

Право

журнал
высшей
школы
экономики

2/2008

ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Учредитель

Государственный
университет — Высшая
школа экономики

Редакционный совет

А.А. Иванов
Г.П. Ивлиев
Г.А. Гаджиев
Т.Г. Морщакова
В.Д. Первалов
Ю.А. Тихомиров

Редакционная коллегия

А.С. Автономов
Н.А. Богданова
Н.Ю. Ерпылева
А.Э. Жалинский
В.Б. Исаков
А.Н. Козырин
М.А. Краснов
Г.И. Муромцев
М.И. Одинцова
О.М. Олейник
Ю.П. Орловский
И.В. Панова
В.А. Сивицкий
О.М. Теплов
В.А. Четвернин
Ю.М. Юмашев

Главный редактор

И.Ю. Богдановская

Адрес редакции

109017 Москва, ул. Малая
Ордынка, 17, офис 212
Тел.: (495) 220-99-87
<http://www.law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя и распространителя

Фактический: 117312,
Москва, ул. Вавилова, 7,
офис 201, Издательский дом
ГУ ВШЭ.
Почтовый: 101990,
Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: (495) 772-95-71
e-mail: id.hse@mail.ru
www.hse.ru

Правовая мысль: история и современность

В.Е. Чиркин

Юридическое лицо в общественных отношениях,
регулируемых публичным правом 3

И.В. Гетьман-Павлова

Истоки международного частного права: итальянский
постгlossатор Бальди де Убальди 13

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Н.Н. Ефремова

Эволюция отечественного правосудия
(судебные реформы XVIII—XIX вв.) 34

Л.А. Прокудина

Судопроизводство в арбитражных судах:
тенденции к профессионализации 51

М.Ю. Орлов

Пределы налогового нормотворчества исполнительных
органов власти 64

Н.В. Ростовцева

Правовое положение членов семьи собственника
жилого помещения 77

Д.В. Черняева

Теоретические проблемы правового регулирования забастовок
и локаутов в Российской Федерации 86

Право в современном мире

Л.Р. Сюкияйнен

Исламское право в правовых системах мусульманских стран:
от доктрины к законодательству 97

Дискуссионный клуб

Б.А. Куркин

Идеологема прав человека и ее интерпретация в современной
отечественной правовой теории 110

Рецензии

И.Г. Шаблинский

Новый Комментарий к Конституции Российской Федерации 118

Право в цифрах

Н.А. Голубева, В.Е. Звягинцев

Статистика в арбитражных судах 122

Summary

125



Publisher

State University —
Higher School
of Economics

Editorial Council

A.A. Ivanov
G.P. Ivliev
G.A. Gadzhiev
T.G. Morschakova
V.D. Perevalov
U.A. Tikhomirov

Editorial Board

A.S. Avtonomov
N.A. Bogdanova
N.U. Yerpilyova
A.E. Zhalinsky
V.B. Isakov
A.N. Kozyrin
M.A. Krasnov
G.I. Muromtsev
M.I. Odintsova
U.P. Orlovsky
I.V. Panova
V.A. Sivitsky
O.M. Teplov
V.A. Chetvernin
U.M. Umashev

Chief Editor

I.U. Bogdanovskaya

Address:

Malaya Ordynka Str., 17,
Moscow, P.O. 119017,
Russia
Tel.: (495) 220-99-87
<http://www.law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Legal Thought: History and Contemporarity

V.E. Chirkin

Legal Person in Public Law 3

I.V. Getman-Pavlova

The Sources of the International Private Law Theory:
Italian Postglossator Baldi de Ubaldi 13

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

N.N. Efremova

The Evolution of the Russian Justice
(The Court Reforms of XVIII—XIX Centuries) 34

L.A. Prokudina

Legal Proceedings in the Arbitration Courts 51

M.U. Orlov

The Limits of the Executive Bodies Lawmaking in the Tax Sphere 64

N.V. Rostovtseva

The Legal Status of the Members of the Family
of the Lodging Proprietor 77

D.V. Chernyaeva

Theoretical Problems of Strike and Lockout Legislation in Russia 86

Law in the Modern World

L.R. Sykiainen

Islamic Law in the Modern Legal Systems of Muslim Countries:
From Legal Doctrine to Legislation 97

Discussion Club

B.A. Kurkin

Ideologema of Human Rights and its Interpretation
in Modern Russian Legal Theory 110

Book Review

I.G. Shablinski

The New Commentaries to the Russian Constitution 118

Law in Figures

N.A. Golubeva, V.E. Zvyagintsev

Statistics in the Arbitration Courts 122

Summary

125



В.Е. Чиркин

Главный научный
сотрудник
Института
государства
и права РАН,
доктор
юридических наук,
профессор

Юридическое лицо в общественных отношениях, регулируемых публичным правом

В данной статье мы сознательно уклоняемся от кардинальной проблемы публичного и частного права. Дискуссия об этом ведется в науке сотни лет, начиная с римских юристов. Нормы, имеющие своим истоком частное право, могут служить публичным, общественным интересам (например, положения конституций некоторых государств о социальной функции частной собственности). С другой стороны, погрешности в формулировках норм публичного права используются в сугубо частных, корыстных интересах (об этом свидетельствует современный анализ российского законодательства с позиций выявления норм, которые могут использоваться чиновниками-коррупционерами в своих целях). Не будем рассматривать также многообразные социальные и юридические аспекты сходства, нам важно отметить различие. Примем его как данность. Этого, видимо, не отменяет известное замечание В.И. Ленина, что для нас ничего частного нет, все публично-правовое. И при советской власти существовал обмен между индивидами по классической формуле К. Маркса «деньги — товар, товар — деньги». В настоящее время такая ситуация наличествует в странах социалистической ориентации (КНДР). В любой деятельности вовне выступают не только индивиды, но и определенные общности людей (не все). Достижению этой и других целей служит концепция юридического лица (конструкция, отличная от понятия физического лица), которая закреплена в законодательстве (гражданских кодексах) фактически всех стран мира. О юриди-

* От редакции. В 2007 г. в издательстве «Норма» опубликована книга Заслуженного юриста РФ, Заслуженного деятеля науки В.Е. Чиркина «Юридическое лицо публичного права». Книга вызвала неоднозначные отклики среди научных и практических работников. Понятие «юридическое лицо публичного права» в российском законодательстве отсутствует (в ГК РФ есть общее определение юридического лица), в других странах этот термин используется в гражданском законодательстве. В некоторых зарубежных актах конституционного права содержатся термины «юридическое лицо частного права» и «юридическое лицо публичного права». Юридическое лицо — одно из ключевых понятий в правовой науке и практике. Проблематика юридических лиц имеет глобальное значение. По мнению редакции, необходимо широкое обсуждение данной проблемы. Поставленные вопросы касаются государствоведов, «управленцев», политологов, экономистов, социологов, широкого круга других специалистов. Мы обратились к автору издания с просьбой представить для нашего журнала главные дискуссионные положения его книги.

