1917 г., когда было провозглашено «Фабрики — рабочим, землю — крестьянам», но реально ничего не получилось. При принятии Земельного кодекса РФ и Федерального закона от 24 июля 2002 г. приходилось в непростых политических условиях, на базе неправильно принятых государственных решений находить путь из ситуации и, прежде всего, сохранить права граждан. Нельзя допустить, чтобы розданные свидетельства на право собственности на землю в виде земельной доли остались «фантиками».<sup>25</sup>

По нашему мнению, у большинства собственников земельных долей продолжает сохраняться уверенность в постепенном совершенствовании действующих правовых норм и выработке новых правильных юридических конструкций, которые позволят гражданам беспрепятственно реализовывать свои конституционные права на землю.

Земельный вопрос всегда был одним из самых непростых в России, и, безусловно, требуется время, чтобы исправить допущенные законодательные ошибки и выстроить прозрачные хозяйственные правоотношения между собственниками земельных долей и потенциально заинтересованными.

<sup>24</sup> Калинин Н. Заканчивается эра земельных долей // Хозяйство и право. 2006. № 4. С. 4–11.

<sup>25</sup> Гордеев А. В сельском хозяйстве остается целый ряд серьезных проблем // Экономика сельского хозяйства. 2006. № 12. С. 5.

РАЗГРАНИЧЕНИЕ НАСИЛЬСТВЕННЫХ  
И НЕНАСИЛЬСТВЕННЫХ ПРЕСТУПЛЕНИЙ  
ПРОТИВ ПОЛОВОЙ СВОБОДЫ  
И ПОЛОВОЙ НЕПРИКОСНОВЕННОСТИ

Е. А. КОТЕЛЬНИКОВА\*, В. Г. ШУМИХИН\*\*

Наибольшие затруднения в квалификации преступлений против половой свободы и половой неприкосновенности вызывает отграничение изнасилования и насильственных действий сексуального характера от понуждения к действиям сексуального характера, а также разграничение изнасилования и насильственных действий сексуального характера, совершенных с использованием беспомощного состояния потерпевшего (ст. 134 и 135 УК РФ). Кроме того, существуют трудности в отграничении этих преступлений от добровольных форм удовлетворения половых потребностей с применением физической силы к партнеру по обоюдному согласию участников полового контакта.

Основой верной квалификации здесь является правильное толкование признака насилия. Как известно, понятия насилия и насильственного преступления не определены в УК РФ. Спектр подходов к доктринальному толкованию насилия в настоящее время стал еще более широким, чем 10–15 лет назад. Условно можно выделить три подхода к его определению.

Первый подход заключается в узком толковании насилия. Так, В. И. Симонов рассматривает насилие как способ совершения преступления и определяет его как осознанное применение физической силы для нарушения телесной неприкосновенности другого лица, помимо его воли либо вопреки ей, или угрозы совершения насильственных действий.<sup>1</sup>

Второй подход характеризуется более широким толкованием этой категории. Л. Д. Гаухман под физическим насилием понимает противоправное воздействие на организм другого человека, включая и воздействие путем введения в организм любым способом отравляющих,

\* Котельникова Екатерина Александровна — к. ю. н., преподаватель кафедры уголовного, уголовно-исполнительного права и криминологии Пермского филиала Нижегородской академии МВД России.

\*\* Шумихин Владимир Григорьевич — к. ю. н., доцент кафедры уголовного, уголовно-исполнительного права и криминологии Пермского филиала Нижегородской академии МВД России.

© Е. А. Котельникова, В. Г. Шумихин, 2008

<sup>1</sup> Симонов В. И., Шумихин В. Г. Преступное насилие: понятие, характеристика и квалификация насильственных посягательств. Пермь, 1992. С. 34.

сильнодействующих веществ, а, соответственно, под угрозой применения насилия — воздействие на психическую сферу человека, выражающееся в запугивании его применением физического насилия.<sup>2</sup>

Третий подход состоит в широком понимании насилия как физического, так и психического воздействия на другого человека.<sup>3</sup> Причем некоторые авторы относят к насилию психическое воздействие (оскорбление, клевета) и интеллектуальное насилие (превышение должностных полномочий, незаконный арест и задержание),<sup>4</sup> фактически отождествляя термины «насилие» и «воздействие». При таком подходе можно признать насильственными подавляющее большинство преступлений, предусмотренных УК РФ. Тенденция более широкого понимания насилия сформировалась под воздействием многих факторов, в частности изменений в социально-экономической жизни России, внедрения в сознание россиян западной идеологии прав человека и других факторов. Очевидно влияние западных правовых систем, в частности англосаксонского права. Так, в уголовном законодательстве США насилие понимается как применение или попытка применения физической силы или угрозы применения физической силы в отношении не только человека, но и имущества.<sup>5</sup>

Первый подход к понятию насилия, который воспринят и находит отражение в правоприменении, представляется наиболее последовательным.<sup>6</sup> Он позволяет четко очертить две формы насилия: физическое и психическое. Физическое насилие — это осознанное противоправное использование физической силы для нарушения телесной неприкосновенности другого человека помимо его воли или вопреки ей. Например, физическим насилием может считаться введение в организм другого человека одурманивающих, сильнодействующих или ядовитых веществ только насильственным путем. Очевидно, что введение таких веществ в организм потерпевшего обманным путем не может расцениваться как насилие.<sup>7</sup>

Иную позицию занимает Р. Д. Шарапов. Он отождествляет понятия физического насилия и физического воздействия.<sup>8</sup> Несомненно, понятие физического воздействия включает в себя любые виды энергетического воздействия на человека, но ставить знак равенства между этими понятиями нельзя. Так, заражение другого лица венерическим заболеванием

<sup>2</sup> Гаухман Л. Д. Насилие как средство совершения преступления. М., 1974. С. 56.

<sup>3</sup> *Насильственная преступность* / под ред. В. Н. Кудрявцева и А. В. Наумова. М., 2002. С. 107—110; Сердюк Л. В. Насилие: уголовно-правовое и криминологическое исследование. М., 2002. С. 69.

<sup>4</sup> См., напр.: Голенев А. В. О проблеме насилия в праве // Законность в борьбе с преступностью на региональном уровне. Матер. междунар. науч.-практич. конф. Ч. 2. М., 1999. С. 286—291.

<sup>5</sup> *Современное зарубежное уголовное право*. В 2 т. Т. 2. М., 1998. С. 472.

<sup>6</sup> Симонов В. И., Шумихин В. Г. Преступное насилие... С. 45.

<sup>7</sup> Пленум Верховного Суда РФ занял, по нашему мнению, ошибочную позицию, рекомендуя приравнивать к насилию введение в организм потерпевшего одурманивающих, сильнодействующих, наркотических веществ путем обмана (*Постановление* Пленума Верховного Суда РФ от 27 декабря 2002 г. № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2002. № 2. С. 12).

<sup>8</sup> Шарапов Р. Д. Физическое насилие в уголовном праве. СПб., 2001. С. 172.

при добровольном половом сношении не образует физического насилия над потерпевшим, но, безусловно, будет расцениваться как причинение вреда здоровью потерпевшего путем физического воздействия (ст. 121 УК РФ).

Под психическим насилием следует понимать запугивание другого человека применением физической силы с целью подавления его сопротивления и подчинения его воли. Отдельные авторы, вопреки сложившейся судебной практике, пытаются дать широкое определение психического насилия. Так, Л. В. Сердюк полагает, что к психическому насилию можно отнести угрозы не только применить физическую силу, но и огласить неприятную для потерпевшего информацию и др.<sup>9</sup> Ученый, по сути, отождествляет понятие психического насилия с понятием психического воздействия, хотя понятие «воздействие» гораздо шире понятия «насилие».

Насилие может быть вооруженным. При этом вооруженное насилие может выступать как физическое насилие, когда преступник непосредственно применяет огнестрельное оружие, предметы, используемые в качестве оружия, что несет вред здоровью потерпевшего или смерть. Оно может проявляться и в форме психического насилия в случаях, когда преступник угрожает применением оружия, демонстрируя намерения использовать его. В той и другой форме вооруженное насилие обладает высокой общественной опасностью, угрожая жизни и здоровью человека.

Физическое и психическое насилие есть нормативный признак преступлений, закрепленных в ст. 131 и 132 УК РФ.

В данном случае насилие является способом совершения преступления, способом преодоления сопротивления потерпевшего, способом установления и осуществления контроля над ним.

Немаловажно также, на наш взгляд, разграничивать насилие как процесс (действие) и как результат насильственного воздействия, который по сути своей насилием не является, а выражается в определенных преступных последствиях. В первом случае насилие должно иметь такую интенсивность, чтобы быть достаточным для подавления сопротивления и воли потерпевшего. Во втором случае наличествует результат насильственного воздействия на организм потерпевшего, который может выражаться в причинении легкого и средней тяжести вреда здоровью, заражении венерическим заболеванием или ВИЧ-инфекцией.

Кроме физического насилия в законе закреплен и признак психического насилия, которое должно выражаться в запугивании другого человека применением физической силы с целью подавления его сопротивления и подчинения его воли. Исходя из признаков ст. 131 и 132 УК РФ, угроза применения физической силы может быть направлена не только на непосредственно потерпевшего, но и на другое лицо, однако цель ее остается прежней. На сегодняшний день вопрос о двух видах угрозы насилием в зависимости от времени ее реализации является дискуссионным.

<sup>9</sup> См., напр.: Сердюк Л. В. Насилие: уголовно-правовое и криминологическое исследования. С. 79.

Мы не разделяем позицию некоторых авторов и Пленума Верховного Суда РФ об ограниченном толковании угрозы как угрозы немедленного применения насилия.<sup>10</sup> Этот подход подвергнулся в литературе обоснованной критике: в большей степени соответствующей букве закона является точка зрения, согласно которой угроза насилием в составах преступлений, предусмотренных ст. 131 и 132 УК РФ, предполагает не только наличную угрозу, но и угрозу применения насилия в будущем.<sup>11</sup> Не повторяя приведенные в литературе аргументы, следует подчеркнуть, что определяющим признаком в понятии угрозы применения насилия является не ее наличность, а ее реальность, т. е. реальная возможность причинения вреда потерпевшему или его близким. Реальность угрозы, как указано в ст. 119 УК РФ, означает достаточность оснований опасаться ее осуществления. Поэтому угроза применения насилия в будущем (он) может не оставить выбора потерпевшей (потерпевшему), если она (он) осознает невозможность нейтрализации этой угрозы. Общественная опасность угрозы применения насилия в будущем столь же велика, как и угрозы немедленного применения насилия, тем более что моментом, определяющим степень ее опасности, всегда выступает интенсивность психического насилия. Например, насильник требует совершить с ним половой акт и угрожает потерпевшей завтра убить ее ребенка. Потерпевшая осознает, что не сможет уберечь ребенка и насильник может в будущем в любой момент исполнить угрозу. В сравнении с этим менее опасной может быть наличная угроза причинения потерпевшей физической боли или побоев.

В психологическом аспекте восприятие угрозы насилием в будущем как реальной вызывает те же эмоции страха, испуга и ужаса, которые способны не только подавить волю потерпевшей, но и причинить психическую травму.

Таким образом, определяющие критерии разграничения состоят в том, что при *насильственном посягательстве*: 1) в момент посягательства существует реальная (как наличная, так и направленная в будущее) угроза применения физической силы к потерпевшему либо его близким; 2) воля потерпевшего в такой степени подчинена воле виновного, что потерпевший в момент посягательства не может действовать свободно. При *противоправном воздействии* эти критерии отсутствуют.

В контексте рассматриваемого вопроса варианты противоправного воздействия содержатся в ст. 133 УК РФ. К ним относятся шантаж, т. е. угроза распространения компрометирующих сведений или разоблачения

<sup>10</sup> Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2004 г. № 11 «О судебной практике по делам о преступлениях, предусмотренных ст. 131 и 132 Уголовного кодекса Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 8. С. 4 (п. 11); Наумов А. В. Российское уголовное право. Курс лекций. В 2 т. Т. 2. М., 2004. С. 130; Уголовное право Российской Федерации. Особенная часть. Учебник / под ред. Л. В. Иногамовой-Хегай, А. И. Рарога, А. И. Чугасва. М., 2005. С. 103.

<sup>11</sup> Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Расширенный уголовно-правовой анализ / под общ. ред. В. В. Мозякова. 2-е изд. М., 2003. С. 247; Шаранов Р. Д. Вопросы квалификации преступных угроз // Уголовное право. 2006. № 1. С. 58–62.



потерпевшего,<sup>12</sup> угрозой уничтожением, повреждением или изъятием имущества либо использованием материальной или иной зависимости потерпевшего (потерпевшей).

Доктринальное толкование признака использования материальной или иной зависимости потерпевшего (потерпевшей), существующее несколько десятилетий, необоснованно ограничивает его содержание. Суть данного толкования заключается в том, что не образует состава понуждения предложение вступить в половую связь или удовлетворить половую страсть в иной форме, соединенное с обещанием за это каких-либо выгод, *ибо в таком случае поведение самой потерпевшей противоречит нормам социалистической морали.*<sup>13</sup> Большинство авторов современных учебников и комментариев УК РФ повторяют эти положения.<sup>14</sup> Однако очевидно, что использовать зависимое положение потерпевшего можно не только примитивным путем, угрожая ухудшить его жизненное положение, но и путем искушения потерпевшего — посулами различных благ, которые ему недоступны в силу его жизненных условий. Уголовный закон должен быть на стороне жертвы, а не искушителя. Именно такова позиция законодателя: наказывается лицо, склоняющее другое к потреблению наркотиков, вовлекающее несовершеннолетнего в совершение преступления, занятия проституцией, в совершение антиобщественных действий и т. д. Поэтому составом понуждения к действиям сексуального характера охватываются, на наш взгляд, любые искушающие потерпевшего действия лица, от которого потерпевший материально или другим образом зависит. Например, образуют состав этого преступления действия лица, предлагающего подчиненной ему по работе женщине вступить с ним в сексуальные отношения и обещающего ей за это увеличить зарплату в несколько раз.

Таким образом, при преступном воздействии в рамках ст. 133 УК РФ понуждение в форме угрозы или искушения при использовании материальной или иной зависимости потерпевшего равны по степени общественной опасности. В обоих случаях происходит такое влияние на волю потерпевшего, при котором он не может в полной мере поступать в соответствии со своими намерениями, вследствие чего нарушается его половая свобода и, кроме того, возникает угроза причинения существенного вреда иным охраняемым уголовным законом интересам.

Особое внимание, на наш взгляд, следует уделять вопросам разграничения изнасилования либо совершения насильственных действий сексуального характера в отношении малолетнего или несовершеннолетнего

<sup>12</sup> *Большой толковый словарь русского языка* / сост. и гл. ред. С. А. Кузнецов. СПб., 2000. С. 1490; *Жданухин Д. Ю.* Уголовно-правовая характеристика шантажа. Автореф. дис. ... к. ю. н. Екатеринбург, 2005. С. 19; *Уфалов А. П.* Проблемы совершенствования уголовно-правового регулирования ответственности за вымогательство и шантаж. Автореф. дис. ... к. ю. н. Саратов, 2003. С. 25.

<sup>13</sup> См., напр.: *Советское уголовное право. Часть особенная. Учебник* / под ред. М. И. Ковалева. М., 1983. С. 155.

<sup>14</sup> См., напр.: *Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации с постановочными материалами и судебной практикой* / под общ. ред. С. И. Никулина. М., 2000. С. 379–380; *Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации* / под ред. В. И. Радченко. М., 2000. С. 273–274.

потерпевшего и совершения добровольного полового сношения с лицом, не достигшим 16 лет, или совершения с ним иных действий сексуального характера.

Безусловно, имеет значение возрастной критерий, однако следует отметить, что для квалификации данных преступлений значительную роль играет внутреннее, психическое отношение потерпевшего к совершаемым в отношении него действиям. Поэтому в каждом случае суд и органы предварительного следствия должны назначать судебную психолого-психиатрическую экспертизу, целью которой является установление психологического отношения потерпевшего к совершаемым в отношении него противоправным действиям. При производстве такого рода экспертиз, на наш взгляд, важно учитывать следующие качества личности несовершеннолетнего: уровень его развития, наличие жизненного опыта, достаточность осведомленности в социальных и морально-этических аспектах сексуальных отношений, способность в полной мере понимать характер и значение совершаемых с ним действий, способность оказать сопротивление и выразить свою волю. Выводы эксперта в совокупности с другими доказательствами должны быть положены в основу квалификации содеянного.

При совершении действий, указанных в ст. 134 УК РФ, необходимо добровольное согласие потерпевшего, т. е. уровень его психического развития и социальной адаптации должен быть достаточным для принятия подобного решения. Отсутствие же этих качеств у потерпевшего свидетельствует о его беспомощном состоянии и влечет ответственность виновного по ст. 131 или 132 УК РФ.

Следовательно, уровень психического развития и восприятия потерпевшего может являться одним из критериев разграничения насильственных и ненасильственных преступлений против половой неприкосновенности. Важно также, что, исходя из всех обстоятельств преступления, виновный должен осознавать наличие либо добровольности со стороны потерпевшего, либо беспомощного его состояния.

Еще одна проблема квалификации рассматриваемой категории дел, на наш взгляд, заключается в отграничении развратных действий от иных насильственных действий сексуального характера. Прежде всего, необходимо указать объективные критерии разграничения ст. 132 и 135 УК РФ.

Необходимо отметить, что развратные действия не должны сопровождаться применением насилия, но могут сопровождаться физическим воздействием с добровольного согласия потерпевшего. Так, прикосновения к телу и одежде потерпевшего, ограничение или лишение его свободы передвижения, совершенные вопреки его воле, в случаях, когда он не мог ее выразить в силу возраста, обстановки преступления или особенностей психического развития, следует считать применением физического воздействия в отношении лица, находящегося в состоянии беспомощности, а действия виновного необходимо квалифицировать по ст. 132 УК РФ.

Данный признак в ряде случаев является основополагающим при разграничении состава преступления, предусмотренного ст. 135 УК РФ, и иных преступлений против половой неприкосновенности и половой свободы. Однако полная уголовно-правовая оценка может быть дана

лишь с учетом характера совершаемых действий в отношении потерпевшего.

По нашему мнению, варианты совершения развратных действий можно разделить на *две группы*: связанные с нарушением телесной неприкосновенности ребенка и не связанные с нарушением таковой.

К первой группе относятся такие действия, совершаемые виновным, в процессе которых происходит воздействие на интимные части тела ребенка, не связанное с половым сношением и действиями сексуального характера. В этих случаях при совершении развратных действий удовлетворение половой страсти не носит характера полового сношения с потерпевшим в любой форме и обстоятельства дела свидетельствуют о том, что насилие к потерпевшему не применялось. Действия виновных при указанных обстоятельствах должны быть квалифицированы по ст. 135 УК РФ.

Развратные действия по объективным признакам не совпадают с половым сношением или действиями сексуального характера; они имеют более низкую степень интенсивности противоправного сексуального поведения. Поэтому нельзя признать развратными действиями любые действия виновного, имитирующие половое сношение (например, мастурбация потерпевшего, введение во влагалище потерпевшей или заднепроходное отверстие потерпевшего различных предметов, пальцев рук). Указанные случаи имеют более высокую степень общественной опасности, и их необходимо квалифицировать как иные действия сексуального характера.

Ко второй группе относятся такие развратные действия, при совершении которых в большей степени нарушается нормальное психологическое развитие потерпевшего, пробуждается нездоровый сексуальный интерес, половое влечение.

До настоящего времени в юридической литературе изучению вопроса разграничения преступных и не преступных форм удовлетворения сексуальных потребностей, сопровождающихся применением физической силы, не было уделено достаточно внимания.

Так, возникает проблема квалификации действий лица, причиняющего при сексуальном контакте по взаимному добровольному согласию физическую боль или совершающего иное физическое воздействие на партнера, которое влечет за собой вред здоровью последнего. С внешней стороны такие действия совпадают с объективной стороной преступлений, предусмотренных ст. 131 и 132 УК РФ. Однако внутренняя сторона таких поступков значительно отличается от субъективной стороны указанных преступлений.

Представляется необходимым установить четко определенные рамки действия норм уголовного закона в сфере реализации права человека на половую свободу. По нашему мнению, критерии правомочности здесь следующие: во-первых, добровольный характер самого сексуального контакта, во-вторых, добровольность в выборе способа удовлетворения сексуальных потребностей и, в-третьих, отсутствие общественно-опасных последствий.

Раскрывая содержание указанных критериев, необходимо отметить, что они в совокупности должны относиться к обеим сторонам сексуального

## ПРЕСТУПЛЕНИЯ ПРОТИВ ПОЛОВОЙ СВОБОДЫ И НЕПРИКОСНОВЕННОСТИ

КОТЕЛЬНИКОВА Е. А., ШУМИХИН В. Г.

контакта и обе стороны должны достоверно знать о наличии обоюдного добровольного согласия (например, предварительная договоренность, длительные сексуальные отношения и др.). Данные положения относятся только к действиям партнеров, обладающих половой свободой, т. е. лиц, достигших 18 лет.

Указанные действия не несут в себе общественной опасности и не являются преступлением только тогда, когда в результате их совершения не наступают последствия в виде причинения вреда, опасного для жизни и/или здоровья, либо смерти человека. При наличии таких последствий действия виновного образуют преступление и квалифицируются как неосторожное деяние против жизни или здоровья человека.

## СПЕЦИАЛЬНЫЙ ТРИБУНАЛ ПО ЛИВАНУ: ОСОБЕННОСТИ КОМПЕТЕНЦИИ И ОРГАНИЗАЦИОННОЙ СТРУКТУРЫ

И. С. МАРУСИН



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

30 мая 2007 г. Совет Безопасности ООН по инициативе США, Франции, Великобритании принял резолюцию № 1757, предусматривающую вступление в силу с 10 июня 2007 г. договора между ООН и правительством Ливана о создании нового международного судебного органа — Специального трибунала по Ливану.<sup>1</sup> При внешней схожести Специального трибунала с другими международными уголовными судебными учреждениями, созданными при участии ООН, — международными трибуналами по бывшей Югославии и Руанде, Международным уголовным судом, Специальным судом по Сьерра-Леоне, — этот новый международный орган имеет целый ряд отличий, которые и являются предметом рассмотрения в данной работе.

Необычным является уже сам порядок создания Специального трибунала. Еще 29 марта 2006 г. Совет Безопасности ООН своей резолюцией № 1664 поручил Генеральному секретарю ООН подготовить соглашение с правительством Ливана об учреждении Специального трибунала. По итогам переговоров такое соглашение было подписано сторонами 23 января и 6 февраля 2007 г. Однако правительство Ливана, не пользующееся полной поддержкой в парламенте страны, не смогло обеспечить его ратификацию. Поэтому 30 мая 2007 г. Совет Безопасности 10 голосами «за» при 5 воздержавшихся (включая Россию и Китай), ссылаясь на свои полномочия по главе VII Устава ООН, принял резолюцию № 1757, предусматривавшую вступление в силу данного соглашения с 10 июня 2007 г., даже если парламент Ливана и не ратифицирует его до этой даты. Тем самым процесс создания Специального трибунала по Ливану отличается и от процесса создания международных трибуналов по бывшей

© И. С. Марусин, 2008

<sup>1</sup> Резолюция Совета Безопасности ООН S/Res/1757 (2007). К резолюции прилагается Устав Трибунала.

Югославии и Руанде, которые учредил в одностороннем порядке Совет Безопасности ООН своими резолюциями без всяких предварительных соглашений с государствами, на которые распространялась юрисдикция создаваемых международных органов, и от процесса создания Специального суда по Сьерра-Леоне, который был учрежден только на основе соглашения между правительством этой страны и ООН, ратифицированного и вступившего в силу должным образом. Международный уголовный суд был создан по соглашению между государствами-участниками.

Основным отличием Специального трибунала по Ливану от других международных судебных органов является круг деяний, подпадающих под его компетенцию. Юрисдикция ранее созданных международных уголовных судебных учреждений достаточно схожа. Так, в соответствии со ст. 5 Статута Международного уголовного суда он призван преследовать геноцид, преступления против человечности, военные преступления и агрессию. Главной задачей международных трибуналов по бывшей Югославии и Руанде является осуществление судебного преследования лиц, ответственных за серьезные нарушения международного гуманитарного права, совершенные на территории бывшей Социалистической Федеративной Республики Югославии и на территории Руанды. Серьезными нарушениями международного гуманитарного права в соответствии с Уставами Трибуналов являются: геноцид, преступления против человечности, серьезные нарушения Женевских конвенций 1949 г. (в Уставе Трибунала по Руанде они указаны как нарушения ст. 3, общей для Женевских конвенций и Дополнительного протокола II 1977 г.). Кроме того, Устав Трибунала по бывшей Югославии добавляет к этому перечню нарушение законов и обычаев войны.<sup>2</sup>

Если определение геноцида, даваемое в Статуте Международного уголовного суда, в основном совпадает с определением геноцида в уставах международных трибуналов по бывшей Югославии и Руанде и восходит к Конвенции о предупреждении преступления геноцида и наказании за него от 9 декабря 1948 г.,<sup>3</sup> то в трактовке военных преступлений в уставах этих судебных учреждений существуют определенные отличия.

Военные преступления, подпадающие под юрисдикцию Международного уголовного суда, подразделяются Статутом на две основные группы: преступления, совершенные в ходе вооруженного конфликта международного характера, и преступления, совершенные в ходе вооруженного конфликта немеждународного характера в нарушение положений Женевских конвенций 1949 г. и иных законов и обычаев войны,

<sup>2</sup> О квалификации этих преступлений см.: *Адельханян Р. А.* Военные преступления в современном праве. М., 2003; *Белый И. Ю.* Международное преследование военных преступлений. М., 2004; *Currat Ph.* Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale international. Geneve — Zurich — Bale, 2006; *Kress C.* The crime of genocide under international law // *International criminal law review.* 2006. № 4. P. 261—502; *Meseko S.* Der Tatbestand der Verbrechen gegen die Menschlichkeit nach dem Römischen Statut für den Internationalen Strafgerichtshof. Berlin, 2004.

<sup>3</sup> *Действующее* международное право. В 3 т. / сост. Ю. М. Колосов, Э. С. Кривчикова. Т. 2. М., 1997. С. 68—71.

установленных в международном праве.<sup>4</sup> Международный уголовный суд вправе преследовать такие преступления против покровительствуемых согласно Женевским конвенциям 1949 г. лиц, как, например, их убийства, пытки, причинение тяжких телесных или психических повреждений, принуждение к службе во вражеских вооруженных силах, незаконная депортация, взятие в заложники. Под юрисдикцию Суда также подпадают вооруженное нападение на гражданских лиц и гражданские объекты, не вызванное военной необходимостью разрушение гражданских зданий и памятников истории и культуры, разграбление населенных пунктов, использование ядовитых газов и иных видов оружия, причиняющих излишние страдания.<sup>5</sup>

В Уставе Трибунала по бывшей Югославии подобные деяния подразделяются на два различных преступления: нарушение законов и обычаев войны и серьезные нарушения Женевских конвенций 1949 г. В качестве примеров нарушения законов и обычаев войны в Уставе выделены следующие действия: применение отравляющих веществ и других видов оружия, предназначенных для причинения излишних страданий, разрушение и разорение городов и иных населенных пунктов, не оправданное военной необходимостью, нападение на незащищенные населенные пункты или здания и их обстрел, захват, разрушение или умышленное повреждение культурных, благотворительных, учебных, художественных и научных учреждений, исторических памятников, художественных и научных произведений, разграбление общественной и частной собственности.

Серьезными нарушениями Женевских конвенций 1949 г. Устав Трибунала по бывшей Югославии считает: совершение против лиц и имущества, находящихся под защитой Женевских конвенций 1949 г., таких действий, как умышленное убийство, пытки и бесчеловечное обращение, включая биологические эксперименты, умышленное причинение тяжких страданий или серьезного увечья или нанесение ущерба здоровью, незаконное, произвольное и производимое в большом масштабе разрушение и присвоение имущества, не вызываемое военной необходимостью, умышленное лишение военнопленных или гражданских лиц права на беспристрастное судопроизводство, незаконное депортирование или арест гражданских лиц, взятие заложников.

Устав Трибунала по Руанде содержит иной примерный перечень серьезных нарушений Женевских конвенций. Это убийства, пытки, нанесение увечий, жестокое обращение с арестованными, иные формы

<sup>4</sup> С. А. Лобанов указывает, что Статут Международного уголовного суда впервые расширил юрисдикцию международного судебного органа на военные преступления, совершенные в рамках вооруженного конфликта немеждународного характера (*Лобанов С. А. Кодификация международных преступлений и проблемы прав человека // Московский журнал международного права. 1998. Спец. выпуск. С. 112*). Аналогичную точку зрения высказал и американский ученый Д. Робинсон (*Robinson D. Defining crimes against humanity at the Rome conference // American journal of international law. 1999. № 1. P. 56*).

<sup>5</sup> О становлении и развитии понятия «военные преступления» см.: *Dormann K. Elements of war crimes under the Rome Statute of the ICC. Cambridge, 2002. P. 17–127; Rowe P. War crimes // The permanent International Criminal Court. Oxford and Portland, 2004. P. 203–230.*

посягательства на их жизнь и здоровье, применение коллективных наказаний, взятие заложников, акты запугивания, посягательство на человеческое достоинство, в частности оскорбительное и унижающее обращение, изнасилования, мародерство, осуждение и применение наказания без предварительного судебного решения, вынесенного надлежащим образом учрежденным судом.

Еще одно отличие в компетенции Международного уголовного суда и международных трибуналов по бывшей Югославии и Руанде состоит в предоставлении Суду права привлекать физических лиц к ответственности за агрессию. При этом, как известно, определения агрессии как преступления, совершаемого физическими лицами, его Статут не дает.<sup>6</sup> Оно должно быть дано через 7 лет после вступления Статута в силу (в 2009 г.) в порядке, предусмотренном для всех иных изменений Статута, — т. е. после утверждения данного определения на Ассамблее государств-участников и последующей его ратификации государствами-участниками. При рассмотрении вопроса об определении агрессии на Римской конференции 1998 г. столкнулись две основные позиции: ряд государств хотели дать четкие признаки состава этого преступления, в то время как часть постоянных членов Совета Безопасности ООН считали, что агрессией можно считать лишь действия, квалифицированные в качестве таковых Советом Безопасности.<sup>7</sup> Сейчас основные разногласия по этому вопросу можно свести к следующим: 1) можно ли расширить перечень актов, признаваемых агрессией, по сравнению с уже существующим; 2) может ли Суд считать какое-либо деяние агрессией, даже если Совет Безопасности ООН не определил его как таковое.<sup>8</sup>

Специальный суд по Сьерра-Леоне был создан почти через 10 лет после учреждения международных трибуналов по бывшей Югославии и Руанде, в 2002 г., но вопрос о пределах его компетенции разрешен в его Уставе сходным образом. Особенность Специального суда состоит в том, что преступления, подпадающие под его юрисдикцию, можно разделить на 2 группы: нарушения международного гуманитарного права и нарушения законов Сьерра-Леоне. К первой группе относятся преступления против человечности, нарушения ст. 3, общей Женевским конвенциям о защите жертв войны 1949 г. и Дополнительному протоколу II к ним 1977 г., а также иные серьезные нарушения международного гуманитарного права. Ко второй группе преступлений (нарушения законов Сьерра-Леоне) относятся развратные действия в отношении девочек моложе 14 лет и похищение девочки в аморальных целях, запрещенные Актом 1926 г. о предотвращении жестокости по отношению к детям, а также

<sup>6</sup> *Schabas W. A.* The unfinished work of defining aggression // The permanent International Criminal Court. Oxford; Portland, 2004. P. 123–141.

<sup>7</sup> *Arsanjani M. H.* The Rome Statute of the ICC // American journal of international law. 1999. № 1. P. 29. — О разногласиях по этому вопросу в Подготовительном комитете Международного уголовного суда см. также: *Колодкин Р. А.* О Международном уголовном суде // Российский ежегодник международного права (далее — РЕМП). 1996–1997. СПб., 1998. С. 231–232.

<sup>8</sup> *Hartstein R.* Materielles Völkerstrafrecht // Völkerstrafrecht. Osnabrück, 2007. S. 120; *Hummrich M.* Die völkerrechtliche Strafbestand der Aggression. Baden-Baden, 2001. S. 171.



умышленный поджог жилых домов, общественных и иных зданий, запрещенный Актом о злонамеренном причинении вреда 1861 г. И. Ю. Белый справедливо отмечает, что Устав Специального суда по Сьерра-Леоне впервые распространяет юрисдикцию международного судебного органа на деяния, которые не являются серьезными нарушениями международного гуманитарного права.<sup>9</sup>

Вопрос о компетенции Специального трибунала по Ливану разрешен совершенно по-другому, чем в ранее созданных международных уголовных судебных учреждениях. Юрисдикция Трибунала распространяется на лиц, виновных не в серьезных нарушениях международного гуманитарного права на определенной территории в течение определенного времени, а в совершении одного-единственного преступления — покушения на бывшего премьер-министра Ливана Рафика Харири, совершенного 14 февраля 2005 г. и приведшего к его гибели, а также к гибели и ранениям других лиц. Если Трибунал выяснит, что иные покушения, совершенные в Ливане между 1 октября 2004 г. и 12 декабря 2005 г., связаны с преступлением 14 февраля 2005 г. и по своей тяжести и природе аналогичны этому преступлению, то он вправе также привлечь к ответственности лиц, виновных и в этих преступлениях.

При этом нельзя сказать, что убийства видных политических деятелей являются чем-то уникальным в современной истории. Так, в 1963 г. был убит президент США Джон Кеннеди, в 1982 г. в результате взрыва погиб президент Ливана Башир Жмайель, в 1986 г. был убит премьер-министр Швеции Улоф Пальме, в 2008 г. была убита бывший премьер-министр Пакистана Беназир Бхутто. Тем не менее Совет Безопасности ООН счел необходимым создать специальный международный судебный орган лишь для расследования убийства Рафика Харири.

Объяснение этому следует искать не в юридических, а в политических различиях этих преступлений. Правительство США выступает с предложением о создании нового международного уголовного суда или не блокирует это предложение только в том случае, если в преступлениях, которые предполагается преследовать в новом международном органе, можно обвинить недружественное США государство или правительство (в случае с убийством Р. Харири — Сирию). Президент Пакистана П. Мушарраф был верным союзником США, а потому выяснять на международном уровне обстоятельства убийства лидера оппозиции П. Мушаррафу Беназир Бхутто у правительства США желания не возникло.

Очевидно, что США считают международные уголовные судебные учреждения одним из орудий своей внешней политики, одним из средств оказания давления на не подчиняющиеся им государства и их руководителей. Наглядным примером этому является деятельность Международного трибунала по бывшей Югославии, главное внимание сосредоточившего лишь на действиях одной стороны конфликта — сербской, и при этом либо просто «не замечающего», либо оправдывающего любые действия союзников США в гражданских войнах в бывшей Югославии — боснийских мусульман (дело Н. Орича) или косовских албанцев (дело Р. Харадиная). К сожалению, время не подтвердило высказанное в 1995 г. мнение

<sup>9</sup> *Белый И. Ю.* Международное преследование военных преступлений. М., 2004. С. 28.

И. П. Блищенко о том, что создание Трибунала по бывшей Югославии свидетельствует о готовности ООН обеспечить всеми имеющимися в ее распоряжении средствами верховенство права.<sup>10</sup> Не только и не столько о верховенстве права заботятся правительства государств, предложившие создать в 1993 г. Трибунал по бывшей Югославии или теперь Специальный трибунал по Ливану.

По кругу лиц юрисдикция Специального трибунала распространяется на всех лиц, которые участвовали в совершении данного преступления, независимо от их гражданства. Благодаря заключению специального соглашения между правительством Ливана и ООН Специальный трибунал не становится вспомогательным органом ООН и не финансируется из бюджета ООН,<sup>11</sup> но благодаря наличию резолюции Совета Безопасности № 1757 о его введении в действие его юрисдикция распространяется на граждан всех государств-членов ООН, а не только государства — участника соглашения — Ливана.

Одно из существенных отличий между уставами международных трибуналов по бывшей Югославии и Руанде и Статутом Международного уголовного суда состоит в том, что уставы Трибуналов не предусматривают никаких оснований для освобождения от ответственности, таких, в частности, как несовершеннолетие или невменяемость подсудимого. При рассмотрении в Трибунале по бывшей Югославии дела о концентрационном лагере в Челебичи один из подсудимых, Э. Ланджо, был признан экспертами душевнобольным, однако Судебная палата не признала, что это существенно повлияло на его действия, и приговорила его к 15 годам лишения свободы. Статьи 26 и 31 Статута Международного уголовного суда устанавливают, что ответственности в нем не подлежат лица моложе 18 лет. Лица, психическое состояние которых не позволяло им отдавать отчет в своих действиях, а также лица, действовавшие в состоянии необходимой обороны или крайней необходимости, могут быть освобождены от ответственности.

Устав Специального трибунала по Ливану, следуя за уставами трибуналов по бывшей Югославии и Руанде, ничего не говорит об основаниях освобождения от ответственности. При этом в ст. 2 Устава в качестве применяемого Трибуналом права указывается Уголовный кодекс Ливана, так что хочется надеяться, что его положения смогут исполнить в этом вопросе очевидные недостатки международного акта.

Принципиально важный вопрос для любого международного уголовного суда — это вопрос о разграничении его юрисдикции с национальными судами. Так, много споров вызвало положение Статута Международного уголовного суда (п. 10 Преамбулы и ст. 1) о том, что юрисдикция Суда имеет дополнительный характер по отношению к юрисдикции государств. По мнению бельгийского ученого Э. Давида эти нормы ставят Суд в зависимое положение по отношению к государствам.<sup>12</sup> Однако, скорее, следует

<sup>10</sup> *Международное уголовное право* / под ред. В. Н. Кудрявцева. М., 1995. С. 151.

<sup>11</sup> Расходы на содержание Специального трибунала согласно ст. 5 Соглашения между ООН и правительством Ливана распределяются следующим образом: 49 % — за счет правительства Ливана, 51 % — за счет добровольных взносов иных государств.

<sup>12</sup> Давид Э. Будущее Международного уголовного суда // РЕМП. 2000. Спец. выпуск. СПб., 2000. С. 59.

согласиться с мнением С. А. Лобанова, поддерживающим эту норму Статута и отмечающим, что в противном случае — т. е. если Международный уголовный суд должен был бы привлекать к ответственности всех лиц, совершающих в государствах-участниках деяния, подпадающие под его юрисдикцию, — он был бы переполнен делами и не смог бы должным образом функционировать.<sup>13</sup> Представляется, что позиция Э. Давида базируется на неверном представлении о роли международных уголовных судов как таковых. Они не призваны и не в состоянии заменить национальные судебные системы. Они призваны именно дополнять национальные суды и заменять их в тех случаях, когда национальная юстиция по тем или иным причинам не в состоянии отправлять правосудие. Однако «дополнять» не значит «подчиняться», и в случае возникновения спора о подсудности между Международным уголовным судом и государством именно Международный уголовный суд будет принимать окончательное решение.

Устав Специального трибунала по Ливану в данном вопросе следует за уставами международных трибуналов по бывшей Югославии и Руанде, которые исходят из примата международной юстиции над национальной.<sup>14</sup> Статья 4 Устава Трибунала предусматривает, что в течение двух месяцев после учреждения Службы Обвинителя Специального трибунала национальные правоохранительные органы Ливана должны передать ей все материалы расследования по делу об убийстве Р. Харири. Задержанные по данному делу лица должны быть также переданы в распоряжение Специального трибунала. При этом лицо, осужденное по данному делу каким-либо национальным судом, может быть впоследствии привлечено к ответственности Специальным трибуналом, если, по его мнению, судопроизводство не было объективным, беспристрастным и имело целью укрыть обвиняемого от ответственности.

Согласно ст. 1 Устава Специального трибунала к преследуемым им преступлениям он должен применять нормы Уголовного кодекса Ливана, относящиеся к терроризму и преступлениям против жизни и здоровья, а также Закон Ливана от 11 января 1958 г. об усилении ответственности за мятеж, гражданскую войну и межконфессиональную вражду. Тем самым, в отличие от других международных уголовных судебных учреждений, которые в своей деятельности руководствуются прежде всего нормами международного гуманитарного и международного уголовного права, Специальный трибунал по Ливану должен использовать нормы внутригосударственного уголовного права.

Организационная структура Специального трибунала по Ливану согласно ст. 7 его Устава включает судью по досудебному разбирательству, судебную палату, апелляционную палату, Обвинителя и его службу, секретариат и Службу по содействию защите. Таким образом, в Уставе Специального трибунала выделяется судья, разрешающий вопросы, возникающие

<sup>13</sup> Лобанов С. А. Международно-правовые аспекты судопроизводства по делам о военных преступлениях // Государство и право. 1998. № 5. С. 81.

<sup>14</sup> Graefrath B. Jugoslawien und internationale Strafgerichtsbarkeit // Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen / hrsg. von G. Henkel, G. Stuby. Hamburg, 1995. S. 301.

на досудебной стадии разбирательства дела. Такая должность существует и в международных трибуналах по бывшей Югославии и Руанде, но она предусмотрена их Правилами процедуры и доказывания, а не уставами. В Международном уголовном суде эти же функции выполняет Палата предварительного производства из трех судей.

Более важно то, что наряду со Службой Обвинителя (применительно к Международному уголовному суду ее именуют Канцелярией Прокурора) впервые в рамках международного уголовного судебного учреждения в Специальном трибунале по Ливану создается и специальная Служба содействия защите. Ее главу должен назначать Генеральный секретарь ООН (так же как и Обвинителя Специального трибунала). Служба содействия защите будет отвечать за составление списка возможных защитников подозреваемых и обвиняемых, а также оказывать необходимую помощь подозреваемым, обвиняемым и их адвокатам в сборе необходимых доказательств и материалов для осуществления защиты.

В международных трибуналах по бывшей Югославии и Руанде, в Международном уголовном суде, в Специальном суде по Сьерра-Леоне оказание содействия защите возложено наряду со множеством других обязанностей на секретаря соответствующего суда. Большинство исследователей отмечают очевидное неравенство в возможностях получения и сбора доказательств, существующее между обвинителем, которому помогает многочисленный аппарат сотрудников, и подозреваемым или обвиняемым, которому помогают лишь один или два адвоката.<sup>15</sup> Создание специальной службы содействия защите должно исправить этот институциональный перекос.

Как и в других международных судебных учреждениях, создаваемых на основе соглашения между ООН и соответствующим государством, часть судей назначается ООН, и часть — правительством Ливана. При этом ливанские судьи остаются в меньшинстве. Генеральный секретарь ООН назначает судью по досудебному разбирательству, двух судей в судебную палату, трех судей в апелляционную палату и двух запасных судей; правительство Ливана назначает одного судью в судебную палату, двух судей в апелляционную палату и одного запасного судью.

Специальный трибунал по Ливану является первым международным уголовным судебным учреждением, созданным для наказания лиц, виновных в одном-единственном преступлении. Хотя перед ним прямо и не ставится задача поддержания международного мира и содействия национальному примирению, нельзя забывать, что только для достижения этих целей Совету Безопасности и предоставлены полномочия по главе VII Устава ООН. Насколько уместным для этого средством было создание специального международного органа, может показать только время.

<sup>15</sup> *Harhoff F.* The role of the parties before international criminal courts in light of International Criminal Tribunal for Rwanda // International and national prosecution of crimes under international law / ed. H. Fischer, C. Kress, S. R. Luder. Berlin, 2001. P. 655; *Kirsch S.* The trial proceedings before the ICC // International criminal law review. 2006. № 2. P. 284; *Knowles Ph.* The power to prosecute: the Special Court for Sierra-Leone from defense prospective // Ibid. № 3. P. 413.

## КОНКУРСНЫЕ КРЕДИТОРЫ КАК СУБЪЕКТЫ КОНКУРСНОГО ПРАВА

К. Б. КОРАЕВ\*

Основными участниками конкурсных отношений являются конкурсные кредиторы. Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»<sup>1</sup> (далее — Закон о банкротстве) наделяет указанных субъектов широкими правами по сравнению с другими участниками конкурсного права. Однако, как представляется, правовой статус конкурсных кредиторов определяется прежде всего характером самих конкурсных отношений. Следовательно, до того как определить конкурсных кредиторов в качестве субъектов конкурсного права, необходимо выяснить правовую природу тех отношений, участниками которых они являются.

Вопрос о правовой природе конкурсных отношений остается дискуссионным. В зависимости от того, как исследователи отвечали на него, в науке сформировались две точки зрения (концепции). Первая концепция, представляющаяся более правильной, основывается на том, что конкурсное право — институт частного права, а именно гражданского права.<sup>2</sup> Другие авторы рассматривают конкурсное право в качестве комплексного правового института, развивающегося на стыке частного и публичного права.<sup>3</sup>

Для уяснения природы конкурсных правоотношений важен также вопрос о цели конкурсного права. В литературе данной проблеме уделяется значительное внимание.<sup>4</sup> Однако несмотря на это в науке не выработалось единого мнения.

\* Кораев Константин Борисович — аспирант СПбГУ.

© К. Б. Кораев, 2008

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

<sup>2</sup> Попондопуло В. Ф., Слепченко Е. В. Производство по делам о банкротстве в арбитражном суде. СПб., 2004. С. 28–49; Смирнов Р. Г. Природа правоотношения несостоятельности (банкротства). Дис. ... к. ю. н. СПб., 2004; Каримов А. А. Правовое регулирование несостоятельности индивидуального предпринимателя. Дис. ... к. ю. н. СПб., 1997. С. 53.

<sup>3</sup> Агеев А. Б. Банкротство в гражданском праве. Проблемы теории. Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 16; Бельх В. С. Концепция банкротства: законодательная модель и реальность // Российский юридический журнал. 1995. № 3. С. 13; Телюкина М. В. Конкурсное право. Теория и практика несостоятельности (банкротства). М., 2002. С. 10; Ярков В. В. Правовая природа и источники конкурсного производства // Арбитражный и гражданский процесс. 2002. № 11. С. 15.

<sup>4</sup> Пахаруков А. А. Телеологические аспекты института несостоятельности (банкротства) // Академический юридический журнал. 2006. № 2. С. 32–37; Телюкина М. В. Основы конкурсного права. М., 2004. С. 68–69; Химичев В. А. Защита прав кредитора при банкротстве. М., 2005. С. 7–22.

Определяя цель конкурсного права, необходимо учитывать, что она «должна быть единой, интегрирующей множество отдельных задач, в том числе задач отдельных конкурсных процедур банкротства».<sup>5</sup> По нашему мнению, один из основных недостатков существующих точек зрения о цели несостоятельности — то, что данные решения не являются объединяющей основой для различных процедур несостоятельности.

Как представляется, необходимость применения конкурсного права возникает тогда, когда в результате осуществления прав происходит их столкновение — такое сочетание прав, при котором осуществление одного исключает полностью или частично осуществление другого права.<sup>6</sup>

Конкуренция прав кредиторов при недостаточности имущества должника вызывает потребность в специальном правовом регулировании. Осуществление прав без ограничений, налагаемых специальным правовым режимом, может привести к негативным правовым последствиям, выражающимся в том, что одни кредиторы (те, что раньше предъявили требования к должнику) получают сполна, а требования других кредиторов останутся неудовлетворенными.<sup>7</sup>

В основе стечения прав кредиторов при банкротстве лежит единство объекта сталкивающихся прав. Однако подобные ситуации возникают не только при несостоятельности; например, когда одно имущество является объектом нескольких залоговых прав, мы также имеем дело со столкновением прав. Следовательно, необходимо выделить признаки, которые позволяли бы отграничивать случаи стечения прав кредиторов, требующие применения конкурсного права, от иных случаев. Думается, таким признаком выступает то, что объект стекающихся прав — имущество должника в целом, а не отдельные его части.

Другой специфичный признак столкновения прав кредиторов при несостоятельности — то, что в данном случае происходит стечение прав, имеющих разную отраслевую принадлежность, которая проявляет себя до момента возникновения конкурсных отношений и ликвидируется после их возникновения.

Итак, на наш взгляд, цель конкурсного права — разрешение столкновения прав кредиторов. Данная цель должна достигаться в рамках не только ликвидационных, но и реабилитационных процедур, ибо «цель — это то, чего система должна достигнуть в основе своего функционирования».<sup>8</sup> Достижение цели конкурсного права в рамках ликвидационных и реабилитационных процедур банкротства осуществляется различными правовыми способами. Если при ликвидационной процедуре разрешение стечения достигается путем воздействия на порядок осуществления сталкивающихся прав, то при реабилитационной процедуре — путем воздействия на объект стечения прав, т. е. имущество должника. Поскольку восстановление платежеспособности предприятия связано с увеличением

<sup>5</sup> Пахаруков А. А. Телеологические аспекты института несостоятельности (банкротства). С. 32.

<sup>6</sup> Мейер Д. И. Русское гражданское право. Ч. 1. М., 1997. С. 259–264.

<sup>7</sup> Химичев В. А. Защита прав кредитора при банкротстве. С. 11–12.

<sup>8</sup> Пахаруков А. А. Телеологические аспекты института несостоятельности (банкротства). С. 33.

имущества должника (объектом столкновения прав), постольку достижение цели реабилитационных процедур решает проблему стечения прав кредиторов путем увеличения имущества должника в размерах, достаточных для полного удовлетворения требований кредиторов.

Отношения несостоятельности возникают между субъектами конкурсного права. Центральное место среди них занимают конкурсные кредиторы. Это предопределяется тем, что данные субъекты могут оказывать активное влияние на развитие конкурсных отношений и на судьбу имущества должника.