ческом лице упоминают и некоторые современные конституции (например, ст. 9 Конституции Эстонии 1992 г., ст. 11 Хартии основных прав и свобод 1991 г. — составная часть Конституции Чехии). Это словосочетание использовано в Европейской конституции 2004 г. (в силу не вступила) и в заменившем ее Лиссабонском договоре 2007 г. (судьба которого также остается под вопросом), во многих других документах национального и международного права.

Понятие юридического лица стало ответом на вызовы практики, гражданского оборота, и длительное время было приспособлено именно к этому. Истоки данного понятия коренятся в известном замечании римского юриста Ульпиана о различном положении имущества объединения лиц (корпорации) и его отдельных членов. Глоссаторы между строками старых книг писали о корпорациях, но особенно эти взгляды развили постглоссаторы средневековых университетов, которые, в отличие от глоссаторов, давали собственные толкования, выделяли различные виды корпораций (например, церкви) и даже утверждали, что корпорацией может быть и одно лицо (архиепископ или монарх, точнее, корона). В англосаксонском праве понятие корпорации и сейчас используется в качестве обобщающего. В романо-германском праве пошли дальше. Представители исторической школы права в Германии предложили определение понятия юридического лица. Накануне XX в. эта конструкция впервые была закреплена законодательно (Германское гражданское уложение — ГГУ, вступило в силу в 1900 г.). В 1907 г. понятие юридического лица вошло в швейцарское законодательство; затем (в основном в середине XX в.) — в конституции других стран, в том числе и европейских. Параллельно утвердился порядок: для того чтобы конкретное объединение выступало вовне как юридическое лицо и было признано, в частности, в исковом производстве, необходима его регистрация в государственных органах². Регистраторами преимущественно выступали налоговые учреждения, т.е. органы, непосредственно связанные с результатами хозяйственной деятельности.

Со временем понятие юридического лица, созданное прежде всего для нужд коммерческих объединений (в ГГУ говорилось, правда, о двух видах юридических лиц — союзах и учреждениях, но последние рассматривались преимущественно с цивилистических позиций), стало удобной формой и для других коллективных субъектов права. Постепенно возможность стать юридическим лицом (после регистрации) была признана за некоторыми некоммерческими объединениями — национально-культурными автономиями³, профсоюзами, политическими партиями, муниципальными образованиями, другими территориальными коллективами публичного характера (во Франции, например, это региональные муниципальные образования — департаменты и др.). Конкретные объединения такого рода для получения прав юридического лица обязаны регистрироваться, но, например, во Франции регистрация была разделена: партии регистрировались не в налоговых органах, а в министерстве внутренних дел. В России общественные организации также регистрируются иначе, чем хозяйствующие объединения. Это само по себе несколько обособляет правовое положение коммерческих и некоторых некоммерческих юридических лиц, которые, как устанавливает законодательство, должны создаваться прежде всего не в частных интересах, а «для общей пользы», в общих интересах, ради общего блага.

² Без регистрации объединение, как правило, не имеет защиты в суде, что, правда, не относится к некоторым общественным объединениям и отражает особенности этой группы юридических лиц.

³ Следует четко различать национально-культурные автономии — объединения лиц определенного этноса и других граждан государства, заинтересованных в развитии культуры и языка данного этноса, — и территориальные автономии — организованные в рамках административно-территориальных границ территориальные публичные коллективы компактно проживающего населения, отличающегося национальными, бытовыми и иными особенностями.

В советские времена (правда, только для цели нотариального удостоверения некоторых документов) юридическим лицом был признан сельский совет (его администрация). Современное законодательство России распространяет понятие юридического лица на государственные и некоторые другие органы. Закон называет юридическими лицами Счетную палату (№ 4-ФЗ от 11 января 2005 г. с изм.), Центральную избирательную комиссию и избирательные комиссии субъектов РФ (№ 67-ФЗ от 12 июня 2002 г. с изм.) и др. Новые виды юридических лиц создаются не только законом. В указах Президента РФ и постановлениях Правительства РФ 2004—2005 гг., которые принимались во время административной реформы и утверждали новые положения о федеральных министерствах, службах и агентствах, такие органы исполнительной власти названы юридическими лицами⁴. Юридическим лицом, согласно Указу Президента РФ, является Администрация Президента РФ⁵. Аппараты некоторых государственных органов тоже объявлены юридическими лицами (например, Аппарат Государственной Думы — в соответствии с ее собственным постановлением 1998 г.)⁶. Аналогичное определение дано Аппарату Общественной палаты РФ (постановление Правительства РФ)⁷. Заметим, что такие организационные формы, как орган государства или аппарат, неизвестны гражданскому законодательству о юридических лицах, а постановления одной палаты парламента, равно как и некоторые другие указанные акты, не являются законами. По пути расширения круга видов юридических лиц идут федеральные министерства и ведомства. В приказах министров и руководителей ведомств, утвердивших положения об их территориальных органах в субъектах РФ, главные управления, управления и другие структуры тоже названы юридическими лицами (например, главные управления Министерства РФ по делам гражданской обороны, чрезвычайным ситуациям и ликвидации последствий стихийных бедствий; приказом руководителя Федеральной антитеррористической службы от 13 октября 2004 г. юридическими лицами объявлены более 70 управлений этой службы в различных регионах РФ). Это типичное явление для федеральных министерств и ведомств, и оно распространено на органы публичной власти субъектов РФ. В Типовом положении о министерствах внутренних дел республик в составе РФ, главных управлений и управлений внутренних дел субъектов РФ, утвержденном приказом Министра внутренних дел 15 сентября 2003 г. (оно заменено, но прежние формулировки сохранились), все эти органы названы юридическими лицами. Одновременно в п. 7 этого Положения (п. 9 Положения 2006 г.) сказано, что в гражданских правоотношениях эти органы выступают в форме учреждений. Таким образом, орган мысленно превращается в учреждение, чтобы приспособить существующие реалии к Гражданскому кодексу: ведь в ГК органы не названы, а учреждения упомянуты (правда, ст. 120 в основном относится к учреждениям, которые являются субъектами гражданского права). В приказах министров юридическими лицами названы районные военкоматы, городские и районные отделы милиции⁸. Подобная практика распространяется и на муниципальные образования — Закон о местном самоуправлении 2003 г. устанавливает в качестве юридических лиц только представительный и исполнительный органы местного самоуправления, но руководители последних объявляют отделы своей администрации юридическими лицами. В качестве примера можно назвать и положение 2005 г. о финансовом отделе администрации