Закон о банкротстве в качестве понятия, обозначающего лиц, имеющих право требования к должнику, использует термин «кредиторы». Помимо указанного общего термина, законодатель также употребляет для характеристики отдельных видов кредиторов такие категории, как «конкурсные кредиторы» и «уполномоченные органы». Определение указанных понятий содержится в ст. 2 Закона о банкротстве. Исходя из содержания данных дефиниций, можно сделать вывод о том, что законодатель делит всех кредиторов должника на три группы (данное деление он проводит в зависимости от законного интереса соответствующих кредиторов): если кредиторы являются носителями социального интереса, то они именуется кредиторами I и II очереди, если частного интереса — конкурсными кредиторами, если публичного интереса — уполномоченными органами.

Представляется, что подобное законодательное решение необоснованно по следующим причинам.

Во-первых, указанная позиция не соответствует исторической традиции развития содержания понятия «конкурсный кредитор». Исходя из того, что термин «конкурс» в рамках института несостоятельности означает стечение (схождение) кредиторов, имеющих имущественные требования к общему должнику, было бы вполне логичным предположить, что конкурсными именуется те кредиторы, которые участвуют в конкурсе, т. е. заявляют свои требования для участия в производстве по делу о несостоятельности их контрагента, а неконкурсными — те, которые не участвуют в общем разделе активов банкрота, получая удовлетворение иным путем, вне начал очередности и соразмерности. И действительно, такой подход к разграничению этих групп кредиторов традиционен. В российском дореволюционном и зарубежном законодательстве, в трудах ученых-юристов конкурсные кредиторы всегда противопоставлялись обеспеченным кредиторам и так называемым кредиторам массы.<sup>9</sup> Например, Г. Ф. Шершеневич под конкурсными кредиторами понимает только личных кредиторов, которые, вступая с должником в сделку, имели в виду его состоятельность, т. е. вообще все его имущество, а не какую-либо отдельную вещь, как особое обеспечение. Следовательно, конкурсным кредиторам противопоставляются кредиторы, требования которых обеспечены залогом или залогом.<sup>10</sup> Согласно § 38 германского Положения

<sup>9</sup> *Белых В. С., Дубинчин А. А., Скуратовский М. Л.* Правовые основы несостоятельности (банкротства). М., 2001. С. 62.

<sup>10</sup> *Шершеневич Г. Ф.* Курс торгового права. Т. IV. М., 2003. С. 272.

о несостоятельности конкурсные кредиторы — это личные кредиторы, которые к моменту открытия конкурсного процесса имеют обоснованные имущественные требования к должнику.<sup>11</sup>

Во-вторых, существующая в законодательстве система деления кредиторов противоречит принципу равенства между кредиторами. Поскольку следствием представленной легальной классификации кредиторов является различие их правовых статусов, то дифференциация юридических возможностей среди различных видов кредиторов создает между ними неравенство, в то время как принцип равенства между кредиторами гласит, что «при установлении положений конкурсного права законодатель обязан стремиться прежде всего к равному удовлетворению всех кредиторов, к устранению всяких преимуществ».<sup>12</sup> В силу сказанного следует отметить, что одно из достоинств Закона о банкротстве — частичное уравнивание законодателем уполномоченных органов в правовых возможностях с конкурсными кредиторами в деле о банкротстве. Указанная тенденция — перспективное направление дальнейшего совершенствования законодательства о несостоятельности, поскольку в большей степени соответствует принципу равенства между кредиторами.

В-третьих, следствие дифференциации кредиторов — различие не только их правовых статусов, но и правовых режимов, применяемых законодателем при регулировании отношений несостоятельности. Это связано с тем, что невключение уполномоченных органов в состав конкурсных кредиторов влечет со стороны законодателя признание их в качестве субъектов публичного права. В литературе подобное положение законодательства объясняется тем, что если конкурсные кредиторы являются субъектами гражданского права и понятие «конкурсный кредитор» совпадает с понятием «кредитор», содержащимся в ст. 307 ГК РФ, то уполномоченные органы и работники должника как субъекты конкурсных отношений не охватываются понятием «кредиторы», данным в ст. 307 ГК РФ, поскольку эти лица — уполномоченные субъекты иных (не гражданско-правовых) отношений.<sup>13</sup>

Как представляется, подобные теоретические и практические выводы несправедливы.

С теоретической точки зрения, указанная позиция противоречит правовой природе конкурсных отношений. Из нее следует, что отношения несостоятельности (однородные по своей юридической природе) для одних кредиторов (конкурсных кредиторов) носят частноправовой характер, для других (уполномоченных органов) — публично-правовой. Но как было указано выше, конкурсное право — не комплексный, а частноправовой (гражданско-правовой) институт права. В силу этого все лица, имеющие право требования к должнику независимо от основания его возникновения, являются субъектами частного (гражданского) права.

<sup>11</sup> Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994.

<sup>12</sup> Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. IV. С. 121.

<sup>13</sup> Витрянский В. В. Научно-практический комментарий (постатейный) к Федеральному закону «О несостоятельности (банкротстве)». М., 2003. С. 66; Химичев В. А. Защита прав кредитора при банкротстве. С. 23.



К таким отношениям, даже если они возникли из нарушения обязанности по уплате обязательных платежей (административной обязанности), применяются специальные нормы гражданского права (п. 3 ст. 2, ст. 25 и 65 ГК РФ, а также нормы гражданского права, содержащиеся в Законе о банкротстве).<sup>14</sup>

Понимание уполномоченных органов в качестве субъектов публичного права на практике приводит к тому, что законодатель применяет к частноправовым по природе отношениям нормы публичного права. Наиболее показательны в данном отношении правила, регулирующие заключение мирового соглашения. Так, согласно абз. 4 п. 1 ст. 156 Закона о банкротстве условия мирового соглашения, касающиеся погашения задолженности по обязательным платежам, взимаемым в соответствии с законодательством о налогах и сборах, не должны противоречить требованиям законодательства о налогах и сборах. Это значит, что при определении условий мирового соглашения, касающихся погашения задолженности по обязательным платежам, необходимо руководствоваться нормами публичного права, а не частного, как того требует институт мирового соглашения, подразумевающего автономию воли сторон. Подобная ситуация на практике приводит к ограничению возможности применения норм конкурсного права, регулирующих заключение мирового соглашения, и существенно понижает эффективность данного института. В силу этого указанное законодательное решение вызывает справедливую критику в литературе.<sup>15</sup>

Думается, что нет никаких препятствий для признания уполномоченных органов в качестве кредиторов в смысле ст. 307 ГК РФ, как это происходит в отношении конкурсных кредиторов (последние признаются в качестве субъектов гражданского права не в силу того, что их требования вытекают из гражданско-правовых отношений, а в силу того, что они являются субъектами конкурсных (гражданских) правоотношений). Подобно этому, следует признать, что и государство, независимо от правовой природы его требований к должнику, в лице уполномоченных органов выступает в конкурсных отношениях в качестве субъекта гражданского права.

Уполномоченные органы участвуют в конкурсных правоотношениях не в качестве субъектов публичного права, а в качестве субъектов частного права. При этом необходимость их участия в таком качестве обусловлена тем, что, как было показано выше, в рамках отношений несостоятельности применение публично-правовых норм для разрешения столкновения прав кредиторов малоэффективно. В силу этого государство, желая получить удовлетворение своих требований независимо от их правовой природы в условиях стечения прав кредиторов, вынуждено

<sup>14</sup> *Попондопуло В. Ф.* Конкурсное право: правовое регулирование несостоятельности (банкротства). М., 2001. С. 34.

<sup>15</sup> *Витрянский В. В.* Пути совершенствования законодательства о банкротстве // Вестник ВАС РФ. 2001. № 3. С. 96–97, 103; *Попондопуло В. Ф.* Проблемы совершенствования законодательства о несостоятельности (банкротстве) // Правоведение. 2006. № 3. С. 34; *Пустовалова Е. Ю.* Судьба требований кредиторов при банкротстве должника. М., 2003. С. 235–236; *Химичев В. А.* Защита прав кредитора при банкротстве. С. 63.

прибегать к конкурсным (частным) правоотношениям. Но, используя указанный способ осуществления права требования, государство должно становиться на равные позиции с частными лицами.<sup>16</sup>

Таким образом, полагаем, что как с практической, так и с теоретической точки зрения наиболее оправданным было бы расширение содержания понятия конкурсных кредиторов за счет включения в его состав уполномоченных органов и, как следствие, уравнивание правовых статусов указанных субъектов конкурсных отношений. При этом подобное решение представляется наиболее справедливым по следующим причинам: 1) это соответствует традиционному пониманию категории «конкурсные кредиторы»; 2) данная теоретическая модель будет способствовать в дальнейшем последовательному развитию принципа равенства между кредиторами в законодательстве о несостоятельности; 3) такое решение соответствует правовой природе конкурсных отношений.

Таким образом, в качестве субъектов конкурсных (гражданских) правоотношений следует признать также кредиторов I и II очереди. Однако их положение принципиально отличается от положения уполномоченных органов при столкновении прав кредиторов. Это связано с тем, что если в условиях несостоятельности должника публично-правовые институты непригодны для разрешения проблемы стечения прав кредиторов должника, то в отношении кредиторов I и II очереди, напротив, гражданско-правовой механизм разрешения столкновения прав оказывается непригодным для социальной защиты интересов указанных кредиторов. Несмотря на это, наше законодательство пытается решить социальные проблемы названных кредиторов путем предоставления им права преимущественного удовлетворения их требований. Однако, как показывает опыт, подобный способ решения вопроса малопродуктивен и существенно снижает эффективность норм конкурсного права. Поэтому в литературе обоснованно высказывается мнение о необходимости разработки системы государственной защиты прав и законных интересов работников несостоятельного должника.<sup>17</sup> Подобное решение вопроса способствовало бы не только повышению эффективности социальной защиты кредиторов I и II очереди, но и прогрессивному развитию законодательства о несостоятельности, поскольку «кредиторы, оценивающие риск дальнейшего сотрудничества с должником, испытывающим финансовые трудности, смогут оказать ему поддержку дольше, если часть активов не зарезервирована для кредиторов более высокой очередности».<sup>18</sup>

Специфическим признаком российского законодательства о несостоятельности является то, что оно распространяется только на денежные требования. Что же касается неденежных требований, то они согласно п. 5 ст. 4 Закона о банкротстве могут быть предъявлены в суд и рассматриваются судом, арбитражным судом в порядке, предусмотренном

<sup>16</sup> Hasemeyer L. *Insolvenzrecht*. Köln, 2003. С. 10.

<sup>17</sup> Попондопуло В. Ф. Проблемы совершенствования законодательства о несостоятельности (банкротстве). С. 34; Витрянский В. Исполнение денежных обязательств при банкротстве должника // Закон. 2000. № 3. С. 127; Хоуман М. Роль режима несостоятельности в рыночной экономике // Вестник ВАС РФ. 2001. № 3. Спец. прилож. С. 45.

<sup>18</sup> Хоуман М. Роль режима несостоятельности в рыночной экономике. С. 45.

процессуальным законодательством. Это значит, что удовлетворение указанных требований производится в общем исполнительном производстве, т. е. во внеконкурсном порядке.

Анализ положения неденежного кредитора, существовавшего в соответствии с Федеральным законом от 8 января 1998 г. № 6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»<sup>19</sup> (далее — Закон 1998 г.) и существующего ныне, позволяет сделать вывод о том, что Закон 1998 г. относился к рассматриваемым кредиторам крайне непоследовательно: вопрос об участии требования в части убытков в голосовании не решался вообще (равно как и вопрос инициирования конкурса таким кредитором); при распределении имущества требования в части убытков удовлетворялись фактически в шестую очередь.

Действующий Закон о банкротстве более последователен: кредиторы с требованиями в части убытков полностью отстранены от возможности инициирования процесса и от участия в голосованиях (п. 2 ст. 4, п. 3 ст. 12 Закона), но при удовлетворении требований их положение несколько улучшилось — реальный ущерб приравнен к основному долгу.

При этом статус неденежных кредиторов стал более определенным: в силу п. 5 ст. 4 Закона о банкротстве им предоставлено право обращаться с требованиями к должнику во внеконкурсном порядке (ранее такая возможность была весьма дискуссионной, что на практике влекло ущемление прав неденежных кредиторов).<sup>20</sup>

Как представляется, подобное законодательное решение в отношении неденежных кредиторов не обосновано.

В условиях несостоятельности должника происходит столкновение не только прав денежных кредиторов, но и прав неденежных кредиторов. Это проявляется в том, что реальное исполнение неденежного требования может полностью или частично исключить возможность осуществления прав кредиторов по обязательствам, являющимся денежным, и наоборот.

Например, арбитражный суд, несмотря на то что в отношении должника было открыто конкурсное производство, удовлетворил иск кредитора о взыскании имущества по договору мены. Из конкурсной массы должника, недостаточной для полного удовлетворения всех требований кредиторов, были изъяты объекты основных средств (комбайны, автомобили и др.) на сумму около 3 млн руб., которые должны были быть единым источником удовлетворения требований всех кредиторов.<sup>21</sup>

Таким образом, установление законодателем различных правовых форм (для денежных кредиторов — конкурсный процесс, для неденежных — исполнительное производство) осуществления прав кредиторов в условиях их стечения на практике приводит к созданию необоснованных преимуществ между названными кредиторами и противоречиям

<sup>19</sup> СЗ РФ. 1998. № 2. Ст. 222.

<sup>20</sup> Телюкина М. В. Основы конкурсного права. С. 142–143.

<sup>21</sup> Химичев В. А. Перспективные направления совершенствования правового регулирования в сфере несостоятельности (банкротства) // Вестник ВАС РФ. 2005. № 6. С. 155.

между законодательством об исполнительном производстве и законодательством о несостоятельности.

В литературе улучшение правового положения неденежных кредиторов видится в участии указанных лиц в конкурсном процессе путем трансформации их требований в денежную форму. Преобразованное требование может быть выражено в виде требования о возмещении убытков,<sup>22</sup> в виде требования замены альтернативного или факультативного исполнения новым, денежным исполнением, в виде требования восстановления положения, существовавшего до нарушения обязательственно-го права кредитора.<sup>23</sup>

Положительно оценивая приведенные взгляды авторов, полагаем, что они направлены прежде всего на восполнение недостатков правового регулирования указанного вопроса, в то время как данная проблема требует концептуального решения.

С целью улучшения правового положения неденежных кредиторов необходимо предусмотреть правило, согласно которому они должны осуществлять принадлежащее им право требования не в рамках исполнительного производства, а в рамках отношений несостоятельности, так как «устранение случайных преимуществ одних кредиторов составляет главное превосходство конкурсного процесса перед общим исполнительным порядком».<sup>24</sup>

Определяя место указанных лиц в системе субъектов конкурсного права, полагаем, что их также следует отнести к конкурсным кредиторам.

Основная проблема неденежных кредиторов по сравнению с кредиторами по обязательствам, являющимся денежными, заключается в том, что их требования не выражены в денежной форме. С одной стороны, необходимость такого выражения обусловлена тем, что «для равномерного удовлетворения всех кредиторов необходимо вывести соотношение ценности имущества несостоятельного к ценности его обязательств. Сравнение ценности достигается приведением их к эквиваленту — к ценности денег. Поэтому продается все имущество несостоятельного должника и обращается в деньги, и поэтому же все требования, предъявляемые к удовлетворению, должны быть выражены в деньгах. Такое превращение обязательств является излишним только в тех требованиях, которые сами по себе выражаются в деньгах, как заемные письма, векселя и т. п.».<sup>25</sup> С другой стороны, выражение данных требований в денежной форме имеет важное практическое значение, поскольку позволяет правильно определять сумму требований при подаче заявления о признании

<sup>22</sup> Зинченко С., Казачанский С., Зинченко О. Поиск новой модели законодательства о банкротстве // *Хозяйство и право*. 2001. № 3. С. 35–36; Ломидзе О., Ломидзе Э. Проблемы защиты права кредитора по неденежному обязательству при банкротстве организации-должника // *Хозяйство и право*. 2001. № 3; Химичев В. А. Защита прав кредитора при банкротстве. С. 128; Хоуман М. Роль режима несостоятельности в рыночной экономике. С. 46.

<sup>23</sup> Бруско Б. С. Категория защиты в российском конкурсном праве. М., 2006. С. 129.

<sup>24</sup> Шершеневич Г. Ф. Курс торгового права. Т. IV. С. 270.

<sup>25</sup> Шершеневич Г. Ф. Конкурсный процесс. М., 2000. С. 394.

должника банкротом, сумму голосов кредитора в целях его участия в собрании кредиторов и т. д.

Как отмечалась выше, в качестве средства выражения неденежных требований в денежной форме выступает «трансформация обязательства».<sup>26</sup> Между тем более справедливым было бы использовать в качестве инструмента преобразования требований по обязательствам, не являющимся денежными, институт перерасчета требований, который характерен для конкурсного законодательства зарубежных стран. Применение в законодательстве указанного института не исключает возможности трансформации обязательства из неденежного в денежное с целью участия в конкурсном процессе. Напротив, выбор способа выражения неденежным кредитором своего требования в каждом отдельном случае должен зависеть от усмотрения самого кредитора. Различие между названными институтами видится в том, что при определении размера требований названных кредиторов суд при перерасчете требований должен определить лишь обоснованность неденежного требования и произвести перерасчет, в то время как при трансформации обязательства суд обязан проверить обоснованность как самого «первоначального» обязательства, так и «вторичного» обязательства.

Перерасчет требований — специфическое правовое средство, которое применяется только в рамках конкурсных отношений. Это значит, что до момента возникновения конкурсных отношений использование указанного средства для выражения неденежных требований в денежной форме недопустимо. В связи с этим неденежные кредиторы, подавая заявление о признании должника банкротом, не вправе прибегать к помощи института перерасчета. Но они могут воспользоваться трансформацией требований по обязательствам, не являющимся денежными, в денежное требование путем определения размеров убытков.

Таким образом, на наш взгляд, для повышения эффективности правового регулирования конкурсных отношений следует распространить действие законодательства о несостоятельности на требования кредиторов по обязательствам, не являющимся денежными.

Подведем итоги. Все лица, имеющие права требования к должнику, независимо от правовой природы отношений, из которых они возникли, являются субъектами конкурсного (гражданского) права. Правовое регулирование отношений с их участием должно основываться как на общих принципах гражданского права, так и на специальных принципах конкурсного права. Традиционно в конкурсном праве лиц, имеющих права требования к несостоятельному должнику, называли конкурсными кредиторами. Поэтому представляется обоснованным придерживаться в нашем законодательстве такой традиции. Подобное решение в большей степени соответствует правовой природе конкурсных отношений. Однако из указанного положения необходимо сделать исключение для кредиторов I и II очереди, предоставив им права преимущественного удовлетворения требований, поскольку данные участники конкурсных

---

<sup>26</sup> Новоселова Л. А. О правовых последствиях нарушения денежного обязательства // Вестник ВАС РФ. 1999. № 1. С. 85.

отношений нуждаются в социальной защите. Между тем подобная ситуация существенно понижает эффективность законодательства о несостоятельности. Значительный недостаток действующего конкурсного права заключается в том, что оно не распространяется на требования по обязательствам, не являющимся денежными. Это порождает серьезные практические проблемы. Поэтому справедливо было бы распространить действие законодательства о несостоятельности на указанные требования кредиторов, определив их в конкурсном процессе в качестве конкурсных кредиторов.

Таким образом, под конкурсными кредиторами следует понимать всех кредиторов должника, за исключением граждан, перед которыми должник несет ответственность за причинение вреда жизни или здоровью, морального вреда, имеет обязательства по выплате вознаграждения авторам результатов интеллектуальной деятельности, а также учредителей (участников) должника по обязательствам, вытекающим из такого участия.

## ИСПОЛНЕНИЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ ПО ДОГОВОРУ ОКАЗАНИЯ УСЛУГ ПО ПОДГОТОВКЕ СПЕЦИАЛИСТА

А. А. ВАСИЛЕНКО



Василенко  
Александр Александрович,  
ведущий юрисконсульт отдела  
зарубежных связей Гродненского  
государственного университета  
им. Янки Купалы

За последние восемь лет значительно повысился интерес к проблематике договора оказания услуг по подготовке специалистов в высшем учебном заведении как среди российских специалистов, так и среди белорусских исследователей. Первенство в научных разработках данного договора занимают российские ученые.

Проблемам договорного регулирования возмездного оказания услуг по обучению посвящены диссертации российских ученых А. В. Белозерова, Л. М. Волчанской, Т. В. Жуковой, В. В. Кваниной, С. В. Курова, В. М. Сырых, В. И. Шкатуллы.<sup>1</sup>

В числе белорусских авторов, так или иначе затрагивавших данную тему, можно назвать Е. С. Латышева, Н. П. Матузяник, В. И. Стражева и др.<sup>2</sup> Однако их исследования касались отдельных особенностей договора, его реализации, услуг по обучению, роли негосудар-

ственных вузов в современной системе подготовки кадров. В целом можно констатировать отсутствие комплексного подхода в изучении договора и подробной аргументации его условий в научных публикациях.

© А. А. Василенко, 2008

<sup>1</sup> *Белозеров А. В.* Понятие и содержание обязательства по возмездному оказанию образовательных услуг. Дис. ... д. ю. н. М., 2000; *Волчанская Л. М.* Договор возмездного оказания образовательных услуг в системе высшего профессионального образования. Автореф. дис. ... д. ю. н. Волгоград, 2002; *Жукова Т. В.* Договор возмездного оказания образовательных услуг. Автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2004; *Кванина В. В.* Гражданско-правовое регулирование в сфере высшего профессионального образования в Российской Федерации. Автореф. дис. ... д. ю. н. М., 2006; *Куров С. В.* Гражданско-правовое регулирование образовательных услуг. Автореф. дис. ... д. ю. н. М., 1999; *Сырых В. М.* Введение в теорию образовательного права. М., 2002; *Шкатулла В. И.* Образовательное законодательство: теорет. и практ. проблемы. Общая часть / под ред. Ю. А. Кудрявцева. М., 1997.

<sup>2</sup> *Латышев Е. С.* Особенности образовательных услуг // Нац. эконом. газета. 2002. № 67. С. 4–5; *Матузяник Н. П.* Правовые проблемы заключения и действия договора возмездного оказания образовательных услуг в системе высшего образования // Труды Минского института управления. 2007. № 1. С. 97–194; *Стражев В. И.* Белорусская постсоветская высшая школа. Образование и наука в современном обществе. Минск, 2004.

Главным принципом исполнения обязательства является исполнение надлежащим образом всех компонентов, его составляющих. Рассмотрим вопросы, связанные с исполнением обязательств, в следующем порядке: предмет исполнения, качество, способ исполнения, срок, место, способ обеспечения исполнения, личное исполнение и исполнение по договору в пользу третьего лица.

По общему правилу, обязательства должны исполняться надлежащим образом в соответствии с условиями обязательства и требованиями законодательства (ст. 290 ГК РБ).<sup>3</sup>

1. Предметом исполнения обязательства является совершение ряда действий в точном соответствии с целью обязательства: а) со стороны вуза исполнение договора надлежащим образом означает оказание обучающемуся услуг по обучению на весь период его обучения и сопровождается выдачей выпускнику государственного диплома установленного образца; этому способствует совершение ряда действий — надлежащее обеспечение образовательного процесса, участие в нем педагогического состава вуза, прием экзаменов, зачетов и др.; б) со стороны обучающегося исполнение договора надлежащим образом означает выполнение требований учебной программы и договора — посещение лекций, усвоение знаний, внесение платы за обучение и др.

2. Качество исполнения есть качество предмета обязательства — услуг по обучению. О качестве исполнения говорит соответствующая аттестация (текущая и итоговая) и соответствие образовательному стандарту, учебной программе.

В Республике Беларусь получение образования как правило сопровождается текущей аттестацией и завершается итоговой аттестацией обучающихся с единым порядком для очной и заочной форм получения образования (за исключением лиц с особенностями психофизического развития) (ст. 13 Закона «Об образовании»)<sup>4</sup>. Целью данных аттестаций является периодическая и завершающая проверка степени освоения лицами теоретических знаний и практических навыков (ст. 24 Закона «О высшем образовании»)<sup>5</sup>.

В Российской Федерации сложилась практика вузовской системы образовательных кредитов. Данная система предусматривает оценку уровня изучения студентом каждой отдельной дисциплины и в целом образовательной программы числом освоенных кредитов из их известного общего количества. Главным условием успешного завершения образовательной программы является получение заранее установленного числа кредитов (зачетных единиц), представляющего нормативный эквивалент определенного периода обучения или получаемой академической степени (квалификации).<sup>6</sup> Таким образом индивидуализируется обучение

<sup>3</sup> *Гражданский кодекс Республики Беларусь: Официальное издание. Минск, 1999.*

<sup>4</sup> *Закон Республики Беларусь от 29 октября 1991 г. № 1202-ХІІ «Об образовании» // Нац. реестр правовых актов Республики Беларусь (далее — НРПА РБ). 2002. № 37. 2/844.*

<sup>5</sup> *Закон Республики Беларусь от 11 июля 2007 г. № 252-З «О высшем образовании» // НРПА РБ. 2007. № 171. 2/1349.*

<sup>6</sup> *Организация вузовской системы образовательных кредитов. Метод. пособие. Тула, 2003. С. 7.*



и устанавливается рейтинг каждого обучающегося в рамках образовательного процесса, а также предоставляется возможность проявлять самостоятельность в изучении учебного материала и оценивать собственные знания.

Общим критерием качества исполнения являются требования образовательного стандарта, определяющие обязанности каждой стороны в обязательстве.

3. Исполнение договора характеризуется его сложным юридическим составом, поскольку способ исполнения обязательства по оказанию образовательных услуг как правило выражается в исполнении по частям — по учебным годам, состоящим из семестров, модулей. Выполнение обучающимся учебной программы по избранной специальности также происходит по частям. Каждый период обучения заканчивается сессией, результаты которой позволяют исполнителю контролировать качество усвоения обучающимся образовательных услуг.<sup>7</sup>

Данный способ исполнения обязательства по частям регламентирован в ст. 292 ГК РБ, согласно ей кредитор вправе не принимать исполнения обязательства по частям, если иное не предусмотрено законодательством, условиями обязательства и не вытекает из существа обязательства. В договорах оказания услуг по подготовке специалиста исполнение по частям является обязательным и вытекает из существа обязательства. Это означает также, что исполнение обязательств, включенных в каждый период обучения и предусмотренных учебной программой, возможно только по частям.

В отличие от договоров оказания услуг других видов, в исследуемом договоре способом исполнения обязательства является также встречное исполнение, которое предполагает совпадение и взаимную обусловленность исполнения встречных обязательств должником и кредитором (ст. 309 ГК РБ).<sup>8</sup> Например, оказание вузом услуг по обучению обусловлено их предварительной оплатой обучающимся. Если обучающийся условие о предварительной оплате не выполняет, то вуз прекращает оказание услуг по обучению и тем самым договор расторгает досрочно.

4. Срок исполнения обязательства определяется наступлением определенного момента во времени, когда должно последовать исполнение обязательства или исполнение одного из действий, составляющих содержание обязательства.<sup>9</sup> Из этого следует, что если обязательство предусматривает или позволяет определить день его исполнения или период времени, в течение которого оно должно быть исполнено, то обязательство подлежит исполнению соответственно в этот день или в любой момент в пределах такого периода (п. 1 ст. 295 ГК РБ).

Срок исполнения связан с совершением взаимных действий вузом и обучающимся и имеет отличия от сроков по договорам оказания услуг

<sup>7</sup> Варфоломеева Ю. А. Правовое регулирование платной образовательной и иной деятельности высших учебных заведений, приносящей доходы // Гражданин и право. 2006. № 3. С. 40.

<sup>8</sup> Витушко В. А. Гражданское право. Учеб. пособие. В 2 ч. Ч. 1. Минск, 2007. С. 487.

<sup>9</sup> Новицкий И. Б., Лунц Л. А. Общее учение об обязательстве. М., 1950. С. 277.

других видов. Данный договор не требует единичного исполнения, поскольку в период обучения срок его исполнения зависит от курса, семестра. В основе оказания услуг по обучению лежит определенный учебной программой раздел (период), который входит в учебный год.

5. Местом исполнения обязательства является место нахождения образовательного учреждения.<sup>10</sup> Можно также уточнить, что это место учебы — вуз, с которым заключен договор оказания услуг по подготовке специалиста, — расположенное в определенной местности на день заключения договора, и учебное место — конкретный факультет, корпус, аудитория, класс и т. д.

Из существа обязательства явствует, что его исполнение может совершаться не в одном, а в разных местах. Место исполнения обязательства определено законодательством (например, по денежному обязательству — в месте нахождения юридического лица в момент возникновения обязательства — ч. 4 ст. 297 ГК РБ) и договором.

6. Способы обеспечения исполнения обязательства предполагают имущественное воздействие на должника. Это вытекает из действующего гражданского законодательства (ст. 310 ГК РБ) и устанавливается в договоре, как правило, в виде неустойки (штраф, пеня) (ст. 311 ГК РБ)<sup>11</sup> с целью обеспечения исполнения надлежащим образом обязательства по своевременной оплате со стороны обучающегося. В основе такого обеспечения лежит принцип реального исполнения обязательств.

Исполнение условий договора зависит от надлежащего обеспечения образовательного процесса и выполнения требований учебной программы. Для выявления особенностей обеспечения исполнения обязательства рассмотрим данную зависимость детально.

В системе образования Беларуси вузы организуют образовательный процесс на государственных языках Республики Беларусь (п. 2 ст. 21 Закона «О высшем образовании»). В соответствии со ст. 17 Конституции Республики Беларусь государственными языками Республики Беларусь являются белорусский и русский языки.<sup>12</sup> Буквальное толкование нормы означает, что обеспечение образовательного процесса основывается на равенстве его участников относительно права выбора белорусского либо русского языка.

7. По общему правилу, если иное не предусмотрено договором возмездного оказания услуг, исполнитель обязан оказать услуги лично (ст. 734 ГК РБ). Личное участие исполнителя в договоре означает наличие педагогического состава вуза и соответствующей материально-технической базы (помещений для проведения учебных занятий, оборудования для опытов и др.), т. е. соответствие требованиям образовательного стандарта.

<sup>10</sup> Варфоломеева Ю. А. Правовое регулирование платной образовательной и иной деятельности высших учебных заведений, приносящей доходы. С. 38.

<sup>11</sup> Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 18 января 2008 г. № 66 «Об утверждении примерных форм договоров о подготовке специалистов с высшим образованием на условиях оплаты» // НРПА РБ. 2008. № 28. 5/26674.

<sup>12</sup> Конституция Республики Беларусь 1994 года: с изменениями и дополнениями, принятыми на республиканских референдумах 24 ноября 1996 г. и 17 октября 2004 г. Минск, 2006.

## ДОГОВОР ОКАЗАНИЯ УСЛУГ ПО ПОДГОТОВКЕ СПЕЦИАЛИСТА

---

ВАСИЛЕНКО А. А.

В связи с тем, что вуз является исполнителем, обучающийся, заказав свое обучение в вузе, не обязан принять исполнение услуг по обучению от другого вуза. В этом смысле исполнение третьим лицом (вузом) за счет обучающегося вообще не допускается.

8. Исполнение по договору в пользу третьего лица означает, что право требования исполнения обязательства может быть предоставлено третьему лицу. Следовательно, вуз и обучающийся в равной мере обязаны выполнить свои обязательства не только в отношении друг к другу, но и в отношении третьей стороны — организации, направившей своего работника на обучение.

## ПОНЯТИЕ И ПРАВОВАЯ ПРИРОДА ДОГОВОРА ВОЗМЕЗДНОГО ОКАЗАНИЯ УСЛУГ ПО ПЕРЕДАЧЕ ЭЛЕКТРИЧЕСКОЙ ЭНЕРГИИ

Э. О. МАМЕДОВА

Одним из важнейших элементов современной экономики является ресурсообеспечение основных отраслей и сфер экономической деятельности, в том числе обеспечение электрической энергией.

Электроэнергетика является базовой отраслью экономики Российской Федерации. Надежное и эффективное функционирование электроэнергетики, бесперебойное снабжение потребителей — основа поступательного развития экономики страны и неотъемлемый фактор обеспечения цивилизованных условий жизни.

На протяжении многих лет экономика страны базировалась на социальных принципах хозяйствования. Результаты реформ, проводимых в нашей стране в 90-х годах, со всей очевидностью доказали невозможность эффективного функционирования электроэнергетики на основе правовых норм, сформировавшихся во времена СССР. В настоящее время идет активный процесс реформирования электроэнергетики. Его основная цель состоит в создании прозрачной инфраструктуры рынка электроэнергии, конкурентных форм его оборота. Формирующиеся экономические отношения на рынке электрической энергии опосредуются новой системой договоров, по которым практически нет научно-теоретических исследований.

Основной целью настоящего исследования является попытка с учетом нового законодательства об электроэнергетике сформулировать понятие и определить правовую природу одного из инфраструктурных договоров в электроэнергетике — договора возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии.

Договор возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии не является вполне новым для делового оборота, так как субъекты электроэнергетики, пользуясь свободой договора, заключали данный



Мамедова Эльмира Октаевна,  
аспирантка кафедры коммерческого  
права юридического факультета  
СПбГУ

договор и до принятия Федерального закона от 26 марта 2003 г. № 35-ФЗ «Об электроэнергетике».<sup>1</sup> Однако легальное закрепление рассматриваемый нами договор получил в российском законодательстве только с принятием этого Закона. Указанный договор относится к числу инфраструктурных договоров в электроэнергетике; он опосредует процессы передачи и распределения электрической энергии через технические устройства электрических сетей.

Необходимость обособленного правового регулирования отношений по передаче и распределению электрической энергии признается в юридической литературе. Так, И. В. Елисеев отмечает, что «сфера применения норм о договорах энергоснабжения в действующем Гражданском Кодексе Российской Федерации оказывается очень узкой и не охватывает всего комплекса экономических отношений, возникающих в процессе производства, передачи, распределения и сбыта энергии».<sup>2</sup> Нормы части второй ГК РФ об энергоснабжении предназначены лишь для регулирования сбыта энергии. Однако прежде чем сбыть энергию абоненту через присоединенную сеть, ее необходимо передать и распределить. Каких-либо особых договоров, которые опосредовали бы процессы передачи и распределения энергии, действующий ГК РФ не предусматривает. В отсутствие других нормативных регуляторов правоприменительная, в том числе судебная практика пошла по неверному пути распространения норм о договорах энергоснабжения на более широкий круг общественных отношений. Единственным способом решения обозначенной проблемы, по мнению И. В. Елисеева, является выделение в ряду договоров гражданского права особого договорного типа, опосредующего отношения по передаче и распределению энергии.<sup>3</sup> Именно такой вариант решения проблемы и был избран законодателем в Законе «Об электроэнергетике».

Законодательство Российской Федерации не содержит легального определения договора возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии. Правовой анализ ст. 9 и п. 2 ст. 26 Закона «Об электроэнергетике» позволяет сделать вывод о том, что договор возмездного оказания услуг является правовой формой, опосредующей правоотношения по передаче электрической энергии. При этом услуги по передаче электрической энергии на основании данного договора предоставляются:

1) посредством единой национальной (общероссийской) электрической сети — организацией по управлению единой национальной (общероссийской) электрической сетью, а также собственниками и иными законными владельцами объектов, входящих в единую национальную (общероссийскую) электрическую сеть в случаях, предусмотренных Законом «Об электроэнергетике»;

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2003. № 13. Ст. 1177.

<sup>2</sup> Елисеев И. В. Реформирование электроэнергетики и развитие договора энергоснабжения в Гражданском Кодексе Российской Федерации и Федеральном законе «Об электроэнергетике» // Актуальные вопросы правового регулирования и правоприменения в электроэнергетике. Материалы второй научно-практ. конференции. СПб., 2003. С. 82.

<sup>3</sup> Там же. С. 16.

2) посредством электрических сетей, не входящих в состав единой национальной (общероссийской) электрической сети, — территориальными сетевыми организациями.

Правоотношения по передаче электрической энергии отличаются характерными особенностями, отграничивающими их от иных, внешне схожих правоотношений, но имеющих совсем иную правовую природу (энергоснабжение, перевозка, подряд).

Выделение в системе гражданско-правовых договоров в области электроэнергетики договора возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии требует четкого разграничения отношений, опосредуемых данным договором и договором энергоснабжения. В соответствии с п. 1 ст. 539 ГК РФ по договору энергоснабжения энергоснабжающая организация обязуется подавать абоненту (потребителю) через присоединенную сеть энергию, а абонент обязуется оплачивать принятую энергию, а также соблюдать предусмотренный договором режим ее потребления, обеспечивать безопасность эксплуатации находящихся в его ведении электрических сетей и исправность используемых им приборов и оборудования, связанных с потреблением энергии.

Правовой анализ норм § 6 главы 30 ГК РФ, в котором сосредоточены правила о договоре энергоснабжения, позволяет выделить следующие отличительные особенности договора энергоснабжения: предмет — энергия; субъектный состав — наличие энергоснабжающей организации, с одной стороны, и абонента-потребителя, с другой; цель договора — использование абонентом полученной энергии для собственного потребления; права и обязанности сторон, предусмотренные ст. 541–546 ГК РФ; а также основания и формы ответственности — ст. 547 ГК РФ. Представляется, что именно указанные критерии позволяют отграничить договор энергоснабжения абонента-потребителя от договора возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии.

Следует также отметить, что нормы § 6 главы 30 ГК РФ рассчитаны исключительно на договоры, в которых абонент получает энергию именно для целей ее потребления. Об этом однозначно свидетельствует использование в тексте ГК РФ таких оборотов, как: «предусмотренный договором режим потребления» (п. 1 ст. 539), «использование энергии для бытового потребления» (п. 1 ст. 540, п. 3 ст. 541, п. 2 ст. 543, п. 1 ст. 546), «соблюдение установленного режима потребления» (п. 1 ст. 543), «регулирование режима потребления» (п. 2 ст. 547) и др.

Как справедливо отмечает И. В. Елисеев, правила ГК РФ о договоре энергоснабжения предназначены лишь для регулирования сбыта электрической энергии.<sup>4</sup>

Отношения по сбыту (подаче конечному потребителю) энергии, с одной стороны, и ее передаче и распределению, с другой, принципиально различны как с экономической, так и с юридической точки зрения. В первом случае имеют место отношения по купле-продаже товара особого рода — энергии. В этом случае абонент приобретает право собственности на энергию, которую он может накопить, использовать или

<sup>4</sup> Там же.

даже уничтожить. В случае же оказания услуг по передаче электрической энергии никаких отношений по купле-продаже не возникает. Владелец линий электропередач не покупает энергию и, соответственно, не становится собственником этого товара, а лишь оказывает определенные услуги по передаче электрической энергии с помощью своей сетевой инфраструктуры.

Таким образом, основное отличие договора энергоснабжения от договора возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии состоит в следующем: предметом первого договора является особая вещь — энергия, тогда как предмет второго соглашения — услуга по перемещению этой вещи в пространстве.

При разграничении договора энергоснабжения и договора возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии следует также учитывать основные положения реформирования электроэнергетики. Одним из приоритетных направлений реформы является разграничение естественно-монопольных и конкурентных видов деятельности на рынке электроэнергетики. По замыслу законодателя деятельность по производству и продаже (сбыту) электрической энергии должна быть организационно и имущественно отделена от деятельности по передаче электрической энергии. Эта принципиальная позиция Закона «Об электроэнергетике» не соответствует позиции, изложенной в ГК РФ, согласно которому продажа электрической энергии, в том числе собственного производства, невозможна в отсутствие у продавца в собственности или в пользовании электрических сетей (п. 1 ст. 539 ГК). Такое различие в подходах к регулированию со стороны двух действующих законодательных актов требует пояснения.

Как следует из Основных направлений реформирования электроэнергетики Российской Федерации,<sup>5</sup> разделение обсуждаемых нами видов деятельности необходимо в связи с различием их экономических характеристик.

Предоставление услуг по передаче электрической энергии имеет характер естественной монополии и не может осуществляться в условиях конкуренции, поскольку для создания таких условий к каждому конечному потребителю должны быть протянуты вторая, третья, четвертая и т. д. параллельные линии электропередачи. Только в этом случае потребитель получит возможность выбирать исполнителя услуг, у которого эти услуги дешевле и надежней. Поскольку сетевой бизнес является естественной монополией, стоимость его услуг потребителям будет регулироваться государством путем установления тарифов.

Напротив, продажа электрической энергии может и должна осуществляться в условиях конкуренции, быть рыночной. Поскольку единой электрической сетью охвачена значительная часть потребителей, каждому из них предлагать электрическую энергию собственного или чужого производства могут сколь угодно много генерирующих компаний

<sup>5</sup> Утверждены Постановлением Правительства Российской Федерации от 11 июля 2001 г. № 526 «О реформировании электроэнергетики Российской Федерации» (СЗ РФ. 2001. № 29. Ст. 3032).

и энергосбытовых организаций. Они могут бороться за потребителя путем снижения цен, повышения качества обслуживания, предоставления дополнительных услуг и т. п.

Приведенные соображения касательно необходимости отделения деятельности по производству и продаже электрической энергии от деятельности по передаче электрической энергии не нашли своего отражения в части второй ГК РФ. Однако по причине разграничения видов деятельности в электроэнергетике очевидна необходимость ограниченного применения положений § 6 главы 30 ГК РФ к отношениям по снабжению электрической энергией. В частности, к субъектному составу договора энергоснабжения не будет применяться условие об обязательном наличии у энергоснабжающей организации присоединенной сети.

В судебно-арбитражной практике в некоторых случаях договор возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии рассматривается как договор по транспортировке электрической энергии, тем самым оказание услуг по передаче электрической энергии трактуется как перевозка груза.<sup>6</sup> Представляется, что подобный подход к определению правовой природы договора возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии не имеет достаточных правовых оснований. Действительно, договор перевозки груза и договор возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии относятся к числу договоров возмездного оказания услуг. Однако различие здесь следует проводить не по формальному признаку, а по различиям в юридической конструкции этих договоров. В частности, по договору возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии перемещение электрической энергии осуществляется в виде единого технологического процесса, основанного на естественных свойствах электрической энергии, и все технологические операции по перемещению осуществляются в единой и статичной системе линий электропередач. В этом договоре особое значение имеют технологические операции, в том числе операции по учету и контролю за качеством и количеством электрической энергии. Без соблюдения этих операций перемещение электрической энергии невозможно. В отличие от договора перевозки груза, по которому перемещение груза всегда осуществляется посредством движения самого транспортного средства, перемещение электрической энергии по линиям электропередач обеспечивается с помощью специальной технологической системы, статичной по отношению к пространству и грузу. Более того, для обязательства по перевозке груза характерно наличие транспортного средства и перевозчика (т. е. коммерческой организации или индивидуального предпринимателя, наделенного правом осуществлять грузовые перевозки по закону или на основании лицензии). Очевидно, что сетевая организация, осуществляющая передачу электрической энергии потребителю на основании договора возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии,

<sup>6</sup> См., напр., постановления Федерального арбитражного суда Московского округа по делу № КГ-А40/2579-04 от 13 апреля 2004 г. и по делу № А40-27923/02-84-145 от 13 марта 2003 г. (СПС «КонсультантПлюс: Арбитраж. Московский Округ»).



не обладает статусом перевозчика, а линии электропередач не следует рассматривать в качестве самостоятельного транспортного средства.

Таким образом, необходимо отказаться от любых попыток использовать правовые аналогии и сходства между обязательством по перевозке груза и договором возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии.

Договор возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии следует отличать и от договора подряда.

В русской дореволюционной юридической науке спектр мнений по вопросу о пределах действия договора подряда и его соотношении с договором возмездного оказания услуг был очень широким. Одни усматривали отличие личного найма (договор личного найма ранее выступал в качестве аналога существующего в настоящее время договора возмездного оказания услуг) от подряда в том, что первый договор имеет в виду лишь отношения «личной зависимости», «хозяйственной власти».<sup>7</sup> Тем самым предполагалось сведение данного договора исключительно к трудовым отношениям.

Представителем другой группы авторов был Г. Ф. Шершеневич, который в споре с К. П. Победоносцевым обращал внимание на то, что «зависимость... имеет место при найме прислуги, рабочего на фабрике, но ее нет при найме учительницы музыки, приходящей швеи, доктора».<sup>8</sup> И, несмотря на это, он считал, что все перечисленные отношения должны в равной мере относиться к личному найму.

Существовал и третий взгляд на указанную проблему. Он также исходил из того, что за пределами договора подряда существуют иные отношения, которые должны считаться трудовыми. Так, В. А. Исаченко, приведя пример заключения договора с рабочими с целью покрытия крыши принадлежащего заказчику дома, указывал, что «исполнение такого предприятия никто не называет подрядом».<sup>9</sup> Вместе с тем «личный наем», по его мнению, имеет место только тогда, когда речь идет о ситуации, при которой нанявшийся находится на службе у нанимателя, состоит в его услужении. Решение этой коллизии состояло в выделении, наряду с подрядом и личным наймом, третьего такого же самостоятельного договора-заказа, являющегося договором *sui generis*.<sup>10</sup>

Не вполне последовательной, как может показаться, была позиция Д. И. Мейера. С одной стороны, особенность договоров личного найма он усматривал в том, что эти договоры большей частью заключают на определенное время и с истечением срока они прекращаются, тогда как время продолжения подряда обыкновенно определяет окончание предприятия, исполнение которого принял на себя подрядчик. Это не помешало ему признать, что договор личного найма охватывает отношения не только работника со своим хозяином, но и в такой же мере с ремесленником

<sup>7</sup> См., напр.: *Синайский В. И.* Русское гражданское право. Вып. 2. Киев, 1915. С. 158.

<sup>8</sup> *Шершеневич Г. Ф.* Учебник русского гражданского права. М., 1995. С. 610.

<sup>9</sup> *Исаченко В. А.* Свод кассационных положений по вопросам русского гражданского материального права за 1866–1905 гг. СПб., 1906. С. 600.

<sup>10</sup> Там же. С. 418.

и с врачом, учителем сына, адвокатом.<sup>11</sup> Тем самым, в конечном счете, он пришел к выводу, аналогичному тому, который сделал Г. Ф. Шершеневич.

Судебная практика в дореволюционной России была больше склонна к последней точке зрения, построенной на широком представлении о сфере действия договора личного найма. В подтверждение можно сослаться на одно из нескольких сходных решений Сената, приведенных А. М. Гуляевым. В этом решении подчеркивалось, что «для определения того, какого рода договорное соглашение состоялось между лицами договаривающимися, следует обсудить, составляет ли содержание предмета договора по обширности, сложности, ценности и другим признакам какое-либо предприятие или нет: в первом случае будет договор подряда и поставки, а в последнем личного найма».<sup>12</sup>

Подводя итог обзору подобных дел, рассмотренных Сенатом, К. Н. Анненков делал вывод: при отграничении подряда от личного найма Сенат исходил из того, что, «во-первых, при подряде подрядчик обязуется исполнить известное предприятие, которое заключается в совершении известных работ, отличающихся обширностью, сложностью и ценностью, между тем как предметом договора личного найма никогда не представляется предприятие, а известная только работа... и, во-вторых, при подряде подрядчик обязуется совершить известный труд, например, починку здания с помощью других лиц, между тем, как при договоре найма наемщик обязуется совершить известный труд только лично».<sup>13</sup>

По нашему мнению, решающее значение для разграничения договора подряда и договора возмездного оказания услуг имеет конечный результат, который достигается в результате исполнения того или иного договора. Если конечной целью является выполнение определенных действий, то это договор возмездного оказания услуг, а если требуется совершение определенных действий с передачей результата, то налицо договор подряда. В обязательстве по оказанию услуг предметом является результат деятельности услугодателя, неотделимый от самой деятельности и не получающий овеществленного выражения. В обязательствах подрядного типа предметом правоотношения выступает овеществленный результат деятельности исполнителя. Он может выражаться в создании новой вещи, в переработке старой и т. д. «Результат может быть различным, но именно его “вещность” служит конституирующим признаком обязательства по выполнению работ», — указывает М. В. Кротов.<sup>14</sup> При оказании услуги же «продается» не сам результат, а действие, к нему приводящее.<sup>15</sup>

<sup>11</sup> Мейер Д. И. Русское гражданское право. М., 1997. С. 654.

<sup>12</sup> Гуляев А. М. Русское гражданское право. Обзор действующего законодательства и проекта гражданского уложения. СПб., 1911. С. 457.

<sup>13</sup> Анненков К. Система русского гражданского права. В 4 т. Т. 4. СПб., 1904. С. 224.

<sup>14</sup> Кротов М. В. Обязательство по оказанию услуг в советском гражданском праве. Л., 1990. С. 7.

<sup>15</sup> Садилов О. Н. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть вторая. М., 1996. С. 348.

Сказанное выше касательно разграничения договора подряда и договора возмездного оказания услуг характерно и для договора возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии. Основной целью обязательства по оказанию услуг по передаче электрической энергии является организация процесса доставки сетевой организацией электрической энергии до потребителя услуг. При этом сетевая организация призвана лишь обеспечить передачу электрической энергии через технические устройства электрических сетей.

Как уже отмечалось, действующее законодательство не содержит легального определения договора возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии. Но, учитывая определение договора возмездного оказания услуг, данное в п. 1 ст. 779 ГК РФ, можно сформулировать следующую дефиницию: *договор возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии — это договор, по которому одна сторона (сетевая организация) обязуется оказать услуги по передаче электрической энергии через технические устройства электрических сетей в соответствии с техническими регламентами, а другая сторона (потребитель услуг) обязуется оплатить эти услуги.*

Договор возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии, представляя собой разновидность договора возмездного оказания услуг, является консенсуальным, возмездным и синолагматическим. Кроме того, в соответствии с п. 2 ст. 26 Закона «Об электроэнергетике» договор возмездного оказания услуг по передаче электрической энергии отнесен к категории публичных договоров. В связи с этим к данному договору применяются нормы ст. 426 ГК РФ о публичном договоре.