⁴ См., напр.: СЗ РФ. 2004. № 25. Ст. 2571, 5514; № 28. Ст. 2901—29044; № 30. Ст. 3349 и др.

⁵ См.: СЗ РФ. 2004. № 15. Ст. 1395.

⁶ См.: СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 801.

⁷ См.: СЗ РФ. 2005. № 40. Ст. 4042.

⁸ См., напр.: Типовое положение об отделе (управлении) внутренних дел по району (муниципальному району), городу (городскому округу) и иному муниципальному образованию от 23 октября 2006 г. // Российская газета. 2006. 30 нояб.

г. Ладушкин Калининградской области. Отдел, получив статус юридического лица, сразу же обратился за ссудой в банк, хотя, естественно, у отдела нет никакой ответственности для обеспечения кредитов. Как пишет В. Артемов, ситуация зачастую доходит до абсурда. Становясь в соответствии с муниципальными актами юридическими лицами, подразделения муниципальной администрации иногда затевают судебную тяжбу друг с другом⁹. Подобная ситуация возникает и в отношении центральных органов. В печати были сообщения, что в 2008 г. Следственный комитет при Генеральной прокуратуре РФ имел намерение обратиться в суд с жалобой на Генеральную прокуратуру, ибо был не согласен с некоторыми действиями последней (о дальнейшей судьбе этой акции не сообщалось).

Появление новых видов юридических лиц не случайно. Оно отражает не чью-то прихоть обязательно стать юридическим лицом и не злую волю руководителей органов управления. Это — вызовы времени. Различные органы и организации (а их становится все больше), чье правовое положение определяется публичным правом (конституционным, административным), нуждаются в форме юридического лица и для того, чтобы участвовать в некоторых публичных правоотношениях, и для того, чтобы участвовать в отношениях другого порядка — частноправовых. При этом отношения и первого, и второго порядка у органов государства или публичных учреждений имеют другой характер, чем, скажем, у акционерных обществ (даже если на бюджетные средства орган государства покупает бумагу или карандаши для канцелярии). Частноправовая концепция юридического лица, законодательная и доктринальная монополия цивилистики в сфере понятия юридического лица препятствуют реализации новых требований современности. Общее понятие юридического лица, которое содержится в ст. 48 ГК РФ, не очень подходит для министерств, Аппарата Государственной Думы или райвоенкомата. Это относится не только к ГК РФ, но и к гражданским кодексам зарубежных стран, где приняты аналогичные российскому (хотя и менее пространные) определения юридического лица. Данная проблема имеет не только российский, но и международно-правовой характер.

В последние десятилетия в зарубежном законодательстве появились формулировки: «юридическое лицо частного права» и «юридическое лицо публичного права». Они закреплены и на конституционном уровне. Параграф 6 ст. 37 Конституции Бразилии 1988 г. называет «юридические лица публичного права и юридические лица частного права»; в ч. 4 ст. 4 Конституции Кипра 1960 г. говорится о «юридических лицах публичного права», а в ч. 2 этой же статьи — о «юридических лицах государственного права» (т.е. конституционного права по классификациям большинства стран). О юридическом лице публичного права упоминается в ст. 30 новой редакции Конституции Египта (2007 г.)¹⁰. Часть 7 ст. 17 Конституции Греции устанавливает в некоторых отношениях более благоприятные условия для «юридических лиц публичного права» (наряду с государством, государственными предприятиями, органами местного самоуправления и организациями, обслуживающими общественные нужды). Из этого перечня видно, что круг юридических лиц не совсем четко определен и в зарубежном конституционном законодательстве (почему мы и говорим о проблеме, выходящей за рамки российского права). Термин «юридическое лицо публичного права» встречается в единичных гражданских кодексах зарубежных стран (германском, итальянском и др.)¹¹, однако такие положения — редкость, пока они — только упоминание, терминология. В ГГУ при

⁹ См.: Артемов В. Органы местного самоуправления как субъекты гражданского права // Хозяйство и право. 2003. № 3. С. 112.

¹⁰ Modernizing the Constitution of Egypt. Ministry of Information. Cairo, 2007.

¹¹ См.: Чантурия Л.Л. Юридические лица публичного права: их место в гражданском праве и особенности правового регулирования // Государство и право. 2008. № 3. С. 38 и др.

упоминании юридического лица публичного права, по существу, лишь сделана отсылка к общему (цивилистическому) понятию. Отдельных понятий этих двух видов юридических лиц нет; в законодательстве отсутствует даже приблизительная характеристика юридического лица публичного права. В отношении юридического лица частного права положение иное, и при необходимости (которая постоянно возникает) цивилистическое определение приспособляется к органам государства, аппаратам, комиссиям, общественным объединениям и т.д.