## ОСОБЕННОСТИ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ АТИПИЧНЫХ ТРУДОВЫХ ОТНОШЕНИЙ В ПРОВИНЦИИ КВЕБЕК (КАНАДА)

Е. В. САВИНА

В последние десятилетия в Квебеке наблюдаются существенные сдвиги в распространении специфических видов трудовых взаимоотношений работников и работодателей. Главный из них заключается в том, что традиционные трудовые отношения, оформляемые обычным, или типичным, трудовым договором, заключаемым на неопределенный срок, предполагающим полное рабочее время, вытесняются нетрадиционными трудовыми отношениями, сопровождаемыми заключением атипичных трудовых договоров, в силу которых многие работники, особенно из числа мигрантов, становятся временными, работающими неполное рабочее время, на дому либо в качестве «заемных» работников и т. п. Традиционный трудовой договор заключается на предприятиях Квебека все меньшим числом работников, относящихся, как правило, к привилегированной группе (ядру) кадрового персонала, численность которого сравнительно невелика.

Таким образом, в настоящее время значительная часть работников в провинции Квебек — это лица, имеющие атипичные трудовые договоры, заключающиеся при улучшении экономической ситуации и расторгающиеся при ее ухудшении.

Согласно статистическим данным, в режиме неполного рабочего времени (менее 20 часов в неделю) работают ныне около 20 % всех трудящихся провинции Квебек. В отраслях материального производства доля частично занятых работников сравнительно невелика, и продолжительность рабочей недели здесь обычно составляет 39–40 часов. В непродуственной сфере, напротив, занятость в течение неполного рабочего дня или недели — явление довольно частое, поэтому средняя продолжительность рабочей недели работников, занятых, например, в торговле,



Савина Елена Владимировна,  
соискатель кафедры трудового  
права юридического факультета  
СПбГУ

банковско-финансовом секторе, учреждениях образования, здравоохранения и в сфере обслуживания, составляет 25–26 часов.<sup>1</sup>

Канада в целом имеет высокоразвитую рыночную экономику, для которой характерно преобладание работников, занятых в отраслях сферы услуг, в силу этого в сфере материального производства Канады работает менее 24 % общего числа занятых, а в отраслях сферы услуг — более 76 %. Поскольку же в сфере услуг все большее распространение получает занятость с неполным рабочим временем, среднегодовое рабочее время в Канаде в целом и в провинции Квебек в частности уменьшилось в последнее десятилетие на 23 часа, о чем свидетельствуют данные МОТ.<sup>2</sup>

Данная тенденция в развитии канадского рынка труда, в том числе в провинции Квебек, получила название маргинализации, под которой принято понимать изменение традиционной структуры трудовой занятости населения в пользу приоритетного развития таких ее форм, как временная работа, неполная занятость, надомный и заемный труд и т. п. Если иметь в виду, что «порог» продолжительности рабочей недели, ниже которого начинается частичная занятость, в Квебеке, как и в Канаде в целом, составляет 30 часов,<sup>3</sup> то доля работников с частичной занятостью в общей массе работников увеличилась с 9,7 % в 1973 г. до 18,8 % в 2003 г.<sup>4</sup> Указанная тенденция вызывает обоснованное беспокойство работников и профсоюзов, перерастающее в требование последних о принятии законодательных мер, облегчающих положение трудящихся, которые стали жертвой происходящих изменений на рынке труда.

Одним из важнейших негативных последствий частичной занятости является низкий уровень заработной платы. Средняя почасовая оплата труда частично занятых работников составляла в конце 1990-х годов в Квебеке порядка 34–55 % средней почасовой заработной платы полностью занятых работников.<sup>5</sup>

Приводимые данные не учитывают еще и разницу в качестве рабочих мест и профессионально-квалификационные характеристики работников с полным и неполным рабочим днем. Последние гораздо чаще трудятся не только с более низкой оплатой труда, но и на менее квалифицированных должностях, которые к тому же сосредоточены в секторах экономики с низкой оплатой труда. На средние показатели уровня заработной платы этой группы работников оказывает влияние и тот факт, что они не занимают руководящих должностей.

Еще одна причина низкой оплаты труда работников, трудящихся неполное рабочее время, объясняется тем, что большинство из них имеют стаж работы до 5 лет, тогда как у постоянных работников этот показатель превышает 5-летний период. Поскольку обычно заработная плата растет по мере увеличения непрерывного стажа работы, частично занятые

<sup>1</sup> Современная Канада. Справочник. М., 1998. С. 106–107.

<sup>2</sup> Муравьева Н. В. Рабочее время как основа нормирования труда // Труд за рубежом. 2004. № 4. С. 158.

<sup>3</sup> Вишневецкая Н. Т. Нестандартные формы занятости в странах с развитой рыночной и переходной экономикой // Труд за рубежом. 2004. № 4. С. 47.

<sup>4</sup> Там же. С. 48–49.

<sup>5</sup> Там же. С. 58.

работники вновь оказываются, с точки зрения уровня оплаты труда, в невыгодном положении, поскольку их занятость носит чаще всего временный и в силу этого дискретный характер.

Наконец, заработную плату частично занятых работников «тянет» вниз и такой фактор, как большая численность работающих, у которых очень короткая рабочая неделя — до 20 часов. Их доля в частичной занятости, составляющая в настоящее время не менее 45 %, за последнее десятилетие не претерпела существенных изменений. Эта категория работников чаще всего занята на наименее квалифицированных рабочих местах и имеет оплату по более низким ставкам, чем работники с большей продолжительностью рабочей недели.

При сравнении почасовой заработной платы между частично и полностью занятыми работниками в зависимости от уровня образования выясняется, что, хотя во всех странах и во всех образовательных категориях частично занятые работники зарабатывают меньше, этот разрыв гораздо менее существен для категорий рабочей силы с более высоким уровнем образования.

Помимо заработной платы, важной характеристикой рабочих мест частично занятых работников служит доступ к получению таких социальных услуг, как пенсии, медицинское обслуживание, оплата дней болезни, получение пособий по безработице и т. д. Несмотря на наметившиеся положительные сдвиги, доступ частично занятых работников к социальным гарантиям по-прежнему серьезно ограничен.<sup>6</sup>

Необходимо отметить, что Квебек отличается наиболее либеральная система регулирования занятости постоянных работников. Работодатели здесь самостоятельно определяют численность постоянно занятых работников, исходя преимущественно из экономической целесообразности. К тому же частота перезаключения срочных трудовых договоров здесь никак не лимитируется.<sup>7</sup> Поэтому в Квебеке временная занятость не получила широкого распространения.<sup>8</sup> Вместе с тем в Канаде в целом временная занятость колеблется с 1985 по 2000 гг. от 12 до 14 % от общей численности работающих.<sup>9</sup>

В категорию временно занятых входят достаточно разнородные группы работников, которые обладают различной степенью социальной защищенности. В структуре временной занятости в Канаде работники агентств по найму рабочей силы составляют 2,1 %, работающие по срочным контрактам — 50,4 %, работающие по вызову — 33 %, сезонные работники — 14,5 %.<sup>10</sup>

Достаточно весомой категорией временных работников являются работники по вызову (такой режим труда именуется *on call time*). Данный режим предполагает, что в определенный временной период работник фактически не работает, но готов принять вызов на работу, находясь,

<sup>6</sup> Там же. С. 59.

<sup>7</sup> Там же. С. 63.

<sup>8</sup> *OECD Employment Outlook*. 2004. P. 113.

<sup>9</sup> *OECD Economic Outlook*. 2000. P. 134.

<sup>10</sup> *Ibid.*

например, в производственных помещениях или на незначительном расстоянии от них, ожидая возможного вызова на работу. В Квебеке в данном режиме работают 33 % процента временно занятых работников. Этот режим может быть интересен и для России, так как сейчас прямого аналога ему у нас в стране нет, но, вероятно, он должен быть, коль скоро его так активно применяют в рыночной экономике страны, которая по ряду параметров весьма похожа на Россию. Возможно, что более активное использование данного режима труда в России сняло бы во многих случаях проблемы дополнительного привлечения рабочей силы в разные отрасли хозяйства.

Наибольший интерес в нашей стране вызывает в последнее время одна из форм атипичной занятости, получившая название «заемного труда». Эта форма занятости функционирует и в Квебеке, где она применяется на основе схем кадровых технологий, типичных для большинства западных стран. Небезынтересно рассмотреть трудовой договор с «заемными» работниками, применяемый в Квебеке, с целью его адаптации в российском трудовом праве.

Трудовым договором с «заемными» работниками в Квебеке признается трудовой договор с работниками, нанимаемыми специализированными частными агентствами для фирм-заказчиков на различные (обычно непродолжительные) сроки. Работники, нанимаемые такими агентствами, имеют, как правило, двух работодателей, а возникшее правоотношение носит трехсторонний характер.

В свое время отсутствие законодательного регулирования отношений заемного труда в Квебеке создавало возможности для ряда злоупотреблений как со стороны агентств, так и предприятий-пользователей, для которых использование заемной рабочей силы фактически являлось средством экономии издержек на заработную плату и иные социальные выплаты, связанные с наймом рабочей силы, дополнительным инструментом разделения персонала и усиления эксплуатации работников определенной группы, способом уклонения от обязательств, налагаемых трудовым законодательством и коллективными договорами.

С недавнего времени отношения, порождаемые заемным трудом, стали предметом правового регулирования. Национальное законодательство урегулировало ряд отношений, возникающих при найме заемной рабочей силы между работниками и агентствами, между работниками и предприятиями, пользующимися заемным трудом, между агентствами и предприятиями-пользователями, между и агентствами и государством. Из содержания принятых законодательных актов вытекает, что отношения между работником и агентством, а также между работником и предприятием, пользующимся его трудом, регулируются трудовым законодательством Канады, а в Квебеке — гражданским законодательством и законодательством о социальном обеспечении. В свою очередь отношения между агентством и предприятием-пользователем регулируются главным образом гражданским законодательством, а отношения между агентствами и государственными органами — административным законодательством.

Таким образом, новейшие законы инициировали становление весьма своеобразной гибридной схемы трехстороннего отношения: «агентство —

работник — предприятие-пользователь», которое одновременно регулируется нормами трудового, гражданского и административного права, а также и нормами права социального обеспечения.

Специфика трудового договора, заключаемого работником с агентством, определяется содержанием трудовой деятельности работника, соглашающегося выполнять различные по своему характеру работы в фирмах — клиентах агентства. Отсюда вытекают особенности взаимных прав и обязанностей сторон такого договора, который в ряде аспектов отличается от традиционного трудового договора, предполагающего выполнение определенной работы у одного работодателя — контрагента трудового договора. В силу этого трудовой договор работника с агентством рассматривается как особая разновидность трудового договора.

Применение трудового законодательства к отношениям, находящимся на стыке гражданского и трудового права, или к трудовым отношениям, завуалированным под гражданско-правовые, сопряжено с немалыми трудностями в связи с противоречивостью этих отношений и неясностью их отраслевой принадлежности. Тем не менее можно констатировать, что обнаружилась тенденция к включению этих «пограничных» отношений в сферу действия норм трудового права. Чаще всего в новейших законодательных актах расширяется понятие «работники по найму». В частности, в их число стали включаться лица, выполняющие определенные виды подрядных работ. Например, с точки зрения права независимых подрядчиков на коллективные договоры, Трудовой кодекс Канады стал относить их к числу «наемных работников». Эту же тенденцию демонстрирует и Закон о трудовых стандартах канадской провинции Квебек, который дает максимально широкое определение наемных работников. В их число включаются лица, которые принимают обязательство выполнять установленную работу для других лиц на условиях последних, а также те работники, которые обязуются получать в ходе выполнения контракта материалы, оборудование, сырье и товары и использовать их таким образом, который указан контрагентом по договору.<sup>11</sup>

Договор работника с агентством заключается бессрочно или на срок и обязательно в письменной форме. Он подлежит регистрации в органе занятости. При заключении работником договора на определенный срок продолжительность этого срока обычно равна продолжительности работы в фирме-заказчике.

Работник должен быть предварительно информирован о предприятии, на которое он направлен на временную работу, о характере работы, условиях труда, состоянии охраны труда, технике безопасности и производственной санитарии.

Агентство имеет право уволить заемного работника, если он лишается работы из-за сокращения производственной деятельности на предприятии-пользователе.

Агентство выплачивает работникам заработную плату и выполняет с определенными оговорками иные обязанности работодателя, установленные трудовым законодательством.

<sup>11</sup> Киселев И. Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 116.



Закон запрещает включать в трудовой договор работника и агентства обязательство работника оплачивать агентству услуги по подысканию работы.

Дисциплинарная власть в отношении заемных работников принадлежит агентству. Если на предприятии-пользователе работник во время работы допускает нарушение трудовых обязанностей, об этом должно быть немедленно сообщено агентству, которое вправе наложить на такого работника дисциплинарное взыскание.

Агентство несет ответственность за качество поставляемой им рабочей силы, осуществляет профессиональную подготовку, переподготовку и повышение квалификации заемных работников.

Отношения между агентством и предприятием-пользователем регулируются главным образом гражданским законодательством и оформляются договором, ближе всего стоящим по своей юридической природе к договору подряда или к договору возмездного оказания услуг. Соответствующий договор является основанием для выполнения предприятием-пользователем определенной части работодательских (предпринимательских) функций, и прежде всего директивной (контрольной) власти по отношению к заемным работникам. Предусмотренные этим договором комиссионные — плата клиента агентству за пользование его работниками должна покрывать расходы агентства по найму работников (зарботную плату, выплаты в социальные фонды и т. п.), а также административные расходы. Услуги агентства оплачиваются предприятиями-пользователями с учетом численности работников, «взятых внаймы», вне зависимости от ожидаемых результатов их труда.

Указанный договор, несмотря на его гражданско-правовую природу, налагает на предприятие-пользователя определенные обязанности трудового характера.

Договор между агентством и предприятием-пользователем заключается обычно в отношении каждого работника в письменной форме с указанием основания использования заемного труда, содержания работы заемного работника, заработной платы, условий труда, способов обеспечения безопасности труда, срока найма, возможности его продления, включением в такой договор текста правил внутреннего трудового распорядка предприятия-пользователя.

Законодательство разрешает предприятиям-пользователям привлекать заемных работников только при определенных условиях и не свыше установленных сроков. Обычно работодатель может заключить договор с агентством о поставке заемных работников: для выполнения временной работы, продолжительность которой не может быть точно определена; выполнения срочных и чрезвычайных заказов, которые важны для обеспечения нормальной производственной деятельности предприятия; замены временно отсутствующих работников; выполнения работы на период подыскания постоянного работника или в случае отсутствия на предприятии работников данной квалификации.

Работодатель не вправе привлекать заемных работников: для замены бастующих работников; для выполнения неквалифицированных, особо опасных работ; в случае, если в организации в течение прошедшего года

происходили коллективные увольнения, затронувшие работников, на специальности которых сделана заявка в агентство; если на предприятии сокращена продолжительность рабочего времени из-за нехватки работы и угрозы массовых увольнений.

Особого внимания заслуживает вопрос о распределении ответственности предприятия-пользователя и агентства в случае нарушения трудовых прав работников. Здесь возможны различные варианты. Предприятие-пользователь несет самостоятельную ответственность за нарушение правил техники безопасности и гигиены труда, причинившее вред заемному работнику, а также при дискриминации заемных работников. В случае банкротства агентства предприятие-пользователь несет субсидиарную ответственность за выплату заемным работникам заработной платы. В провинции Квебек суды руководствуются юридической конструкцией «общего предпринимателя», которая предполагает, что в ряде случаев оба работодателя, т. е. агентство и предприятие-пользователь, несут ответственность перед заемным работником. Например, предприятие-пользователь несет ответственность за производственную травму, причиненную заемному работнику во время работы на этом предприятии, если агентство не застраховало такого работника.

Законодательство разрешает предприятию-пользователю принимать заемного работника в штат на постоянную работу после завершения его временной работы, без какой-либо выплаты предприятием-пользователем компенсации агентству. Эти нормы призваны облегчить трудоустройство заемных работников на постоянную работу к работодателю, использующему их труд, превращая этот труд в ступеньку на пути к постоянной занятости.

Сказанное о найме заемной рабочей силы в Квебеке позволяет выявить цели, преследуемые законодательством при регулировании отношений по заемному труду, к каковым можно отнести: стремление обеспечить законность и подконтрольность деятельности агентств по найму труда; содействовать равенству «заемных» и постоянных работников; сохранение занятости постоянных работников предприятий-пользователей и недопущение их вытеснения «заемными» работниками.

В России, в частности в Москве и других крупных городах, тоже появились так называемые частные агентства по занятости. Прежде российские граждане сталкивались лишь с агентствами по трудоустройству. Пришел человек в такое заведение, помогли ему устроиться на работу — и спасибо. Новые же агентства сами распоряжаются рабочей силой, сдавая ее в наем. Это и называется заемным или лизинговым трудом. Одни считают его перспективным, другие — современной формой рабства.

Подобные кадровые агентства появились в Москве после кризиса 1998 г., когда многим предприятиям пришлось резко сократить свои расходы, в том числе на оплату труда персонала. Сегодня таких агентств в городе уже десятки. У них ничего нет, кроме рабочей силы. Они принимают на работу граждан, заключают с ними некие «самодетельные» договоры, в которых записано, что человек будет заниматься тем-то и тем-то (где понадобится) и при выполнении работы получать такую-то зарплату. В свою очередь организация, которой нужно выполнить определенную

работу, заключает договор уже с этим агентством, платит ему деньги и получает труд работников. Работодатель, в организации которого эти люди фактически работают, не отвечает ни за оплату труда, ни за его условия, в итоге у работников нет ни трудовых прав, ни их гарантий.

Существует немало организаций, в том числе государственных, берущих работников именно в кадровых агентствах. Эту схему найма труда применяет, например, ГУМ, имеющий на своей территории огромное количество всяких торговых павильонов, у владельцев которых нет ни одного штатного работника. Ввиду этого там действуют 18 кадровых агентств, поставляя продавцов по системе заемного труда.

К сожалению, система заемного труда в целом не имеет в нашей стране надлежащей правовой основы, к тому же Россия не ратифицировала и соответствующую конвенцию МОТ, в связи с чем заемные работники зачастую оказываются лишены элементарной правовой защиты, предусмотренной Трудовым кодексом, поскольку такой работник нанимается, как правило, без заключения трудового договора и может быть в любой момент уволен. Тем самым организация, пользующаяся заемной рабочей силой, может игнорировать многие положения трудового законодательства, касающиеся оплаты больничных листов, предоставления оплачиваемого отпуска и т. п.

Совершенно очевидно, что без законодательного разрешения данной проблемы наше государство может столкнуться с массовыми нарушениями прав человека в сфере трудовых отношений, что, разумеется, недопустимо для страны, которая именует себя в Конституции правовым демократическим и социальным государством.

Одной из причин применения гражданско-правовых договоров вместо трудовых является «запаздывание» трудового права во введении новых норм, позволяющих регулировать атипичные трудовые отношения адекватно современным реалиям, учитывая при этом интересы не только работников, но и работодателей, отказывающихся в условиях предпринимательства от старых форм и методов организации труда.

Примером такого «запаздания» как раз и является отсутствие надлежащей правовой регламентации заемного труда (лизинга рабочей силы). Современные требования экономики уже сформировали психологию работодателя-предпринимателя, который не всегда заинтересован в постоянных кадрах конкретных профессий в силу эфемерного характера своей производственно-коммерческой деятельности, подвижности спроса на выпускаемую продукцию или оказываемые услуги и по другим причинам. Лизинг же рабочей силы экономически выгоден работодателю, поскольку освобождает его от многочисленных проблем, связанных с подбором квалифицированной рабочей силы, увольнением работников, согласованием управленческих решений, выполнением иных формально-правовых процедур в области работы с кадрами. Сегодня эту нелегкую работу берет на себя кадровое агентство, которое для ее выполнения имеет квалифицированный штатный персонал, а с помощью предоставляемых им заемных работников работодатель может оперативно решать свои кадровые проблемы, в том числе своевременно заменять работников, отсутствующих по любой причине, включая уважительные (командировка, болезнь, учеба, отпуск).

Институт заемного труда уже получил правовое признание во многих зарубежных странах, и для обеспечения его более широкого применения была принята Конвенция МОТ № 181 о частных агентствах занятости (1997 г.). Однако российский законодатель эту конвенцию до сих пор не ратифицировал. Для этого имеется как минимум одна формальная причина. Статья 1 Трудового кодекса РФ предполагает наличие у работника трудовой связи только с одним «данном работодателем». Между тем характерная черта лизинга рабочей силы как раз и состоит в фактической работе именно в другой организации, о чем стороны должны договариваться при заключении трудового договора. При этом реализация трудовой функции работника как бы перемещается «на сторону», к фактическому работодателю, которого Конвенция МОТ называет «предприятием-пользователем» и относит к третьим лицам.

Отсутствие в российском трудовом законодательстве специальных норм по данному вопросу создает на практике сложную ситуацию: заемный труд фактически существует, но возникающие при его использовании трудовые отношения остаются вне правового поля, что вызывает серьезные неудобства и для работников, и для работодателей, вовлеченных в оборот заемного труда. Поскольку практика отечественных кадровых агентств опережает трудовую правовую теорию, эту нишу сегодня заполняют нормы гражданского права. При этом сами цивилисты склонны рассматривать заемный труд в качестве объекта имущественных отношений по оказанию возмездных услуг. В частности, ими предлагается для регулирования указанных трудовых отношений использовать самостоятельный вид договора — договор предоставления персонала.<sup>12</sup> Тем самым предпринимается попытка вывода из сферы действия норм трудового права весьма значительной категории работников, при этом правовая регламентация их труда противопоставляется труду, выполняемому постоянными работниками, занятыми на предприятии-пользователе по трудовому договору. Думается, что ратификация Конвенции МОТ № 181 могла бы помочь обеспечить наиболее гармоничный симбиоз двух договоров, применяемых для оформления традиционных и нетрадиционных видов трудовых отношений.

Г. С. Скачкова высказала предложение провести глубокий юридический анализ трудовых отношений на гражданско-правовой основе ввиду «недопустимости расширения вторжения норм гражданского права в сферу регулирования трудовых отношений».<sup>13</sup> Такой анализ должен включать в себя исследование причин появления новых форм и видов взаимоотношений участников трудового процесса, прежде всего так называемых «неправовых практик» (неправовых трудовых отношений), при которых с работником не заключается ни трудовой, ни гражданский договор, а выполнение работы осуществляется просто на основе устной договоренности сторон. По данным социологов, половина работающих

<sup>12</sup> Шиткина И. Договор предоставления персонала: что это такое? // Хозяйство и право. 2004. № 1. С. 98–102.

<sup>13</sup> Скачкова Г. С. Расширение сферы действия норм трудового права и дифференциация его норм. М., 2003. С. 228.

(в сфере малого и среднего бизнеса — до 75 %) не воспринимают требование закона о письменном договоре как нарушение своих трудовых и гражданских прав, а находят такие трудовые связи удобными для себя, предпочитая устную договоренность формальному найму.<sup>14</sup> Одна из причин этого — сохраняющееся противостояние двух рассматриваемых договоров в их практическом использовании.<sup>15</sup>

Не существует достаточно определенных и четких критериев, позволяющих уверенно отделить в данном случае трудовой договор от гражданско-правового, поскольку оба договора регулируют однородные отношения, связанные с трудовой деятельностью. К тому же сама российская действительность подтвердила, что наряду с расширением влияния трудового права на отношения, регулируемые нормами других отраслей права, происходит и проникновение в само трудовое право гражданско-правовых приемов и конструкций регулирования общественно-трудовых отношений, например при правовом регулировании отношений с участием руководителей организаций либо отношений по возмещению морального вреда или ущерба, причиненного работодателем работнику. Такое перетекание правовой материи из одной отрасли права в другую, вызываемое потребностями реальной жизни, — явление вполне закономерное, обусловленное к тому же единством системы российского права.

Вероятно, решение этой проблемы в России возможно только за счет урегулирования отношений по заемному труду на законодательном уровне. Оппоненты выдвигают тезис о том, что в этом нет особой необходимости, потому что уже сейчас существуют альтернативные заемному труду варианты: институт временного замещения, срочный трудовой договор, договор о сезонных работах, проведение законных и комплексных мероприятий по сокращению численности работников.<sup>16</sup> Но эти же возможности существуют и в провинции Квебек. Тем не менее заемный труд был там легализован, к чему канадского законодателя подвела сама экономическая ситуация.

Наша страна не должна выпадать из сферы действия общих экономических закономерностей, действующих в странах с рыночной экономикой. Одной из таких закономерностей является сегодня «гибкость» рынка труда, которая достигается в том числе за счет расширения применения атипичных форм трудовой занятости населения. В этом может быть полезным и опыт провинции Квебек по правовому регулированию отношений заемного труда.

---

<sup>14</sup> Заславская Т., Шабанова М. Неправовые трудовые отношения: реакция россиян // Человек и труд. 2004. № 4. С. 39–42.

<sup>15</sup> Сойфер В. Г. Трудовое и гражданское законодательство в регулировании трудовых отношений // Законодательство и экономика. 2005. № 9.

<sup>16</sup> Ершова Е. А. Заемный труд // Трудовое право. 2004. № 10; Коршунова Т. Ю. Правовое регулирование отношений, связанных с направлением работников для выполнения работ в других организациях (заемный труд) // Трудовое право. 2005. № 6.

## ЗАМЕТКИ О Ю. Г. БАСИНЕ\*

Ю. К. ТОЛСТОЙ\*\*

Мое знакомство с Ю. Г. Басиным, которое впоследствии переросло в доверительные товарищеские отношения, восходит к первой половине шестидесятых годов прошлого столетия, когда он приехал в Ленинград в связи с подготовкой докторской диссертации по жилищному праву. Вскоре он защитил ее в Ленинградском (ныне Санкт-Петербургском) государственном университете. Однако еще до того, как состоялось очное знакомство, я основательно изучил в Библиотеке имени В. И. Ленина (тогдашней Ленинке) кандидатскую диссертацию Ю. Г. Басина, посвященную правовым вопросам капитального строительства. Уже тогда понял, что в лице Ю. Г. Басина в цивилистическую науку пришел самобытный ученый, работа которого наряду с диссертацией В. Ф. Чигира, также мною изученной, выделялась из других диссертаций по сходной проблематике. Правда, таких работ в то время вообще было немного. Можно, однако, сказать, что диссертации Ю. Г. Басина и В. Ф. Чигира по своему уровню не уступали, а кое в чем и превосходили бывшую в то время в обращении монографию о правовом регулировании капитального строительства такого почтенного ученого, как И. Л. Брауде.

Отличительной чертой диссертаций Ю. Г. Басина и В. Ф. Чигира было то, что в них удалось раскрыть практическую значимость исследуемых проблем, обеспечив наряду с этим высокий теоретический уровень представленных к защите диссертаций. На глубокие обобщения оба автора выходили через призму злободневных, а порой и кричащих прикладных проблем, которых в области капитального строительства всегда было, да и сейчас предостаточно.

Симптоматично, что после успешной защиты кандидатских диссертаций оба ученых — и Ю. Г. Басин, и В. Ф. Чигир — обратились к вопросам жилищного права, посвятив им докторские диссертации. И в этой области они достигли впечатляющих результатов. Обращение к жилищному праву после исследования правовых вопросов капитального строительства закономерно, поскольку, прежде чем распределять и использовать жилье, нужно его построить.

Ю. Г. Басина и В. Ф. Чигира роднит не только общность их научных интересов (капитальное строительство и жилищное право), но и то, что

\* Ряд фактов о жизни и деятельности Ю. Г. Басина почерпнуты из книги «Басин», подготовленной юридической фирмой «Эквита» (Алматы, 2008).

\*\* Академик РАН, д. ю. н., Заслуженный деятель науки РФ, Почетный профессор СПбГУ.

© Ю. К. Толстой, 2008

они символизируют единение (вопреки всем трудностям как извне, так и изнутри) четырех ныне независимых государств: Беларуси, Казахстана, России и Украины. В. Ф. Чигир — белорус не только по национальной принадлежности и гражданству, но и по всей безупречно прожитой жизни, в том числе и творческой, которая, слава Богу, продолжается. Ю. Г. Басин как никто другой олицетворяет единение Казахстана, России и Украины. На Украине он родился, окончил среднюю школу и ушел на фронт защищать Советскую Родину, пролив за нее немало крови. По завершении Отечественной войны, отмеченный боевыми наградами, Ю. Г. Басин возвращается на Украину. Высшее юридическое образование получает в Алма-Атинском юридическом институте. Направляется на преподавательскую работу в Казахстан, где успешно трудится, вплоть до кончины, свыше пятидесяти лет, заслужив высокие государственные награды и, самое главное, признание многих тысяч учеников, слушателей и читателей не только в Казахстане, но и в других странах как Ближнего, так и Дальнего Зарубежья.

Казахстан стал его второй Родиной. В течение нескольких десятилетий он был лидером цивилистической школы Республики Казахстан, воспитав многих видных ученых, государственных и общественных деятелей из представителей как коренной национальности, так и других наций, проживающих в Казахстане. Достаточно назвать имена М. К. Сулейменова и А. Г. Диденко. Все они в братском единении трудятся над решением стоящих перед их страной — Республикой Казахстан — непростых задач. В свою очередь становление Ю. Г. Басина как ученого происходило под влиянием таких цивилистов, как М. А. Ваксберг, Г. М. Степаненко, В. А. Рясенцев, и многих других. Кандидатскую диссертацию Ю. Г. Басин защитил в Москве, а докторскую — в Ленинграде, что, как нельзя лучше, свидетельствует о его неразрывных узах с ведущими цивилистическими школами, сложившимися в дореволюционной России, сохранившимися в Советском Союзе, а ныне продолжающими развиваться в Российской Федерации (наряду с екатеринбургской, томской, саратовской и другими). Нельзя сбрасывать со счетов и прочные контракты Ю. Г. Басина с представителями цивилистических школ других республик, некогда входивших в Советский Союз (Украины, Белоруссии, Узбекистана, Таджикистана, Грузии, республик Прибалтики и т. д.), а также стран Дальнего Зарубежья.

Ю. Г. Басин в самые трудные времена не помышлял о перемене места жительства, к нему вполне приложимы слова известной песни: «не нужен мне берег турецкий и Африка мне не нужна». Это интернационалист в подлинном смысле слова, ему одинаково чужды и какой бы то ни было шовинизм и национальная ограниченность. О людях Басин судил не по конфессиональной принадлежности и тем более не по пунктам в анкете, а по их помыслам и делам. Не случайно он притягивал к себе людей, которые далеко не всегда жаловали друг друга. Известно, например, что он был тесно связан с О. С. Иоффе, который считал его самым близким своим другом. Когда, однако, наши пути с О. С. Иоффе круто разминулись, Ю. Г. Басин и я продолжали поддерживать доверительные отношения, что выражалось в переписке, которую мы вели. В своих письмах Ю. Г. Басин

давал глубокую характеристику того, что происходило на постсоветском пространстве, в том числе и в Республике Казахстан. При этом он не впадал в крайности, его оценки взвешены и продуманы. Наши оценки происходивших событий и задействованных в них людей далеко не всегда совпадали. И это естественно, поскольку те, кто находится в переписке (особенно ученые), интересны друг другу «лица необщим выраженьем».

После ретроспективного взгляда в черты личности Ю. Г. Басина и вехи его пути вернемся к шестидесятым годам и докторской диссертации Ю. Г. Басина. Если предельно кратко охарактеризовать квинтэссенцию этой диссертации, ее ноу-хау, то оно сводится к тому, что решающее значение в возникновении жилищных правоотношений в государственном жилищном фонде (как местных советов, так и ведомственном) придается административным актам распределения жилых помещений — ордерам. Что же касается договоров жилищного найма, то они лишь конкретизируют то, что заложено в ордере. Концепция Ю. Г. Басина, которая в известной мере развивала взгляды на сей счет основоположника науки советского жилищного права С. И. Аскназия, изложенные им в монографии, изданной накануне войны, в 1940 г., существенно отличалась как от теории юридического состава (в то время ее придерживалось большинство жилищников), так и от теории, в которой решающее значение в возникновении жилищных правоотношений придавалось все же договору жилищного найма.<sup>1</sup>

С выходом в свет монографии С. И. Аскназия связан любопытный факт, о котором мне поведала его вдова — Фанни Марковна. До войны С. И. Аскназий работал в Ленинградском юридическом институте им. М. И. Калинина. В тридцатые годы институт подвергся основательной чистке, многие работники института были репрессированы. С. И. Аскназий уцелел чудом, может быть потому, что в силу своей мягкости и деликатности никому не причинил зла и никто не точил на него зуб, не имел на него «*animus gaudendi*» (желания нагадить), как говорил С. И. Аскназий. В институт приехал М. С. Строгович, крупный ученый, известный своими работами по уголовному процессу, теории права и логике. Благодаря контактам с А. Я. Вышинским, Строгович слыл влиятельной фигурой. В институте с ним была организована встреча. Увидев Аскназия, Строгович обратился к нему с вопросом: почему Вы не защищаете докторскую диссертацию, ведь она у Вас готова, сославшись на вышедшую монографию по жилищному праву.

С. И. Аскназий, будучи во всех отношениях человеком необычайно щепетильным, воспринял эту рекомендацию как неверие в его творческие возможности. Сам он активно разрабатывал основные проблемы теории гражданского права. Рекомендацией М. С. Строговича С. И. Аскназий не воспользовался и уже после войны блестяще защитил докторскую диссертацию, предварительно выпустив из своего гнезда О. С. Иоффе и А. С. Аллойца, которые в кандидатских диссертациях развивали идеи учителя.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Подробную характеристику концепции Ю. Г. Басина и других бытовавших в науке на сей счет взглядов см.: Толстой Ю. К. Развитие и совершенствование жилищного законодательства в СССР // Правоведение. 1971. № 1; 2.

<sup>2</sup> Фундаментальный труд С. И. Аскназия полностью опубликован лишь через шестьдесят лет после его защиты в качестве докторской диссертации (Аскназий С. И. Основные



Привел этот пример, чтобы показать, что ученый может по-разному подходить к реализации выношенных им теоретических положений. Вполне обоснован путь, по которому шел С. И. Аскназий. Но плодотворен и тот путь, который избрали Ю. Г. Басин и В. Ф. Чигир. Они сумели изложить свои теоретические воззрения в исследованиях, которые на первый взгляд несут прикладной характер, а по существу содержат глубокие обобщения и служат питательной средой для дальнейшего развития науки в самых различных направлениях.

Исследование Ю. Г. Басина поучительно и в другом отношении. При поверхностном подходе к труду Ю. Г. Басина может показаться, что он выступает в нем как глашатай административных методов регулирования жилищных отношений, принижает роль договора и т. д. На деле это не так. Ю. Г. Басин перевел в плоскость выверенных юридических конструкций то, что было прописано в законодательстве, не «пудрил» людям мозги по поводу роли договора, а без обиняков обнажил то, что было на самом деле. Именно так и должен поступать ученый. Не выдавать, пусть и желаемое, за действительное, не строить иллюзий, а вдумчиво прокладывать мостки к такому правовому регулированию соответствующих отношений, которое представляется оптимальным, учитывая при этом множество различных факторов.

Кстати, по тем же основаниям беспочвенны упреки некоторых «чистых» цивилистов в адрес концепции хозяйственного (предпринимательского) права в том, будто ее сторонники выступают за сохранение административно-командных методов управления экономикой, противятся внедрению в управление экономикой стоимостных начал, развитию инициативы и самостоятельности участников экономических отношений и т. д. Хозяйственники, в отличие от ряда «чистых» цивилистов, никогда не закрывали глаза на то, что в управлении экономикой в течение десятилетий действительно превалировали административно-командные методы, и пытались (правда, не всегда успешно) ввести их в правовые рамки.<sup>3</sup> Хотя на Всесоюзном совещании работников права в 1938 г., на котором руководил А. Я. Вышинский, хозяйственное право вроде бы и было предано анафеме, в регулировании экономикой и после совещания решающая роль по-прежнему отводилась административно-командным методам, получавшим юридическое оформление в административно-хозяйственном законодательстве. Более того, в преддверии войны, в военный и послевоенный периоды значение этих методов резко возросло, причем сами указанные методы не могут оцениваться однозначно. В экстремальных

---

вопросы теории социалистического гражданского права. М., 2007). Ну как не верить после этого тому, что свою судьбу имеют не только люди, но и книги!

<sup>3</sup> Впрочем, наиболее авторитетные представители цивилистической науки никогда не зацикливались в своих исследованиях в частноправовых рамках. Достаточно напомнить труды С. Н. Братуся об административной и гражданской правосубъектности, А. В. Венедиктова о государственной собственности и органах управления ею, М. М. Агаркова об обязательствах. Едва ли можно сказать, какой материал в их трудах превалирует: частноправовой или публично-правовой. Подтверждением плодотворности целостного подхода к исследованию правовых форм, опосредующих организационно-управленческие и имущественно-стоимостные отношения, служит также упомянутый труд С. И. Аскназия.

ситуациях, которых у нас хватало и хватает, без них просто-напросто нельзя обойтись.

Ныне основная задача состоит в том, чтобы в управлении экономической найти оптимальный баланс соотношения административных и стоимостных начал или, проще говоря, норм публичного и частного права. Пока этот оптимальный баланс так и не найден.

Ю. Г. Басин, будучи одним из ведущих разработчиков ГК Казахской ССР, созданного на базе Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г., сумел закрепить в ГК Казахской ССР целый ряд положений, которые он выдвигал в своих работах, убедив в их обоснованности законодательные органы республики. В первую очередь речь идет о положениях, касающихся жилищных отношений.

Разумеется, после распада Союза ССР, провозглашения Казахстана независимым суверенным государством, в процессе перестройки экономики на рыночных началах подход ко многим проблемам, в том числе и связанным с удовлетворением потребностей граждан в жилье, претерпел существенные изменения. В той области, которая была в центре научных интересов Ю. Г. Басина, решающие изменения произошли в связи с приватизацией жилищного фонда.

Приватизация, которая приобрела массовый характер, подвигла Ю. Г. Басина к выводу о необходимости расширить понятие жилищных отношений за счет включения в него едва ли не всех отношений по удовлетворению потребностей граждан в жилье, в том числе и отношений по удовлетворению потребности в жилье самого собственника. При этом Ю. Г. Басин имел в виду главным образом отношения собственности, возникающие в результате приватизации гражданами жилых помещений, которые ранее предоставлялись им по ордерам внаем в домах государственного жилищного фонда. Этой точки зрения, которой придерживаются и другие ученые, я не разделяю.<sup>4</sup> Думаю, что здесь Ю. Г. Басин встал на путь размывания понятий, против чего предостерегал один из его учителей — О. С. Иоффе. Я не оговорился, назвав О. С. Иоффе одним из учителей Ю. Г. Басина, хотя разница в возрасте составляет у них всего три года. К моменту вступления Басина на научную стезю Иоффе уже получил признание главным образом благодаря монографии «Правоотношение по советскому гражданскому праву», изданной в 1949 г. С этой монографией Басин был хорошо знаком, и она существенно повлияла на формирование его научных взглядов.

Напомню, что Иоффе решительно выступал против размывания правовых понятий, показав на примере таких понятий, как юридическое лицо, оперативное управление и хозяйственное обязательство, что ни к чему хорошему это не приводит.<sup>5</sup> При всех разногласиях с Иоффе я в этом вопросе его поддерживаю. Размывание понятий ведет к их девальвации, к тому, что понятие утрачивает как познавательную ценность, так и практическое значение.

<sup>4</sup> К ним относятся, в частности, С. М. Корнеев, П. В. Крашенинников и Е. А. Суханов.

<sup>5</sup> См.: Иоффе О. С. Логические пределы понятий юридического лица, оперативного управления, хозяйственного обязательства // Правоведение. 1972. № 6. С. 103–115.

Встав на путь предельного расширения понятия «жилищные отношения», Ю. Г. Басин в этой части неосновательно сузил понятие отношений собственности. Продолжаю считать, что понятие «жилищные отношения» может быть взято на вооружение лишь тогда, когда отношения по использованию жилья опосредуются юридически отношениями, носящими не абсолютный, а относительный характер. Нужно, однако, признать, что позиция Ю. Г. Басина и его единомышленников получила в этом вопросе поддержку разработчиков Жилищного кодекса РФ.

Другая теоретическая посылка Ю. Г. Басина, которую я также не разделяю, в известной мере противоположна только что рассмотренной, но в то же время является ее продолжением. В одной из статей, опубликованных в сборнике «Гражданское законодательство Республики Казахстан»,<sup>6</sup> Ю. Г. Басин предпринял попытку сформулировать такое понятие права собственности, под которое можно было подвести не только вещное право собственности в его традиционном понимании, свойственном континентальному европейскому праву, но и иные права, в том числе право интеллектуальной собственности. Здесь автор тяготеет к англо-американской системе права, в которой в понятие права собственности вкладывается более широкое содержание, нежели в континентальном праве. И этой попытке я не разделяю. На первый взгляд, она призвана укрепить позиции права собственности в системе правовых понятий, а на деле ведет к размыванию понятия права собственности. В этой части я также согласен с критикой, которую Ю. Г. Басину адресовал О. С. Иоффе.<sup>7</sup> Путь, на который вступил Ю. Г. Басин, достаточно спорен. Отсюда не так далеко и до признания права собственности на бездокументарные ценные бумаги и до признания возможности их виндикации. Не думаю, чтобы сам Ю. Г. Басин был бы обрадован теми выводами, которые могут быть сделаны из его теоретических посылок.

Нетрудно заметить, что целый ряд теоретических положений, выдвинутых Ю. Г. Басиным, особенно в последние годы его творческого пути, я не разделяю. В первую очередь это относится к попыткам внести существенные изменения в сложившуюся как в российском праве, так и в праве Республики Казахстан систему правовых понятий.

Уместно ли писать об этом в статье, посвященной памяти ученого, к которому испытываю уважение? Уверен в том, что уместно, как уверен и в том, что сам Ю. Г. Басин решительно возражал бы против попыток навести на него хрестоматийный глянec, чем бы они ни мотивировались. Если он нас слышит (а это никому не дано знать!), то испытывает удовлетворение, оставаясь в рабочем строю наравне со всеми, а в чем-то, возможно, и опережая нас.

<sup>6</sup> Басин Ю. Г. К вопросу о понятии права собственности // Гражданское законодательство Республики Казахстан. Статьи. Комментарии. Практика. Вып. 17. Алматы, 2003. С. 28–40.

<sup>7</sup> См.: Иоффе О. С. Рецензия на статью Ю. Басина «К вопросу о понятии права собственности» // Гражданское законодательство Республики Казахстан. Вып. 19. Алматы, 2004. С. 58 и др.

ОТЕЧЕСТВЕННАЯ ИСТОРИЯ  
НОРМАТИВНОЙ РЕГЛАМЕНТАЦИИ  
НОМЕНКЛАТУР СПЕЦИАЛЬНОСТЕЙ НАУЧНЫХ РАБОТНИКОВ  
ПРИМЕНИТЕЛЬНО К ЮРИСПРУДЕНЦИИ\*

Л. С. БАЛЕЕВСКИХ\*\* , А. И. МУРАНОВ\*\*\*

Настоящая работа посвящена вопросу о том, когда и какими нормативными актами принимались и изменялись номенклатуры специальностей научных работников в той их части, которая относится к юридическим наукам.<sup>1</sup> Как известно, такие номенклатуры использовались и используются в государственной системе аттестации научных и научно-педагогических кадров высшей квалификации, в том числе в ходе подготовки и защиты диссертаций на соискание ученой степени доктора или кандидата наук.

Рассматриваемый вопрос представляет интерес не только с точки зрения истории государственной системы аттестации научных и научно-педагогических кадров высшей квалификации или истории защиты докторских и кандидатских диссертаций по юридическим наукам.

Как известно, классификация лежит в основе любой науки, равно как и любой иной деятельности человека. С ее помощью упорядочивают факты, изучают теоретические конструкции, а сложные проблемы разлагают на сумму простых. Соответственно вопрос об истории нормативной регламентации номенклатур — частный случай сложнейшей проблемы классификации в праве. Его подробный анализ мог бы выявить весьма любопытные факты и закономерности в развитии отечественной юриспруденции. Впрочем, это должно составить предмет отдельного исследования.

Кроме того, вопрос о нормативной регламентации номенклатур имеет сегодня и практическую значимость. В СССР и России с 1962 по

---

\* Статья представляет собой журнальный вариант главы в книге, выпущенной Издательским Домом «Городец»: *Справочник диссертаций по юридическим наукам*: МГИМО (1949–2007 гг.) / науч. ред. А. И. Муранов. М., 2008.

\*\* Балеевских Людмила Сергеевна — юрист коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры».

\*\*\* Муранов Александр Игоревич — к. ю. н., доцент, кафедра международного частного и гражданского права МГИМО, президент коллегии адвокатов «Муранов, Черняков и партнеры» ([www.gospravvo.ru](http://www.gospravvo.ru); [www.muranov.ru](http://www.muranov.ru)), член Центрального Совета Ассоциации юристов России.

© Л. С. Балеевских, А. И. Муранов, 2008

<sup>1</sup> Далее под понятием «номенклатура» (если иное не следует из контекста) будет пониматься исключительно та часть действовавшей в соответствующий период номенклатуры специальностей научных работников, которая касается юридических наук. При этом номенклатуры приводятся ниже в виде, максимально приближенном к тому, в каком они были опубликованы в соответствующих источниках.

2001 г. были введены в действие 10 номенклатур. Ввиду этого без знания о том, когда это происходило и каково было содержание этих номенклатур, невозможно понять, например, многие вопросы, связанные с теми различными отечественными докторскими и кандидатскими диссертациями по юридическим наукам, которые имеют значение и для сегодняшней российской юриспруденции.<sup>2</sup>

### Период с 1819 по 1918 г.<sup>3</sup>

1. История регламентации в России вопросов номенклатуры научных специальностей начинается с понятий «род науки» и «класс науки», использовавшихся в «Положении о производстве в ученые степени» 1819 г. Однако об их сущности законодатель ничего не говорил.

«Положение об испытаниях на ученые степени» 1837 г. использовало термин «разряд»: «Для приобретения степени магистра надлежит выдержать испытание в определенном числе предметов факультета или отделения. Эти предметы делятся на два разряда, а именно: первые или главные — те, по которым ищущий степени желает получить ученое звание, например, магистра философии, магистра российской и славянской словесности, магистра исторических наук и т. д.; вторые предметы, стоящие в ближайшей связи с первым или служащие им объяснением». Под «разрядом» законодатель понимал главные и второстепенные предметы.

Аналогичный подход в объяснении понятия «разряд» использовался в «Положении о производстве в ученые степени» 1844 г.

Только в «Положении об испытаниях на звание действительного студента и на ученые степени» 1864 г. впервые встречается словосочетание «разряд науки» и его объяснение. В соответствии с его ст. 20 «для приобретения степени магистра надлежит выдержать испытание в определенном числе главных и вспомогательных предметов факультета отделения. Такое число предметов составляет особый разряд наук, по которому ищущий степени желает получить оную». Таким образом, совокупность главных и вспомогательных предметов в рамках факультета составляла сущность термина «разряд науки», который определял научную специализацию в области отдельной науки (чаще всего в рамках отдельного факультета). Эта специализация соответствовала, как правило, названиям университетских кафедр.

<sup>2</sup> К сожалению, до сих пор применительно к вопросу о нормативной регламентации номенклатур специальностей научных работников в различных источниках допускаются разнообразные неточности. Например, в электронной правовой системе «КонсультантПлюс» указывается на то, что действующий сегодня Приказ Министерства промышленности, науки и технологий России от 31 января 2001 г. № 47 «О Номенклатуре специальностей научных работников» не был опубликован, что не так (см. п. 14 ниже). Более того, в электронной правовой системе «Гарант» данный приказ вообще не приводится, и из нее следует, что в России до сих пор действует Номенклатура, утвержденная еще в 1995 г. (см. п. 12 ниже).

<sup>3</sup> Приводимая в данном разделе информация воспроизводит (за исключением текста, начинающегося со слов «Г. Г. Кричевский, посвятивший многие годы», и следующего за ними) с незначительными изменениями сведения из следующей работы: *Воропаев И. Г.* Порядок присуждения ученых степеней в России и СССР (1802–1995). Дис. ... к. ю. н. Невинномысск, 2000. С. 107–110.

От первого Положения о производстве в ученые степени к последующим аналогичным постановлениям (1837, 1844, 1864 гг.) происходил постепенный рост количества разрядов наук. Положение 1819 г. включало 17 разрядов наук, среди которых к юридическим разрядам относились: 2) богословие и право гражданское и каноническое; 3) право естественное, частное, публичное и народное, дипломатика; 4) право римское; 5) право российское публичное, гражданское и уголовное; частное право присоединенных губерний; судопроизводство ко всем сим частным правилам.<sup>4</sup>

К 1917 г. насчитывалось уже 55 разрядов наук, из которых юридическими разрядами были: 23) гражданское право; 24) уголовное право; 25) государственное право; 26) полицейское право; 27) финансовое право; 28) международное право; 30) церковное законоведение; 31) римское право; 32) история русского права.

На юридических факультетах университетов Российской империи наблюдался рост числа разрядов юридических наук: с 1819 по 1837 г. их было 5; с 1837 по 1844 г. — 8; с 1844 по 1864 г. — 6; с 1864 по 1917 г. — 10.