С теоретических позиций понятие «юридическое лицо публичного права» также практически не исследовано. Есть много работ о политических партиях, общественных организациях, очень много написано об органах государства. Однако когда речь заходит о юридических аспектах, то используются определения, созданные для хозяйствующих организаций, поскольку иных нет. Такое отношение к юридическому лицу публичного права в науке вполне понятно: конституционалисты и административисты считают юридическое лицо традиционным объектом изучения цивилистики, а цивилисты ориентированы на сферу хозяйственной деятельности и полагают, что если учреждения (в том числе публичные) как-то и относятся к ним, то уж органы государства — совсем не их дело. О том, как попытаться преодолеть такую ситуацию «междучарствия», не ограничиваться цивилистическим подходом, а привлечь к изучению юридического лица представителей науки публичного права, мы скажем ниже. Для начала попытаемся вскрыть особенности юридического лица публичного права, коль скоро такое «клише» появилось в зарубежном законодательстве и в российской науке (в российском законодательстве такого термина нет, поэтому речь идет о юридических лицах публичного права *de facto*).

Юридическое лицо, действующее в сфере публичных отношений (Администрация Президента РФ, Счетная палата, министерство, политическая партия, выдвигающая кандидатов на выборах, национально-культурная автономия, занимающаяся развитием культуры своего этноса, городской отдел милиции, представительный орган местного самоуправления) обладает существенными особенностями. Это очевидно, когда мы говорим о государстве (по традиции в российской цивилистике оно рассматривается как юридическое лицо, выступающее в виде казны), о субъектах РФ (их не было в дореволюционной России), о муниципальных образованиях, об органах публичной власти (государства, субъектов федерации, территориальных автономий — например, Шотландия в Великобритании или Андалузия в Испании). Они действуют в управленческой сфере, а общественные объединения занимаются делами ради «общественной пользы». Данная деятельность не похожа на «заботы» товариществ по извлечению прибыли. Своеобразие таких юридических лиц проявляется и тогда, когда они вовлекаются (в определенных пределах) в сферу гражданско-правовых отношений, поскольку по своей природе это юридические лица *иного качества*, чем хозяйствующие субъекты. По своей сути это *юридические лица публичного права*, отличающиеся по внутреннему содержанию и характеру правового регулирования от *юридических лиц частного права*. Поэтому вряд ли можно решить вопрос о различиях двух видов юридических лиц путем «приравнения» одних к другим, как к определенному эталону, что сделано в гл. V ГК РФ в отношении государства, государственных образований (субъектов РФ) и муниципальных образований¹². Путь приравнивания, на наш взгляд, не лучший способ для решения возникшей проблемы.

Можно назвать много характеристик, которые отличают юридическое лицо публичного права от юридического лица частного права. Кратко остановимся на наиболее существенных. Во-первых, по своей природе юридическое лицо публичного

¹² О правовом положении таких приравненных лиц см.: Кутафин О.Е. Субъекты конституционного права Российской Федерации как юридические и приравненные к ним лица. М., 2007.

права не частноправовое, а *публично-правовое* образование. У него иная цель, иные интересы, следовательно, иное *социальное и юридическое качество*. Его главное назначение в обществе — не предпринимательская или иная хозяйственная деятельность, не участие в гражданском обороте, а главная цель — отнюдь не извлечение прибыли. Главная цель юридического лица публичного права — выполнение «*общих дел*», *управление теми общественными процессами*, которыми можно управлять и которые допускают такое управление (государство, субъект федерации, их органы), деятельность ради «*общей пользы*» (некоммерческие организации). Деятельность управленческих органов и публичных учреждений тоже имеет такую цель, хотя это особого рода, преимущественно индивидуализированные управленческие действия (например, выдача больничного листа с соответствующей оплатой во время болезни). Все это можно объединить в какой-то общей формулировке, например, деятельность в целях *общего блага* (хотя по-разному понимаемую, осуществляемую неодинаково на разных уровнях, разными методами и в неодинаковых масштабах), *деятельность в публичных интересах*. Объективно хозяйствующие объединения тоже играют огромную социальную роль, без них жизнь общества невозможна, но их главная цель связана с частными интересами. Некоторые юридические лица публичного права в какой-то мере могут заниматься хозяйственной деятельностью, многие из них (некоммерческие организации, юридические лица «смешанного типа») вправе получать прибыль. Однако такая деятельность должна быть подчинена главной цели юридического лица — общей (общественной) пользе; прибыль не распределяется между участниками (членами, штатным составом), а используется для осуществления главной уставной задачи организации.

Во-вторых, юридическое лицо публичного права по-особому связано с *публичной властью* (государственной властью, публичной властью субъекта федерации, территориальной автономии, местного самоуправления). Хозяйствующие организации — объект публично-правового регулирования, юридические лица публичного права — его и объект (государство тоже подлежит такому регулированию и со стороны внутреннего права — например, обязанности по отношению к гражданам, и со стороны международного права), и, как правило, *субъект*. Правда, в последнем качестве разные юридические лица публичного права выступают неодинаково; органы государства — иначе, чем публичные учреждения; но и последние являются субъектами публичного управления, хотя и делают это, как правило, на индивидуальной основе (например, учреждения Пенсионного фонда самостоятельно определяют, кому положена пенсия и ее размер). Общественные организации не являются субъектами публичного управления (их власть распространяется только на их членов), но им иногда могут быть переданы некоторые функции государственных, муниципальных органов или публичных учреждений (религиозным организациям такие полномочия передавать нельзя). Государство, в определенной мере субъекты федерации и органы местного самоуправления своими правовыми актами регулируют основы деятельности хозяйствующих организаций, которые не занимаются управленческой публичной деятельностью, не участвуют в осуществлении публичной власти, в борьбе за нее. Юридические лица публичного права — также объект правового регулирования, но они либо реализуют публичную власть, либо борются за нее (политические партии), либо оказывают давление на власть и в каких-то организационных формах участвуют в ней. Деятельность юридических лиц публичного права в той или иной форме *связана с публичной властью*.