Г. Г. Кричевский, посвятивший многие годы изучению юридических диссертаций, защищенных до 1917 г., приводит следующие данные, которые несколько отличаются от данных И. Г. Воропаева: «Номенклатура разрядов наук по юридическим факультетам университетов Российской империи (в соответствии с “Положениями о производстве в ученые степени”)

#### *С 1819 по 1837 г.*

1. *Право: естественное, частное, публичное и народное; дипломатика.*
2. *Право римское.*
3. *Право российское: публичное, гражданское и уголовное; право частное присоединенных губерний, состоящих на особенных постановлениях. Судопроизводство в отношении ко всем сим частным правилам.*
4. *Политическая экономия.*
5. *Политическая история и статистика главнейших государств, особливо российского.*

#### *С 1837 по 1844 г.*

На степень магистра законоведения

1. *Гражданское законоведение.*
2. *Уголовное законоведение.*
3. *Государственное законоведение.*

На степень доктора по юридическому отделению

1. *Российские государственные законы, т. е. законы основные, законы о состояниях и государственные учреждения.*
2. *Римское законодательство и история оногo.*
3. *Гражданские законы общие, особенные и местные с судопроизводством.*
4. *Законы полицейские и уголовные с судопроизводством.*
5. *Общеправовое законоведение и дипломатия.*

---

<sup>4</sup> Здесь и далее разряды наук приводятся в том порядке и с теми номерами, которые были использованы в соответствующем нормативном акте.

**С 1844 по 1864 г.**

На степень магистра законовeдения

1. *Гражданское право.*
2. *Уголовное право.*
3. *Государственное право.*
4. *Общепародное право.*

На степень доктора по юридическому отделению

1. *Юридические науки.*
2. *Политические науки.*

**С 1864 по 1917 г.**

На степени магистра и доктора по юридическому факультету

1. *Гражданское право.*
2. *Уголовное право.*
3. *Государственное право.*
4. *Полицейское право.*
5. *Финансовое право.*
6. *Международное право.*
7. *Политическая экономия».*<sup>5</sup>

Пунктом 1 Декрета СНК РСФСР от 1 октября 1918 г. «О некоторых изменениях в составе и устройстве государственных ученых и высших учебных заведений Российской Республики»<sup>6</sup> «ученые степени доктора, магистра... и все связанные с этими степенями права и преимущества» отменялись. Соответственно, существовавшие на тот момент правила о разрядах наук также утратили силу.

**Период с 1918 по 1995 г.**

2. Возрождение Номенклатуры связано с Инструкцией Комитета по высшему техническому образованию при ЦИК СССР о порядке применения Постановления СНК СССР «Об ученых степенях и званиях», утв. СНК СССР 10 июня 1934 г.<sup>7</sup> В разд. III «Присуждение ученых степеней» данной Инструкции были перечислены отрасли научных знаний, по которым тот или иной орган имел право присуждать ученые степени:

«§ 14. Присуждение ученых степеней производится органами, перечисленными в ст. 11 и 12 Постановления СНК от 13 января 1934 г., по следующим отраслям научных знаний: <...>

V. Президиум Комакадемии: <...> 3) советское строительство и право».

Далее, в п. 11 Постановления СНК СССР от 20 марта 1937 г. № 464 «Об ученых степенях и званиях»<sup>8</sup> был приведен перечень из 18 отраслей

<sup>5</sup> *Кричевский Г. Г.* Магистерские и докторские диссертации, защищенные на юридических факультетах университетов Российской империи (1755–1918). Библиогр. указатель / сост., автор предисл. и науч. ред. А. Н. Якушев. Ставрополь, 1998. С. 8–9.

<sup>6</sup> Собр. узаконений РСФСР. 1918. № 72.

<sup>7</sup> Бюллетень Наркомпрос РСФСР. 1934. 10–20 авг. Ст. 418.

<sup>8</sup> Собр. законов СССР. 1937. № 21. Отд. 1. Ст. 83.

наук, по которым присуждались ученые степени. В данном перечне имелся подп. «м» «юридические науки».

3. Первым советским нормативным документом, который содержал специальную и подробную регламентацию вопросов Номенклатуры, был Приказ по Министерству культуры СССР от 12 сентября 1953 г. № 1654 «Об утверждении перечня специальных дисциплин кандидатских экзаменов по специальностям юридических наук».<sup>9</sup> Данный перечень распространялся на аспирантов и лиц, защищавших диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук (см. табл. 1).

Таким образом, кандидатские диссертации защищались по 20 юридическим специальностям. Как видно, шифры специальностям тогда еще не присваивались.

При этом вышеприведенные наименования специальностей или дисциплин на диссертациях, защищавшихся в то время, или на их авторефератах не указывались.

4. Перечень специальных дисциплин кандидатских экзаменов по специальностям юридических наук 1953 г. сменила «Номенклатура специальностей аспирантской подготовки и перечня специальных предметов кандидатских экзаменов», утв. Приказом Министра высшего образования СССР от 19 декабря 1957 г. № 1332<sup>10</sup> (см. табл. 2).

За счет объединения в одну специальность гражданского и семейного права, а также земельного и колхозного права количество юридических специальностей сократилось до 18.

Сменился также орган, в ведении которого стал находиться вопрос утверждения Номенклатуры (с Министерства культуры — на Министерство образования).

5. Впервые на то, что Государственному комитету Совета Министров СССР по координации научно-исследовательских работ, Академии наук СССР и Министерству высшего и среднего специального образования СССР (по согласованию с Центральным статистическим управлением СССР и другими заинтересованными ведомствами) необходимо разработать и утвердить номенклатуру специальностей научных работников, было указано в п. 12 совместного Постановления ЦК КПСС и Совета Министров СССР от 12 мая 1962 г. № 441 «О мерах по дальнейшему улучшению подбора и подготовки научных кадров».<sup>11</sup>

Государственный комитет Совета Министров СССР по координации научно-исследовательских работ Постановлением от 8 сентября 1962 г. № 48 утвердил новую Номенклатуру. 13 октября 1962 г. был издан Приказ Министра высшего и среднего специального образования СССР № 345 «О номенклатуре специальностей научных работников»,<sup>12</sup> которым было объявлено указанное Постановление, а Приказ Министерства высшего

<sup>9</sup> Бюллетень Главного управления высшего образования Министерства культуры СССР. 1953. № 7. С. 11.

<sup>10</sup> Бюллетень Министерства высшего образования СССР. 1958. № 1–2. С. 1–2.

<sup>11</sup> Собр. постановлений Правительства СССР. 1962. № 7. Ст. 57.

<sup>12</sup> Бюллетень Министерства высшего и среднего специального образования СССР. 1962. № 11. С. 6, 11.



*Таблица 1*

№№ по пор.	Наименования специальностей, по которым разрешена подготовка аспирантов	Дисциплина, определяющая основную специальность соискателя ученой степени	Одна из дисциплин, определяющих более узкую специализацию соискателя в избранной области
1	2	3	4
1.	Теория государства и права	Теория государства и права	История политических учений
2.	История государства и права	То же	История государства и права
3.	История государства и права СССР	»	История государства и права СССР
4.	История политических учений	»	История политических учений
5.	Советское государственное право	»	Советское государственное право
6.	Государственное право стран народной демократии	»	Государственное право стран народной демократии
7.	Государственное право буржуазных государств	»	Государственное право буржуазных государств
8.	Советское трудовое право	»	Советское трудовое право
9.	Советское гражданское право	»	Советское гражданское право
10.	Советское уголовное право	»	Советское уголовное право
11.	Советское финансовое право	»	Советское финансовое право
12.	Советский гражданский процесс	»	Советский гражданский процесс
13.	Советское земельное право	»	Советское земельное право
14.	Колхозное право	»	Колхозное право
15.	Советский уголовный процесс	»	Советский уголовный процесс
16.	Семейное право	»	Семейное право
17.	Советское административное право	»	Советское административное право
18.	Криминалистика	»	Криминалистика
19.	Международное право	»	Международное право
20.	Международное частное право	»	Международное частное право

**НОМЕНКЛАТУРЫ СПЕЦИАЛЬНОСТЕЙ НАУЧНЫХ РАБОТНИКОВ  
БАЛЕЕВСКИХ Л. С., МУРАНОВ А. И.**

*Таблица 2*

№№ по пор.	Наименования специальностей, по которым разрешена подготовка аспирантов	Дисциплина, определяющая основную специальность соискателя ученой степени	Одна из дисциплин, определяющих более узкую специализацию соискателя в избранной области
1.	Теория государства и права	Теория государства и права	История политических учений
2.	История государства и права	»	История государства и права
3.	История государства и права СССР	»	История государства и права СССР
4.	История политических учений	»	История политических учений
5.	Советское государственное право	»	Советское государственное право
6.	Государственное право стран народной демократии	»	Государственное право стран народной демократии
7.	Государственное право буржуазных государств	»	Государственное право буржуазных государств
8.	Советское трудовое право	»	Советское трудовое право
9.	Советское гражданское и семейное право	»	1. Советское гражданское право 2. Семейное право
10.	Советское уголовное право	»	Советское уголовное право
11.	Советское финансовое право	»	Советское финансовое право
12.	Советский гражданский процесс	»	Советский гражданский процесс
13.	Советское земельное и колхозное право	»	1. Советское земельное право 2. Колхозное право
14.	Советский уголовный процесс	»	Советский уголовный процесс
15.	Советское административное право	»	Советское административное право
16.	Криминалистика	»	Криминалистика
17.	Международное право	»	Международное право
18.	Международное частное право	»	Международное частное право

образования СССР от 19 декабря 1957 г. № 1332 считался утратившим силу.<sup>13</sup>

Новая Номенклатура имела следующий вид:

XII. Юридические науки

343. Теория и история государства и права

344. Государственное и административное право

345. Гражданское право и гражданский процесс

346. Советское трудовое право

347. Колхозное и земельное право

348. Уголовное право и уголовный процесс

349. Международное право

350. Криминалистика

Таким образом:

— у специальностей впервые появились шифры. В связи с этим отметим, что приведенные выше в п. 3 и 4 наименования специальностей или дисциплин в диссертациях, защищавшихся в то время, или в их авторефератах не указывались. Указания на шифры специальностей стали приводиться в диссертациях и в их авторефератах только начиная с конца 1960-х гг.;

— количество специальностей сократилось до 8;

— изменился подход к содержанию Номенклатуры: если раньше по каждой специальности указывались дисциплина, определяющая основную специальность соискателя ученой степени (по каждой специальности такой дисциплиной была «Теория государства и права»), и дисциплина, определяющая более узкую специализацию соискателя в избранной области (ее наименование почти всегда совпадало с наименованием специальности), то теперь наименования дисциплин указываться перестали;

— юридическим наукам был присвоен общий шифр XII, который писался латинскими цифрами и больше не менялся, за исключением того, что с 1969 г. он стал писаться арабскими цифрами (см. п. 7 ниже);

— опять сменился орган, в ведении которого стал находиться вопрос утверждения Номенклатуры.

6. Постановлением Государственного комитета по координации научно-исследовательских работ СССР от 20 апреля 1963 г. № 20 было признано утратившим силу упомянутое выше Постановление от 8 сентября 1962 г. № 48 и утверждена новая Номенклатура<sup>14</sup> в следующем виде:

<sup>13</sup> Существовал следующий порядок принятия и утверждения номенклатуры: сначала Государственным комитетом Совета Министров СССР по координации научно-исследовательских работ СССР (впоследствии иным компетентным органом) принималось постановление, которым утверждалась новая номенклатура и одновременно признавалось утратившим силу предшествующее постановление. Параллельно с этим (с опозданием примерно на один месяц) принимался соответствующий приказ Министерства образования СССР (впоследствии иного компетентного органа), которым объявлялось новое постановление, а предыдущий приказ Министерства признавался утратившим силу. Далее будут указываться сведения (даты, номера и места опубликования) о соответствующих постановлениях и приказах. Впрочем, авторам удалось обнаружить не все такие сведения.

<sup>14</sup> *Сборник основных постановлений, приказов и инструкций / под ред. Е. И. Войленко. М., 1965. Ч. 1. С. 289, 294–296. — Соответственно Приказ Министра высшего*

## XII. Юридические науки

710 Теория и история государства и права

711 Государственное и административное право

712 Гражданское право и гражданский процесс

713 Советское трудовое право

714 Колхозное и земельное право

715 Уголовное право и уголовный процесс

716 Международное право

717 Криминалистика

Таким образом:

— изменились шифры специальностей;

— общее количество юридических специальностей и их наименования остались прежними;

— ученую степень доктора (кандидата) юридических наук стали присуждать не только по перечисленным выше 8 юридическим специальностям, но еще по одной специальности, но уже не юридической, а исторической, а именно по специальности «580 “История науки и техники”». Такое положение сохранялось на протяжении более чем 20 лет, пока не была принята Номенклатура специальностей научных работников, утв. Постановлением Государственного комитета СССР по науке и технике № 423 от 19 июля 1984 г. (см. п. 10 ниже).

Впоследствии Государственный комитет по координации научно-исследовательских работ СССР Постановлением от № 27 августа 1965 г. № 253 дополнил Номенклатуру<sup>15</sup> двумя новыми специальностями:

718 Криминология.

719 Хозяйственное право.

Также указанным Постановлением были изменены наименования следующих специальностей:

713 Трудовое право (вместо «Советское трудовое право»).

716 Международное право. Международное частное право (вместо «Международное право»).

Номенклатура была опубликована<sup>16</sup> в следующем виде:

## XII. Юридические науки

710 Теория и история государства и права

711 Государственное и административное право

712 Гражданское право и гражданский процесс

713 Трудовое право

714 Колхозное и земельное право

715 Уголовное право и уголовный процесс

716 Международное право. Международное частное право

---

и среднего специального образования СССР от 13 октября 1962 г. № 345 был признан утратившим силу Приказом Министра высшего и среднего специального образования СССР от 11 мая 1963 г. № 155 (Там же. С. 289).

<sup>15</sup> Приказ Министра высшего и среднего специального образования СССР от 21 сентября 1965 г. № 274 «О внесении дополнений и изменений в номенклатуру специальностей научных работников» // Бюллетень Министерства высшего и среднего специального образования СССР. 1965. № 11. С. 1–2.

<sup>16</sup> Там же. С. 37, 43.

- 717 Криминалистика
- 718 Криминология
- 719 Хозяйственное право

В таком виде Номенклатура действовала до 1969 г.

7. 17 февраля 1969 г. Государственный комитет Совета Министров СССР по науке и технике принял Постановление № 43, которым утвердил новую Номенклатуру<sup>17</sup> в следующем виде:

- 12.000 Юридические науки
- 12.710 Теория и история государства и права
- 12.711 Государственное и административное право
- 12.712 Гражданское право и гражданский процесс
- 12.713 Трудовое право
- 12.714 Колхозное и земельное право
- 12.715 Уголовное право и уголовный процесс
- 12.716 Международное право. Международное частное право
- 12.717 Криминалистика
- 12.718 Криминология
- 12.719 Хозяйственное право

По сравнению с предшествующей Номенклатурой наименования и содержание юридических специальностей не претерпели изменений. Изменилось только написание шифров: они стали двусложными с использованием только арабских цифр.

8. 28 июля 1972 г. Постановлением Государственного комитета Совета Министров СССР по науке и технике № 385 была утверждена новая Номенклатура,<sup>18</sup> переработанная уже качественно (см. табл. 3).

Количество специальностей в этой Номенклатуре не изменилось, однако были изменены их наименования и последовательность. При этом изменился вид шифров (подобное написание шифра последовательно обозначало отрасль наук, группу специальностей и специальность). Специальностям были присвоены такие новые шифры.

9. Постановлением Государственного комитета Совета Министров СССР по науке и технике от 25 мая 1977 г. № 231 «О номенклатуре специальностей научных работников»<sup>19</sup> предыдущее Постановление от 28 июля 1972 г. № 385 «О номенклатуре специальностей научных работников» было признано утратившим силу. Номенклатура подверглась очередной содержательной переработке (см. табл. 4).

Таким образом:

— были изменены наименования следующих шести специальностей:

12.00.02: вместо «Государственное право управление; административное и финансовое право; прокурорский надзор; советское строительство» — «Государственное право управление; советское строительство; административное право; финансовое право»;

<sup>17</sup> Приказ Министра высшего и среднего специального образования СССР от 23 сентября 1969 г. № 701 «О номенклатуре специальностей научных работников» // Там же. 1972. № 8. С. 46, 54.

<sup>18</sup> Приказ Министра высшего и среднего специального образования СССР от 23 августа 1972 г. № 647 // Там же. № 11. С. 1, 14.

<sup>19</sup> Бюллетень ВАК СССР. 1977. № 1. С. 4, 19–20.

Таблица 3

Шифр	Отрасль наук, группа специальностей, специальность	Отрасль науки, по которой присуждается ученая степень
12.00.00	<b>Юридические науки</b>	
12.00.01	Теория и история государства и права; история политических и правовых учений	Юридические
12.00.02	Государственное право и управление; административное и финансовое право; прокурорский надзор; советское строительство	»
12.00.03	Гражданское право и процесс	»
12.00.04	Хозяйственное право	»
12.00.05	Трудовое право; право социального обеспечения	»
12.00.06	Колхозное, земельное, водное, лесное и горное право; правовая охрана природы	»
12.00.07	Криминология	»
12.00.08	Уголовное право и процесс	»
12.00.09	Криминалистика	»
12.00.10	Международное право; международное частное право	»

Таблица 4

Шифр	Отрасли наук, группа специальностей, специальность	Отрасли наук, по которым присуждаются ученые степени
1	2	3
<b>12.00.00</b>	<b>Юридические науки</b>	
12.00.01	Теория и история государства и права; история политических и правовых учений	Юридические
12.00.02	Государственное право управление; советское строительство; административное право; финансовое право	»
12.00.03	Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право	»
12.00.04	Хозяйственное право; арбитражный процесс	»
12.00.05	Трудовое право; право социального обеспечения	»
12.00.06	Колхозное, земельное, водное, лесное и горное право; правовая охрана природы	»
12.00.08	Уголовное право и криминология	»
12.00.09	Уголовный процесс; судоустройство; прокурорский надзор; криминалистика	»
12.00.10	Международное право	»

Как видно, было изменено наименование специальности 12.00.08: вместо «Уголовное право и криминология» — «Уголовное право и криминология; исполнительно-трудовое право».

11. Следующим этапом нормативного регулирования вопросов Номенклатуры стало принятие Государственным комитетом СССР по науке и технике Постановления от 4 ноября 1988 г. № 386 «О Номенклатуре специальностей научных работников»,<sup>21</sup> согласно которому Номенклатура приобрела новый вид (см. табл. 6).

Таблица 6

Шифр специальности	Отрасль науки, группа специальностей, специальность	Отрасль науки, по которой присуждается ученая степень
<b>12.00.00</b>	<b>Юридические науки</b>	
12.00.01	Теория и история государства и права; история политических и правовых учений	Юридические
12.00.02	Государственное право и управление; советское строительство; административное право; финансовое право	— « —
12.00.03	Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право	— « —
12.00.04	Хозяйственное право; арбитражный процесс	— « —
12.00.05	Трудовое право; право социального обеспечения	— « —
12.00.06	Сельскохозяйственное право; земельное, водное, лесное и горное право; экологическое право	— « —
12.00.08	Уголовное право и криминология; исполнительно-трудовое право	— « —
12.00.09	Уголовный процесс и криминалистика	— « —
12.00.10	Международное право	— « —
12.00.11	Судоустройство; прокурорский надзор; адвокатура	— « —

Важно отметить следующие внесенные в Номенклатуру изменения:  
 — появилась новая специальность 12.00.11 «Судоустройство; прокурорский надзор; адвокатура». Одновременно с этим содержательно изменилась специальность 12.00.09: вместо «Уголовный процесс; судоустройство; прокурорский надзор; криминалистика» она стала называться «Уголовный процесс и криминалистика»;

— изменение наименования претерпела специальность 12.00.06: вместо «Колхозное право; земельное, водное, лесное и горное право; правовая охрана природы» — «Сельскохозяйственное право; земельное, водное, лесное и горное право; экологическое право».

<sup>21</sup> Бюллетень ВАК СССР. 1989. № 2. С. 8; № 3. С. 16.

Постановлениями Государственного комитета СССР по науке и технологиям от 15 июля 1991 г. № 1066 и от 16 августа 1991 г. № 1175<sup>22</sup> в указанную Номенклатуру были внесены различные изменения, из которых касалось юриспруденции только одно: специальность 12.00.09 «Уголовный процесс и криминалистика» была переименована в 12.00.09 «Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза».

### Период с 1995 г.

12. 28 февраля 1995 г. Министерством науки и технической политики России был издан Приказ № 24 «О номенклатуре специальностей научных работников»,<sup>23</sup> который, во-первых, утвердил новую Номенклатуру, а во-вторых, постановил не применять Постановления Государственного комитета СССР по науке и технике от 4 ноября 1988 г. № 386 «О Номенклатуре специальностей научных работников», а также постановления, которыми она дополнялась и изменялась.

В изменившихся исторических условиях Номенклатура приобрела новый вид (см. табл. 7).

Таблица 7

Шифр специальности	Отрасль науки, группа специальностей, специальность	Отрасль науки, по которой присуждается ученая степень
<b>12.00.00</b>	<b>ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ</b>	
12.00.01	Теория права и государства; история права и государства; история политических и правовых учений	Юридические
12.00.02	Конституционное право; государственное управление; административное право; муниципальное право	— « —
12.00.03	Гражданское право; семейное право; гражданский процесс; международное частное право	— « —
12.00.04	Предпринимательское право; арбитражный процесс	— « —
12.00.05	Трудовое право; право социального обеспечения	— « —
12.00.06	Природоресурсное право; аграрное право; экологическое право	— « —
12.00.08	Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право	— « —
12.00.09	Уголовный процесс; криминалистика; теория оперативно-розыскной деятельности	— « —
12.00.10	Международное право	— « —
12.00.11	Судоустройство; прокуратура; адвокатура; нотариат	— « —

<sup>22</sup> Там же. 1991. № 6. С. 28–29.

<sup>23</sup> Бюллетень ВАК РФ. 1995. № 4. С. 3–4, 26–27; Приказ Государственного комитета РФ по высшему образованию от 5 апреля 1995 г. № 500 // Бюллетень Государственного комитета РФ по высшему образованию. 1995. № 6. С. 1–2, 32–33.



**НОМЕНКЛАТУРЫ СПЕЦИАЛЬНОСТЕЙ НАУЧНЫХ РАБОТНИКОВ**

**БАЛБЕВСКИХ Л. С., МУРАНОВ А. И.**

12.00.12	Финансовое право; бюджетное право; налоговое право; банковское право; валютно-правовое регулирование; правовое регулирование выпуска и обращения ценных бумаг; правовые основы аудиторской деятельности	— « —
12.00.13	Управление в социальных и экономических системах (юридические аспекты); правовая информатика; применение математических методов и вычислительной техники в юридической деятельности	— « —

Помимо всех прочих видимых изменений, важно обратить внимание на изменение наименования специальности 12.00.01: вместо «Теория и история государства и права; история политических и правовых учений» она стала называться «Теория права и государства; история права и государства; история политических и правовых учений».

13. Номенклатура 1995 г. действовала на протяжении пяти лет, утратив силу в связи с изданием новой Номенклатуры, утв. Приказом Министерства науки и технологий России от 25 января 2000 г. № 17/4<sup>24</sup> (см. табл. 8).

*Таблица 8*

Шифр специальности	Отрасль науки, группа специальностей, специальность	Отрасль науки, по которой присуждается ученая степень
<b>12.00.00</b>	<b>ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ</b>	
12.00.01	Теория и история права и государства; история правовых учений	Юридические
12.00.02	Конституционное право; муниципальное право	Юридические
12.00.03	Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право	Юридические
12.00.04	Предпринимательское право; арбитражный процесс	Юридические
12.00.05	Трудовое право; право социального обеспечения	Юридические
12.00.06	Природоресурсное право; аграрное право; экологическое право	Юридические
12.00.08	Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право	Юридические
12.00.09	Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность	Юридические
12.00.10	Международное право. Европейское право	Юридические
12.00.11	Судебная власть, прокурорский надзор, организация правоохранительной деятельности, адвокатура	Юридические
12.00.14	Административное право; финансовое право	Юридические
12.00.15	Гражданский процесс; арбитражный процесс	Юридические

<sup>24</sup> Бюллетень государственного высшего аттестационного комитета РФ. 2000. № 3. С. 1, 16–17.

Таким образом:

— не изменились наименования только двух специальностей: 12.00.05 «Трудовое право; право социального обеспечения» и 12.00.06 «Природоресурсное право; аграрное право; экологическое право»;

— остальные специальности подверглись более или менее серьезным изменениям, среди которых стоит особо отметить объединение в одну группу таких отраслей, как гражданское и предпринимательское право (12.00.03), гражданский и арбитражный процесс (12.00.15). Специальность 12.00.10, помимо указания на международное право, стала включать указание на европейское право;

— в новую Номенклатуру не вошла специальность 12.00.12 «Финансовое право; бюджетное право; налоговое право; банковское право; валютно-правовое регулирование; правовое регулирование выпуска и обращения ценных бумаг; правовые основы аудиторской деятельности». Вместо нее появилась новая специальность 12.00.14 с наименованием «Административное право; финансовое право»;

— в новую Номенклатуру не вошла специальность 12.00.13 «Управление в социальных и экономических системах (юридические аспекты); правовая информатика; применение математических методов и вычислительной техники в юридической деятельности».

Приказом Ликвидационной комиссии Министерства науки и технологий России от 1 октября 2000 г. № ЛК-16 «О внесении изменений и дополнений в Номенклатуру специальностей научных работников»<sup>25</sup> было изменено название специальности 12.00.14: вместо «Административное право; финансовое право» — «Административное право; финансовое право; информационное право».

14. Согласно Приказу Министерства промышленности, науки и технологий России от 31 января 2001 г. № 47 «О Номенклатуре специальностей научных работников»<sup>26</sup> утратила силу прежняя и была введена в действие новая Номенклатура (см. табл. 9). Никаких изменений в эту Номенклатуру внесено не было (были учтены только изменения, внесенные Приказом Ликвидационной комиссии от 1 октября 2000 г. № ЛК-1601).

15. На сегодняшний день в Номенклатуру 2001 г. Приказом Министерства промышленности, науки и технологий России от 26 февраля 2004 г. № 58<sup>27</sup> было внесено одно изменение, согласно которому специальность 12.00.01 «Теория и история права и государства; история правовых учений» стала именоваться «Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве».

Таким образом, действующая в настоящее время Номенклатура имеет следующий вид (см. табл. 10).<sup>28</sup>

<sup>25</sup> Там же. № 6. С. 2–3.

<sup>26</sup> Бюллетень ВАК РФ. 2001. № 3. С. 2, 18; Приказ Высшей аттестационной комиссии Министерства образования РФ от 13 марта 2001 г. № 1 «О номенклатуре специальностей научных работников» // Там же. С. 25.

<sup>27</sup> Не опубликован. См. Приказ Министерства образования России от 1 апреля 2004 г. № 100-в «О дополнении и изменении Приказа Высшей аттестационной комиссии Министерства образования Российской Федерации от 13 марта 2001 № 1 “О номенклатуре специальностей научных работников”» // Там же. 2004. № 3. С. 4–5.

<sup>28</sup> В данном виде документ, насколько удалось выяснить авторам, не был официально опубликован.

**НОМЕНКЛАТУРЫ СПЕЦИАЛЬНОСТЕЙ НАУЧНЫХ РАБОТНИКОВ  
БАЛЕЕВСКИХ Л. С., МУРАНОВ А. И.**

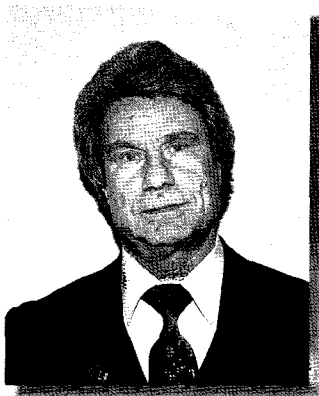
*Таблица 9*

Шифр специальности	Отрасль науки, группа специальностей, специальность	Отрасль науки, по которой присуждается ученая степень
<b>12.00.00</b>	<b>ЮРИДИЧЕСКИЕ НАУКИ</b>	
12.00.01	Теория и история права и государства; история правовых учений	Юридические
12.00.02	Конституционное право; муниципальное право	Юридические
12.00.03	Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право	Юридические
12.00.05	Трудовое право; право социального обеспечения	Юридические
12.00.06	Природоресурсное право; аграрное право; экологическое право	Юридические
12.00.08	Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право	Юридические
12.00.09	Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность	Юридические
12.00.10	Международное право, Европейское право	Юридические
12.00.11	Судебная власть, прокурорский надзор, организация правоохранительной деятельности, адвокатура	Юридические
12.00.14	Административное право, финансовое право, информационное право	Юридические
12.00.15	Гражданский процесс; арбитражный процесс	Юридические

*Таблица 10*

Шифр специальности	Отрасль науки, группа специальностей, специальность	Отрасли науки, по которым присуждается ученая степень
<b>12.00.00</b>	<b>Юридические науки</b>	
12.00.01	Теория и история права и государства; история учений о праве и государстве	Юридические
12.00.02	Конституционное право; муниципальное право	Юридические
12.00.03	Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право	Юридические
12.00.05	Трудовое право; право социального обеспечения	Юридические
12.00.06	Природоресурсное право; аграрное право; экологическое право	Юридические
12.00.08	Уголовное право и криминология; уголовно-исполнительное право	Юридические
12.00.09	Уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность	Юридические
12.00.10	Международное право; Европейское право	Юридические
12.00.11	Судебная власть, прокурорский надзор, организация правоохранительной деятельности, адвокатура	Юридические
12.00.14	Административное право; финансовое право, информационное право	Юридические
12.00.15	Гражданский процесс; арбитражный процесс	Юридические

## 70-ЛЕТИЕ СЕРГЕЯ ПЕТРОВИЧА ЩЕРБЫ



22 сентября исполнилось 70 лет Сергею Петровичу Щербе — видному специалисту в области уголовного процесса и криминалистики, Заслуженному деятелю науки РФ и Заслуженному работнику МВД России, Почетному работнику прокуратуры РФ, доктору юридических наук, профессору.

С. П. Щерба в 1964 г. с отличием окончил Саратовский юридический институт им. Д. И. Курского. С 1965 по 1976 г. работал старшим следователем прокуратуры Кишинева, прокурором отдела Прокуратуры Молдавской ССР. С 1976 по 1998 г. — на научной работе во ВНИИ МВД России: занимал должности старшего научного сотрудника, начальника отдела, начальника научно-исследовательской лаборатории. С 1998 г. С. П. Щерба заведует отделом международного сотрудничества и сравнительного правоведения Академии Генеральной прокуратуры Российской Федерации.

Сергей Петрович активно занимается научной и педагогической деятельностью. Его научные интересы охватывают широкий спектр правовых и гуманитарных проблем защиты прав и законных интересов процессуально недееспособных участников уголовного процесса, а также охраны исторических, научных, художественных и культурных ценностей России.

Наиболее крупный вклад С. П. Щерба внес в разработку теоретических основ и особенностей уголовного судопроизводства по делам лиц, которые в силу физических или психических недостатков не могут самостоятельно осуществлять защиту своих прав. Он создал уникальную научную школу по исследованию юридических, гуманитарных и психологических проблем усиленной охраны прав и свобод самых обездоленных и уязвимых участников процесса.

Сергей Петрович подготовил несколько поколений высококвалифицированных специалистов органов внутренних дел и прокуратуры: 26 кандидатов юридических наук и 7 докторов юридических наук, которые успешно работают в научных и учебных заведениях России, Белоруссии, Казахстана, Молдовы и Украины.

С. П. Щерба опубликовал, в том числе в соавторстве, более 250 научных трудов, включая 40 монографий, учебников, практических пособий и комментариев. Среди опубликованных монографий и пособий С. П. Щербы можно особо выделить «Расследование и судебное разбирательство по делам лиц, страдающих физическими или психическими недостатками» (1975), «Исполнение наказания в виде лишения свободы в отношении инвалидов» (1982), «Расследование убийств, совершенных несовершеннолетними» (1982), «Социально-негативные явления в ВТК и борьба с ними» (1985), «Рассмотрение органами дознания заявлений и сообщений о преступлениях» (1987), «Участие переводчика на предварительном следствии и дознании» (1993), «Осмотр места происшествия по делам о кражах

из культовых зданий» (1995), «Охрана прав потерпевших и свидетелей по уголовным делам» (1996), «Деятельное раскаяние в совершенном преступлении» (1997), «Применение на предварительном следствии Федерального закона о содержании под стражей подозреваемых и обвиняемых» (1997), «Уголовно-правовая охрана предметов и документов, имеющих историческую, научную, художественную и культурную ценность» (2000), «Охрана прав беспомощных по уголовным делам» (2001, 2002), «Влияние миграционных процессов на состояние преступности в государствах-участниках СНГ» (2001), «Расследование фальшивомонетничества» (2002), «Преступления, посягающие на культурные ценности России: квалификация и расследование» (2002), «Переводчик в российском уголовном процессе» (2005), «Прокуратура в странах СНГ: правовой статус, функции, полномочия» (2007). С. П. Щерба является соавтором вышедших пятью изданиями учебника «Уголовный процесс», тремя изданиями «Комментария к Уголовно-процессуальному кодексу Российской Федерации» и «Курса криминалистики» в двух томах.

С. П. Щерба активно занимается законопроектной деятельностью. Он участвовал в разработке проектов УК и УПК РФ; Конвенции государств-участников СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам; соглашений (договоров) СНГ о пресечении правонарушений в области интеллектуальной собственности, о борьбе с терроризмом, о защите участников уголовного процесса и многих других международных документов и федеральных законов РФ.

С. П. Щерба является членом Международной ассоциации уголовного права (МАУП), Международной ассоциации прокуроров (МАП), Экспертного совета МВД РФ по нормотворческой работе, Экспертного совета ВАК России по праву, трех диссертационных советов (Академия Генеральной прокуратуры РФ, ВНИИ МВД РФ, Московская академия экономики и права).

Сергей Петрович награжден многочисленными международными, государственными, ведомственными и общественными наградами, в том числе орденом Организации Объединенных Наций и Европейского комитета по наградам и премиям «Деяния во благо народов», медалью Общероссийского комитета по наградам «Во славу Отечества — достойному от благодарного народа», медалью Общероссийского общественного движения «Россия православная» — «За развитие русской мысли» им. И. А. Ильина.

От всего сердца желаем Сергею Петровичу Щербе крепкого здоровья, счастья, благополучия, новых свершений в науке!

*Благодарные ученики и последователи*

## ЮБИЛЕЙ АЛЕКСАНДРА ВАСИЛЬЕВИЧА МАЛЬКО



Юридическая общественность России и СНГ отмечает 50-летие со дня рождения директора Саратовского филиала Института государства и права РАН, профессора кафедры теории государства и права Саратовской государственной академии права, вице-президента Ассоциации юридических вузов России, главного редактора журнала «Правовая политика и правовая жизнь» Александра Васильевича Малько.

А. В. Малько родился 25 ноября 1958 г. в городе Кузнецке Пензенской области. В августе 1979 г. (после службы в рядах Советской Армии) поступил на первый курс Саратовского юридического института. За время обучения получил диплом переводчика юридической литературы с немецкого языка

на русский, а также студенческий билет отличника № 1 и медаль Министерства высшего и среднего специального образования СССР «За лучшую научную студенческую работу». Был Ленинским стипендиатом.

В июне 1983 г. А. В. Малько с отличием окончил Институт и был оставлен на кафедре теории государства и права преподавателем. 1 ноября 1983 г. поступил в очную аспирантуру при Саратовском юридическом институте, а через полтора года досрочно окончил ее, защитив кандидатскую диссертацию «Законные интересы советских граждан». За период учебы в аспирантуре сдал на «отлично» все кандидатские экзамены и подготовил ряд статей. С 1991 г. А. В. Малько — доцент кафедры теории государства и права Саратовского юридического института. 1 июня 1995 г. защитил докторскую диссертацию «Стимулы и ограничения в праве. Теоретико-информационный аспект». С января 1996 г. занимает должность профессора кафедры теории государства и права Саратовской государственной академии права, имеет ученое звание — профессор.

Под руководством и при непосредственном участии А. В. Малько был создан Саратовский филиал Института государства и права РАН (ИГП РАН), в июне 1999 г. А. В. Малько был назначен его директором. Являясь на настоящий момент единственным филиалом старейшего научного учреждения страны, Саратовский филиал ИГП РАН получил признание российской юридической общественности как центр передовых теоретико-практических разработок.

А. В. Малько — известный специалист в области теории государства и права и политологии. Им разработаны основы теории правового стимулирования и ограничения, поощрений и льгот, привилегий и иммунитетов, особенности их использования в период реформ, обоснована идея двоичности юридической информации. А. В. Малько опубликовал более 360 научных работ, в том числе более 10 монографий, около 40 учебников и учебных пособий. Наиболее важными являются следующие книги: «Стимулы и ограничения в праве. Теоретико-информационный аспект» (1994); «Новые явления в политико-правовой жизни России: Вопросы теории и практики» (1999); «Политическая и правовая жизнь России: Актуальные

проблемы» (2000); «Смертная казнь в России. История, политика, право» (2003, соавтор); «Стимулы и ограничения в праве» (2003, 2-е изд., перераб. и доп.); «Цели и средства в праве и правовой политике» (2003, соавт.); «Льготная и поощрительная правовая политика» (2004); «Законные интересы как правовая категория» (2004, соавт.); «Льготы в российском праве (проблемы теории и практики)» (2004, соавт.); «Правовая жизнь в современной России: теоретико-методологический аспект» (2005, соред. и соавт.); «Привилегии и иммунитеты как особые правовые исключения» (2005, соавт.); «Антикоррупционная политика в современной России» (2006, ред. и соавт.); «Правовая политика России: Проблемы теории и практики» (2007, соред. и соавт.); «Современные методы исследования в правоведении» (2007, соред. и соавт.).

Среди опубликованных А. В. Малько учебников следует выделить те, которые имеют гриф УМО или Министерства образования и науки РФ: «Теория государства и права. Учебник для колледжей» (2000); «Теория государства и права» (2001, 2008, соавт.); «Политология» (2005, соавт.); «Правоведение» (2005, ред. и соавт.); «Основы государства и права» (2005, ред. и соавт.); «Теория государства и права. Учебник по специальности “Налоги и налогообложение”» (2005, ред. и соавт.); «Теория государства и права» (2007, ред. и соавт.).

А. В. Малько является разработчиком и главным редактором серии учебно-методических комплексов (УМК), издающихся по всем юридическим дисциплинам, включая УМК «Теория государства и права» (1999, соавт.); «Конституционное право России» (2000, ред. и соавт.); «Основы политологии» (2000, ред. и соавт.); «Конституционное право зарубежных стран» (2004, ред. и соавт.); «Сравнительное правоведение» (2008, соавт.) и др.

Кроме того, А. В. Малько участвовал в написании таких фундаментальных курсов лекций, как: «Теория государства и права. Курс лекций» (1997, 2-е изд., соред. и соавт.); «Политология для юристов» (1999, соред. и соавт.); «Общая теория государства и права. Академический курс» под ред. М. Н. Марченко (2001, 2-е изд., автор 6 глав); «Проблемы теории государства и права» под ред. М. Н. Марченко (2001, автор 3 глав); «Российская правовая политика» (2003, соред. и соавт.), а также в подготовке справочников и словарей: «Антикоррупционная политика. Справочник» (2006, ред. и соавт.) и «Краткий юридический словарь» (2007, ред. и соавт.).

Под его научным руководством успешно защищено 28 кандидатских диссертаций, при научном консультировании — 7 докторских диссертаций; он является научным консультантом еще 7 докторантов и научным руководителем 11 аспирантов и соискателей. В качестве члена межведомственной рабочей группы Министерства юстиции РФ А. В. Малько принимает участие в создании системы мониторинга российского законодательства и разработке проекта Федерального закона «О нормативных правовых актах в РФ»; он выступил руководителем экспертной группы в экспертизе Федерального закона от 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ о «монетизации» льгот,<sup>1</sup> получал гранты Президента РФ, Министерства образования и науки РФ, РФФИ, РГНФ и др.

Несомненным достижением в деятельности Саратовского филиала ИГП РАН под руководством А. В. Малько стало комплексное исследование актуальных, но до недавнего времени малоизученных понятий правовой политики и правовой жизни современной России, ставших сегодня новыми приоритетными

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2004. № 35. Ст. 3607.

направлениями в юриспруденции. За короткий срок получены существенные результаты: научными коллективами, созданными и руководимыми А. В. Малько, разработаны проекты Концепции правовой политики в РФ<sup>2</sup> и Концепции антикоррупционной политики в РФ,<sup>3</sup> идет активная работа над созданием Концепции правоохранительной политики в РФ. А. В. Малько принадлежит уже прошедшая успешную апробацию идея проведения на базе Филиала постоянно действующего научно-методологического семинара, а также Школы молодого ученого.

По инициативе А. В. Малько был образован академический и вузовский журнал «Правовая политика и правовая жизнь», главным редактором которого он является более 7 лет. Журнал широко известен в юридических кругах России и за рубежом, включен в Перечень ведущих рецензируемых научных журналов и изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученых степеней кандидата и доктора наук. А. В. Малько выполняет обязанности члена редколлегии центрального научно-теоретического журнала «Правоведение» (Санкт-Петербург), а также журналов «Право и образование» (Москва), «Российский юридический журнал» (Екатеринбург), «Новая правовая мысль» (Волгоград), «Актуальные проблемы правоведения» (Самара), «Российское право: теория и практика» (Москва, на англ. яз.) и др.

Юбиляр является инициатором и организатором образования в Саратове трех научно-образовательных центров, созданных в целях интеграции вузовской и академической науки, повышения качества высшего и послевузовского профессионального образования, организации проведения учеными высшей школы и Российской академии наук фундаментальных научных исследований: Научно-образовательного центра федеральных и региональных проблем правовой политики (совместно с Саратовской государственной академией права); Научно-образовательного центра правоохранительной политики современной России (совместно с Саратовским юридическим институтом МВД РФ) и Научно-образовательного центра правовой политики в сфере предпринимательства (совместно с Саратовским государственным университетом им. Н. Г. Чернышевского). Под его руководством созданы научно-образовательные центры в Самаре и Тамбове.

А. В. Малько входит в состав Президиума Саратовского научного центра РАН, является членом двух докторских диссертационных советов (при Саратовской государственной академии права и при Кубанском государственном аграрном университете).

За плодотворную научную деятельность Александр Васильевич неоднократно награждался почетными грамотами Министерства образования Саратовской области, благодарностью Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации. В апреле 2007 г. за многолетний добросовестный труд на благо отечественной науки, практический вклад в проведение фундаментальных и прикладных научных исследований в Саратовском научном центре РАН А. В. Малько награжден Почетной грамотой РАН и Профсоюза работников РАН.

Александра Васильевича отличают высокие душевные качества — скромность, редкое трудолюбие, открытость, доброжелательность, справедливость,

<sup>2</sup> Матузов Н. И., Малько А. В., Шундигов К. В. Правовая политика современной России: предлагаем проект концепции для обсуждения // Правовая политика и правовая жизнь. 2004. № 1. С. 6–27.

<sup>3</sup> Малько А. В., Лопашенко Н. А., Коновалов И. Н., Петров М. П. Концепция антикоррупционной политики в Российской Федерации // Правовая политика и правовая жизнь. 2007. № 1. С. 78–99.



порядочность, умение сопереживать, готовность оказать помощь и поддержку, которые снискали ему заслуженный авторитет и уважение всего коллектива Саратовской государственной академии права и Саратовского филиала ИГП РАН.

Профессорско-преподавательский состав ордена «Знак Почета» Саратовской государственной академии права, Совет ветеранов, профсоюзные комитеты, студенты, друзья и коллеги искренне поздравляют удивительно молодого и талантливого ученого со славной знаменательной датой и от всей души желают творческого долголетия, счастья и успехов в работе и личной жизни.

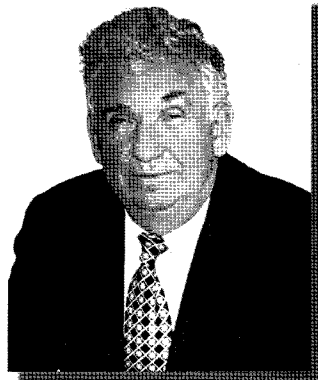
*А. Н. Улиско,*  
дипломант конкурса им. А. Ф. Кони,  
Почетный работник высшего  
профессионального образования РФ,  
к. ю. н., доцент СГАП

© А. Н. Улиско, 2008

## ЮБИЛЕЙ МИХАИЛА КОНСТАНТИНОВИЧА ТРЕУШНИКОВА

Доктору юридических наук, профессору, заведующему кафедрой гражданского процесса юридического факультета МГУ им. М. В. Ломоносова Михаилу Константиновичу Треушникову — 70 лет.

Родился юбиляр 5 ноября 1938 г. в Городце. В 1957 г. он окончил педагогическое училище и несколько лет работал пионервожатым, затем инструктором и секретарем Городецкого горкома ВЛКСМ. В 1960 г. Михаил Константинович поступил на юридический факультет МГУ им. М. В. Ломоносова, после окончания которого пять лет работал народным судьей сначала Москворецкого, а затем Советского районных народных судов Москвы.



Путь Михаила Константиновича в науку начался в 1970 г. с поступления в аспирантуру юридического факультета Московского университета. Практические знания, трудолюбие помогли ему в 1973 г. защитить кандидатскую диссертацию на тему «Допустимость доказательств в гражданском процессе». После окончания аспирантуры и защиты диссертации М. К. Треушников приступил к научно-педагогической деятельности в должности ассистента на кафедре гражданского процесса юридического факультета МГУ. Позднее Михаил Константинович занимал на факультете разные должности, в том числе с 1982 по 1991 г. был заместителем декана по учебной работе, и вот уже 25 лет он бессменно руководит кафедрой гражданского процесса. В 1985 г. М. К. Треушников стал доктором юридических наук, защитив диссертацию на тему «Доказательства и доказывание в гражданском процессе».

Михаил Константинович — природный педагог и ученый, и это находило выражение в его научных трудах, в которых проявляется творческий подход к разработке фундаментальных начал гражданского процесса. За 35 лет работы

в Университете Михаил Константинович написал значительное число научных и учебно-методических работ — это монографии, научные статьи, рецензии, учебники и учебные пособия. Основные направления его исследований — проблемы доказывания и доказательств в гражданском процессе, принципов гражданского процесса, подведомственности и подсудности гражданских дел; сравнительное правоведение; история гражданского процесса; методологические проблемы науки гражданского процесса.

По книгам М. К. Треушникова учится не первое поколение студентов и аспирантов. Научные исследования Михаила Константиновича знают и широко используют преподаватели юридических вузов России, других государств СНГ и Прибалтики. Работы его изданы на нескольких иностранных языках. Он превосходный педагог, его лекции пользуются неизменным успехом у студентов. Михаил Константинович создал свою научную школу, и многие из тех, кто прошел обучение в аспирантуре под руководством М. К. Треушникова, сегодня сами имеют высокие научные звания.

М. К. Треушников активно участвует в важнейших законотворческих работах. Будучи сопредседателем рабочей группы, М. К. Треушников принимал самое непосредственное участие в разработке нового Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации. Уже много лет Михаил Константинович Треушников является членом Научно-консультативного совета при Верховном Суде Российской Федерации, автором экспертных заключений по многим важнейшим законодательным актам.

В 1997 г. за большой вклад в юридическую науку и плодотворную научно-педагогическую деятельность Михаилу Константиновичу Треушникову Указом Президента Российской Федерации было присвоено почетное звание «Заслуженный деятель науки Российской Федерации». В год 250-летия Московского государственного университета он награжден «Орденом Почета».

С днем рождения, Михаил Константинович! Крепкого Вам здоровья, творческих свершений, способных учеников!

*Коллектив кафедры гражданского процесса  
юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова*

## CONTENTS

An Appeal of the Chairman of the Editorial Council • *H. L. A. Hart* Definition and Theory in Jurisprudence • *G. A. Knyazev* The Confederation of the Past – a Network State of the Future? • *N. A. Maximova* Prince's Armed Forces Service in the Old Russian State • *R. Yu. Pochekaev* Monuments of Material Culture – the Source in the History of State and Law (by example of the monuments of the Golden Horde in collections of the Hermitage). • *V. A. Tomsinov* Legal Aspects of the 1688 “Glorious Revolution” in England. • *D. Ya. Primakov* Systematization of Civil Legislation of Egypt (late XIX – middle XX centuries) • *M. A. Kapustina* Law, Society, State. • *A. I. Myagkikh* Sanction as a Structural Element of a Legal Norm • *V. V. Arkhipov* “The Morality of Law” of Lon L. Fuller: on the Publication of the Russian Translation of the Book • *B. I. Nefedov* Paragraph 4 of Article 15 of the Constitution of Russia: the Problems of Theory and Practice. • *V. P. Talimonchik* Resolutions of International Organizations in the Legal System of Russia • *O. V. Romanovskaya* On the Concept of Notariat. • *E. B. Tarbagaeva* Problems of Judicial Review over the Office of a Notary • *D. L. Komyagin, A. A. Yalbulganov* Military Expenditure: Evolution of Concept and Legal Regulation • *F. P. Rummyantsev* On the Citizens' Realization of Constitutional Rights to Lands Designated as Agricultural Areas • *E. A. Kotelnikova, V. G. Shumikhin* On the Delimitation between Violent and Non-violent Sexual Crimes • *I. S. Marusin* Ad Hoc Tribunal Concerning Lebanon: Peculiarities of Competence and Organizational Structure • *K. B. Koraev* Legal Character of Bankruptcy Creditors as a Subject of Competition Law • *A. A. Vasilenko* Performance of Obligations under the Agreement on Providing of Services in Training of Specialists. • *E. O. Mamedova* The Concept and Legal Nature of the Contract for Compensated Providing of Electric Energy Transmission Services • *E. V. Savina* Peculiarities of Legal Regulation of Atypical Labor Relationships in the Province of Quebec (Canada) • *Yu. C. Tolstoy* About Yu. G. Basin • *L. S. Baleevskikh, A. I. Muranov* Home History of Normative Regulation of Nomenclatures of Specialities of Researchers with Regard to Jurisprudence • **Personalia**