В-третьих, как правило, существует иной *порядок создания* и другие *процедуры регистрации* юридических лиц публичного права. Не будем говорить о возникновении государства, создании субъектов федерации, территориальных автономий или муниципальных образований — в таких случаях особенности очевидны. Государственные органы создаются не путем объединения, как это имеет место в отно-

шении хозяйствующих субъектов, а «сверху» — законами, иными правовыми актами, приказами и т.д. Для государственных органов как субъектов правоотношений государственная регистрация не нужна, они приобретают статус юридического лица не в результате регистрации. Для муниципальных образований существует государственный регистр, но это совсем не та регистрация, что для хозяйствующих субъектов. Некоммерческие организации становятся юридическими лицами на основе конкретного закона (так созданы крупные государственные корпорации, например, Росатом); в отношении других закон устанавливает, что данная форма организации является юридическим лицом (например, закон о политических партиях), для некоторых юридических лиц публичного права закреплена обязательная регистрация. Все общественные объединения регистрируются не в налоговых (как хозяйствующие организации), а в иных органах (в России — регистрационная служба Министерства юстиции РФ). Регистрация сопровождается проверкой соответствия их целей закону, в том числе с политической точки зрения (например, исключение запрещенного законом экстремизма).

В-четвертых, иначе обстоит дело с *имуществом* юридических лиц публичного права. Определенные юридические лица публичного права (государство, субъекты федерации, территориальные автономии) имеют свою собственность, но в конечном счете (с позиций социальной оценки) это собственность определенного территориального публичного коллектива — общества (народа страны), населения (народа) субъекта федерации, территориальной автономии или муниципального образования. Органы таких публично-правовых образований располагают имуществом, пользуются им (без определенной материальной базы и финансовых средств, которыми они в установленных рамках распоряжаются, их деятельность была бы невозможной), но своей собственности не имеют. По существу, они пользуются «чужой» собственностью, собственностью определенного публичного образования, выступающего в форме государства, субъекта федерации, территориальной автономии, муниципального образования (вопрос о хозяйственном ведении или оперативном управлении мы здесь не обсуждаем, для нас важно констатировать само правовое положение всего или основного имущества, находящегося у органов и учреждений публичной власти). Что касается публичных учреждений и некоммерческих объединений, то у них может быть и часто есть своя собственность, но она не составляет основу их собственности и распоряжение ею ограничено — использование только для осуществления главных целей объединения. Прибыль, полученная организацией, не может быть разделена между ее членами.

В-пятых, юридическому лицу публичного права присущ иной *персональный субъектный состав*. Это не собственники или акционеры, а штатный состав государственных или муниципальных служащих с установленным «сверху» расписанием должностей, штат публичного учреждения; не участники хозяйствующего субъекта, а члены общественного объединения со своей дисциплиной и особыми требованиями к поведению. Особенности персонального и социального состава государства (выступающего в данном качестве не как управленческая структура, а как политическое сообщество, общество страны), субъекта федерации, территориальной автономии, муниципального образования очевидны. Это территориальные публичные коллективы разного масштаба со своими социальными слоями.

В-шестых, для юридических лиц публичного права установлены особые *формы ответственности*. Существует ответственность государства по международному праву, да и во внутригосударственных отношениях за ущерб, причиненный органами государства и его должностными лицами, например, гражданам, государство несет ответственность в особом порядке (постановлениями Правительства РФ определена структура, куда нужно обращаться в случае ущерба) и из особых фондов (у министерств для этого бюджетных средств нет, иски к ним предъявлять бесполезно). В отношении субъектов федерации, автономных и муниципальных

образований применяются различные формы публичного, государственного (в федерациях — федерального) принуждения, вплоть до роспуска представительных органов населения. Такие меры уже детально исследованы в науке конституционного права, в том числе российской. Банкротство к юридическим лицам публично-права не применяется (правда, в российском законе говорится только о партиях, но это относится и к другим общественным объединениям). Вопрос о банкротстве органов государства у нас вообще пока не ставился, хотя в зарубежной практике говорится о банкротстве муниципальных образований. В ситуации мирового финансового кризиса в 2008 г. говорилось и о возможном банкротстве государств, в частности, Исландии.

Есть и другие различия юридических лиц частного и публичного права. Рамки статьи не позволяют описать все; мы отсылаем читателя к соответствующим исследованиям.

Вместе с тем указанные особенности юридических лиц частного и публичного права не имеют абсолютного характера (выше говорилось о сходстве публичного и частного права). В основе тех и других юридических лиц лежат некоторые общие признаки, что отчасти заметно и в предложенных сопоставлениях. Деятельность юридических лиц частного права в конечном счете имеет общественный характер, а юридические лица публичного права в какой-то мере участвуют в гражданско-правовых отношениях (например, покупая необходимое для своей деятельности оборудование).

Из сказанного, на наш взгляд, следует, что в законодательстве целесообразно закрепить три сходные в своей основе, но отличающиеся определения юридического лица: общее определение и отдельные определения юридического лица частного права и юридического лица публичного права. Общее определение по необходимости может быть только довольно абстрактным. Например, оно могло бы быть следующим: *юридическое лицо — это государство или признанное государством в этом качестве материальное и правовое образование*¹³ (материальные качества реально существующих юридических лиц не следует игнорировать и сводить понятие юридического лица только к фикции), *имеющее имя и другие идентифицирующие признаки, участвующее в гражданско-правовых и (или) публично-правовых отношениях в различных организационно-правовых формах, обладающее имуществом, имеющее права и обязанности, несущее ответственность за свои акты и действия*. На этой основе можно предложить квалифицирующее определение юридического лица публичного права: *юридическое лицо публичного права — это государство или признанное государством в этом качестве материальное и юридическое публично-правовое образование, участвующее главным образом в публично-правовых отношениях и в некоторых, установленных законом, гражданско-правовых отношениях в различных организационных формах путем законного осуществления государственной власти, сотрудничества с ней, давления на нее, имеющее название, другие идентифицирующие признаки, права и обязанности, несущее ответственность за свои акты и действия*. Что касается определения юридического лица частного права, то оно есть в ГК, хотя, видимо, его целесообразно усовершенствовать.

Из сказанного видно, что существуют различные виды юридических лиц публичного права. В рамках статьи нет возможности дать детальную характеристику, мы лишь перечислим их: 1) публично-правовые образования — государство, государственные (государствоподобные) и муниципальные образования; 2) территориальные публичные коллективы как особые общности населения (народа) на разных уровнях, отличные от воплощающих их организационных публично-правовых форм; 3) органы публичной власти; 4) учреждения публичной власти (об особен-

¹³ Термином «правовое образование» в данном случае обозначается особая юридическая конструкция.

ностях осуществления публичной власти органами и учреждениями говорилось выше); 5) некоммерческие общественные объединения (религиозные организации, также являющиеся после регистрации юридическими лицами, сюда не относятся).

Сравнение правового положения юридических лиц частного и публичного права приводит к выводу, что при всех различиях их сущности между ними нет «великой китайской стены». Их деятельность и правовое регулирование ставят новые вопросы перед практикой и наукой, на которые нет полного ответа ни у цивилистов, ни у их коллег, занимающихся вопросами публичного права. Причина этого понятна: образования такого рода (некоторые самоуправляющиеся объединения, государственные корпорации, управляющие компании, отдельные публичные учреждения, особенно занимающиеся обслуживанием населения) представляют собой симбиоз (а иногда — гибрид, поскольку появляется новое качество) частноправовых и публично-правовых элементов. Их анализ требует выхода за привычное для цивилистики понятие юридического лица, обращения к публичному праву, к более общим категориям теории права, а иногда и государствоведения. Применяя классификации юридических лиц к образованиям смешанного характера, важно исходить из доминанты их деятельности, основных, решающих признаков. В деятельности государства и государственных образований, государственных и муниципальных органов и учреждений, некоммерческих объединений главными, а то и безраздельно доминирующими являются те или иные публичные интересы. Они могут в какой-то мере и в определенных формах участвовать в частноправовых сделках (государство и государственные образования — в том числе и на международной арене), но не гражданское, а публичное право определяет их суть, цели, структуру, основные формы и методы деятельности. С другой стороны, коммерческие организации отнюдь не оторваны от социальной и отчасти от публичной деятельности государства, государственных образований, государственных органов. Невозможно отрицать, например, роль Газпрома в России в социальной жизни страны, в решении задач государства в публичной сфере, но его главная задача — хозяйственная деятельность. Этим коммерческие организации служат интересам общества. Иногда сближаются и методы деятельности — в экономической сфере происходит заимствование публичной властью некоторых системообразующих элементов частного сектора, последний усваивает некоторые формы и методы деятельности государственных образований, органов и учреждений.

Примером «смешанных» юридических лиц являются автономные учреждения в России, созданные в соответствии с Федеральным законом от 03 ноября 2006 г. № 174-ФЗ. У них отчетливо заметно сочетание публично-правовых и частноправовых качеств. Автономные учреждения находятся в собственности публично-правового образования (Российской Федерации, ее субъектов, муниципальных образований) и потому основа их имущества — публичная собственность (или только такая собственность). Они получают задания от учредителя (собственника публичного характера) и под эти задания — соответствующее бюджетное финансирование. Их руководитель назначается учредителем, т.е. публичным образованием, его органом. Они не вправе распоряжаться недвижимым и «особо ценным движимым имуществом», закрепленным за ними учредителем; это не их собственность. В то же время они могут иметь свою собственность, брать кредиты, выполнять по своему усмотрению (в соответствии с уставом, который нуждается в утверждении учредителя) работы и услуги, получать за это доходы, которыми распоряжаются сами. Они вправе распоряжаться имуществом учредителя, которое не относится к категории «особо ценное». Автономные учреждения подобно, скажем, акционерному обществу, имеют наблюдательный совет. Словом, автономное учреждение, остающееся государственным или муниципальным и вследствие этого по своей сути публично-правовым юридическим лицом, включает и некоторые частноправовые

качества. Это своего рода соединение тех и других при доминирующем значении первых. Следовательно, в своей основе это юридическое лицо публичного права, сравнительно широко участвующее в гражданском обороте, в отличие от некоторых других юридических лиц публичного права, которые в этом почти или совсем не участвуют (закупка материалов на бюджетные средства и в точно установленных пределах органом государства — это еще не хозяйственная деятельность).

В ходе различных обсуждений данной проблематики иногда предлагалось вместо термина «юридическое лицо публичного права» использовать формулировку «юридическое лицо в публичном праве». Вряд ли это лучший вариант. Во-первых, термин «юридическое лицо публичного права» в зарубежных странах вошел в обращение на гражданско-правовом и даже конституционно-правовом уровнях. В отдельных зарубежных конституциях закреплено словосочетание «юридическое лицо частного права» с упоминанием или без упоминания о юридических лицах публичного права. Очевидно, их различие составителям конституции было ясно. Указанное различие проводится и в некоторых международных документах¹⁴. Понятия «юридическое лицо в публичном праве» в качестве определенного устойчивого клише при изучении проблемы мы не встретили. Скорее, это описательная характеристика.

Во-вторых, термин «юридическое лицо публичного права», поскольку он вошел в конституции, неминуемо раньше или позже получит распространение в законодательстве, а поскольку тенденция к различению юридических лиц есть в Европейском Союзе, то, возможно, и в международных актах. Предлагаемое новообразование «юридическое лицо в публичном праве», напротив, может послужить для отчуждения российского права от общих тенденций мирового правового развития. В России понятие юридического лица публичного права, хотя и редко, но все же применяется в научных разработках.

В-третьих, эти два названия отражают разные явления. Первое характеризует особую суть данного вида юридического лица, второе лишь указывает на его участие в публично-правовых отношениях. Однако не всякое юридическое лицо участвует как субъект в отношениях, имеющих властный характер, элементы такого характера или содержащих притязание на участие в таких отношениях. О коммерческих организациях этого сказать нельзя, они — объекты публично-правового регулирования, которое касается их лишь частично, когда это связано с публичными интересами (вопросы конкуренции, запрет монополизма, регистрация, лицензирование и др.). В основном их деятельность регулируется частным правом. Даже если такие организации создаются, например, с участием средств государства, они не являются субъектами публично-правовых отношений, не состояют за участие в таких отношениях. Следовательно, речь идет не столько о том, как обнаруживает себя юридическое лицо в публичном праве, а о выделении особого вида юридических лиц в зависимости от их сущности, что и отражает термин «юридическое лицо публичного права». Видимо, будущее все-таки за ним.

¹⁴ См.: Кондратьев А.В. Категория юридического лица в праве Европейского Союза // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2005. № 3. С. 61; 2006. № 1. С. 50—54.

И.В. Гетьман-Павлова

Доцент кафедры
международного
частного права
факультета права
Государственного
университета —
Высшей школы
экономики,
кандидат
юридических наук

Истоки международного частного права: итальянский постглоссатор Бальди де Убальди¹

Среди основоположников науки международного частного права всегда называется имя знаменитого средневекового юриста Бальди де Убальди (Бальдус де Убальдис, Бальди де Умбальди, Балд, Бальд — Baldus de Ubaldis). Бальд считается одним из самых авторитетных представителей школы постглоссаторов. Многие называют его превосходным юристом, работам которого в литературе конфликтного права отведено почетное место². Бальд родился в 1327 г. (около 1327 г.) в Перудже. Учился у самого известного итальянского постглоссатора XIV в. Бартоло да Сассоферрато. Бальд — наиболее видный и даровитый ученик Бартоло, его продолжатель в изучении конфликтных вопросов. Бальд «не отличался ни силой, ни оригинальностью мысли, но обладал большею памятью, чем Бартоло, и большей тонкостью в применении схоластических приемов»³. Уже 15-летним юношей нередко ставил учителя в тупик своими возражениями. К Бартоло да Сассоферрато Бальд относился с высочайшим пиететом: «Бартола... я в законах (т.е. в императорском праве) всегда почитал, как земное божество, и, насколько это допустимо, поклонялся его стопам»⁴. Тем не менее, как заметил в 1653 г. французский юрист Антуан Фор, Бальд обычно во всем противоречит Бартоло.

Бальд славился «отчетливостью мысли» и огромным талантом к систематизации⁵. В 17 лет он стал доктором права, а затем как профессор преподавал право в разных университетах Италии — в Болонье (1344—1347 гг.), Пизе (1357—1358 гг.), Флоренции (1358—1364 гг.), Падуе (1376—1379 гг.), Павии (1390—1400 гг.) и Пьяченце (1399 г.); более всего — в своем родном городе Перудже (1347—1357 гг., 1364—1376 гг., 1379—1390 гг.). Занимал различные судебные должности, многократно отправлялся в посольство. Принимал активное участие в общественных делах родного города как посланник и консультант важнейших цехов. Выступал в роли публициста, пи-

¹ Работа выполнена при поддержке гранта исследовательских проектов 2008 г. факультета права ГУ ВШЭ.

² См.: *Макаров А.Н.* Основные начала международного частного права. М., 1924; *Муромцев С.А.* Рецепция римского права на Западе. М., 1885; *Покровский И.Л.* История римского права. Пг., 1918; *Брун М.И.* Очерки истории конфликтного права. Пг., 1915; *Грабарь В.Э.* Вопросы международного права в юридических консультациях Бальда // *Известия МИД.* 1916. Кн. 5—6.

³ *Коркунов Н.М.* История философии права. Пг., 1915.

⁴ *Грабарь В.Э.* Римское право в истории международно-правовых учений. Юрьев, 1901.

⁵ *Брун М.И.* Коллизионные нормы в юриспруденции XIV—XIX вв. о состоянии лица. М., 1915.

сал консультации папам в эпоху великого церковного раскола после Авиньонского пленения. Когда в 1378 г. умер папа Григорий XI (который учился у Бальда), и на папский престол одновременно были избраны два претендента, Бальд дважды выступал в защиту одного из них — папы Урбана VI. Ученый составил статуты для города Павии⁶. Много времени уделял практической деятельности в качестве адвоката и юриста-консультанта. Умер Бальд 28 апреля 1400 г.

Из сочинений Бальда можно назвать обширный комментарий к римскому праву (издан в Венеции в 1615 г.) и «*Practica iudiciaria*» (издан в 1515 г.) — сборник канонического судопроизводства. Сочинения Бальда содержат комментарии ко всем глоссированным частям Кодификации Юстиниана. Наряду с комментированием глосс он посвящает специальное сочинение практической разработке отдельных юридических вопросов. Юридические заключения («советы»), дошедшие до нас начиная с XIV в., наглядно свидетельствуют о той роли, которую в решении правовых вопросов играли наиболее выдающиеся легисты того времени. Как отмечает А.Н. Стоянов, юриспруденцию XIV—XV вв. более всего поддерживала юридическая практика. «У бартолистов... видим мы учреждения, похожие на немецкие “*Spruch-Collegia*”; у них встречаем мы оживленные диспуты, на которых тяжеловесные ученые являлись иногда энергичными и находчивыми противниками. У них же развился обычай ученых-конкурентов, который вызвал значительное напряжение умственных сил, оживлял вялую будничную деятельность»⁷. В качестве автора консультаций (консилиатора) Бальд был одним из наиболее плодотворных и известных. В отличие от своего учителя Бартоло да Сассоферрато, после которого осталось лишь несколько юридических заключений, Бальд знаменит в основном благодаря своим консультациям. В.Э. Грабарь отмечает некоторую поверхностность и конъюнктурность отдельных консультаций ученого, однако подчеркивает, что заключения часто давались наспех и являлись «плодом весьма недолгих размышлений». Кроме того, на юридическом заключении отражается не только недостаток времени автора, но и нечто худшее, — необходимость менять соображения сообразно интересам клиентов. «Это — вообще недостаток практической юриспруденции, недостаток, от которого освободиться довольно трудно, ибо для этого требуется известная твердость воли и стойкость теоретических воззрений. По-видимому, Бальд не обладал ни тем, ни другим качеством»⁸.

Во второй половине XIII столетия комментаторы (постглоссаторы) привнесли в юриспруденцию современный им философский метод — схоластику. Схоластика строилась на фундаменте грамматики, имея в виду важность законов языка, «знание отношений между словом, понятием и бытием. Вторым этажом схоластики являлась диалектика»⁹. Схоластика «питается текстами», она представляет собой метод авторитета и опирается на двойную поддержку цивилизаций — на христианство и античную мысль¹⁰. В современной литературе высказывается мнение, что схоластику можно рассматривать в качестве методологического фундамента средневековой науки международного частного права.

При рассмотрении практических юридических вопросов постглоссаторы зачастую высказывали противоречивые суждения, что привело к образованию аналогичного римскому институту *communis opinio doctorum*, — обязательную силу приобретают совпадающие суждения наиболее авторитетных авторов. Пользуясь

⁶ Новый Энциклопедический Словарь Брокгауза — Эфрона. СПб. — Пг., 1911—1916. Т. 4.

⁷ Стоянов А.Н. Методы разработки положительного права и общественное значение юристов от глоссаторов до конца XVIII столетия. Харьков, 1862.

⁸ Грабарь В.Э. Вопросы международного права в юридических консультациях Бальда.

⁹ Мережко А.А. Наука международного частного права: история и современность. Киев, 2006.

¹⁰ Ле Гофф Ж. Интеллектуалы в Средние века. СПб., 2003.

этой формой правотворчества, постгlossаторы разработали новые положения, отличающиеся от правил, зафиксированных в источниках¹¹. Работая над римскими текстами, они оперируют не столько первоисточниками, сколько толкованиями glossаторов. Комментируя glossы, постгlossаторы стараются внести в юридические явления логический порядок, свести юридические нормы к общим понятиям, из которых дедуктивным путем выводятся частные понятия. В качестве примера схоластического метода Бальда можно привести его консультации, обосновывающие применение репрессалий. Для правомерности репрессалий Бальд требует наличия четырех основных условий: порядок (*ordo*), причина (*causa*), судья (*judex*) и форма (*forma*). Эти условия должны быть выражены в четырех причинах (*causae*): производящей (*efficiens*), формальной (*formalis*), материальной (*materialis*) и конечной (*finalis*)¹².

В основу разработанной постгlossаторами системы были положены «основные места» (*locus*) из различных фрагментов Дигест Юстиниана, а вокруг этих основных мест группировались остальные тексты, имеющие к ним отношение. Под *loci ordinarii* понимались те места источников, по поводу которых разъяснялся какой-либо вопрос, так что около него сгруппировывались все комментарии, относившиеся к данному юридическому институту. Другой вид — это *loci communes*, которые давали готовые рубрики для рассмотрения вопроса и служили основанием самой аргументации. Систематический талант Бальда высказался и в том, что он установил в Дигестах сто основных мест. Основные места служили предпосылкой для разработки общих понятий, имевших для постгlossаторов значение непреложных естественно-правовых принципов. Бальд стремился «дать логическую разработку такой системы общих юридических принципов, категорий и понятий, из которых можно... вывести более частные правовые положения, нормы и понятия»¹³.

Идея естественного права как вечного, разумом из природы вещей выводимого права, лежала в основе всех учений постгlossаторов. При таком представлении всякая норма положительного права имела оправдание лишь постольку, поскольку являлась логическим выводом из «необходимого разума» права естественного. Этим провозглашалось главенство естественного права над положительным. При столкновении позитивно-правовых норм с естественно-правовыми юриспруденция отдавала предпочтение последним. Римское право подверглось переработке применительно к новым условиям жизни и стало *lex generalis* нового мира. Прилагая все усилия к тому, чтобы превратить римское право в закон, имеющий полное и исключительное действие, постгlossаторы не только преобразуют его нормы, но и увязывают их с нормами канонического и обычного права, с нормами местного законодательства. Главным критерием оценки римского права постгlossаторы считали понятие справедливости, дополненное естественно-правовыми категориями. Основная функция юриста сводилась к тому, что он «обязан исследовать, справедлив или ложен закон писанный. Если он найдет его справедливым, он должен вывести из него верные заключения»¹⁴. В связи с этим особый интерес вызывает убеждение Бальда, что естественное право сильнее власти государя, а позитивное право должно быть сведено к праву естественному и согласовано с ним. Властитель может быть назван царем лишь в том случае, если он заботится о благе своих подданных: «Сокровище государя составляет не его казна, а подданные, хорошо чувствующие себя».

¹¹ См.: *Kalensky P.* Trends of private international law. Prague, 1971.

¹² См.: *Грабарь В.Э.* Вопросы международного права в юридических консультациях Бальда.

¹³ *Нерсесянц В.С.* Философия права Гегеля. М., 2000.

¹⁴ См.: *Иоффе О.С.* Избранные труды по гражданскому праву. М., 2000.

Естественное право — это первичное право народа, а юридическая конструкция «право народов» (*jus gentium*) имеет вторичный характер. Комментируя отрывок Институций Юстиниана, где дается определение права народов, Бальд замечает, что оно «получило начало из человеческих нужд». Право народов — это естественное право людей. Его источники — *ratio* и *intellectus* (разум и интеллект). Этим правом пользуются все народы; это необходимое и справедливое право, без него люди не могут обойтись. В отличие от права народов, регулирующего человеческие отношения, естественное право есть не что иное, как животный инстинкт. Оно отличается от права народов, как мозг животных отличается от мозга человека, «ибо Бог вложил в человека мозг — часть божественную, где имеется чувство и интеллект; животные же интеллекта не имеют». Во внесударственной области право народов (вместе с естественным правом) является единственным и исключительным нормативным источником. Принципы права народов действуют и в пределах государства, но не исключительно, а разделяют свое господство с нормами гражданского права. Бальд отождествлял право народов с всеобщим обычаем. В государстве право народов регулирует только те отношения, которые признаются юридически существовавшими еще до установления государственной власти.

В праве народов Бальд различал нормы двоякого рода. Нормы естественного (природного) права народов рождаются вместе с человеком. Другие нормы порождают нужды человеческого общества; это нормы права народов в узком смысле (вторичного права народов). Институты вторичного права народов Бальд попытался распределить на три группы по институционной системе — лица (*personae*), вещи (*res*) и обязательства (*contractus*). Три института касаются лиц: война, разделение народов и сами народы. Во вторую группу входят институты, связанные с вещами. Третью группу составляют договоры и торговля. В.Э. Грабарь отмечает, что предложенная Бальдом классификация институтов *jus gentium* по лицам, вещам и обязательствам подразумевает деление права народов на публичное и частное, которое подготовило и облегчило превращение «понятия *jus gentium* в современное понятие международного права»¹⁵. Например, Бальд считает необходимым различать в деятельности государства две стороны — частную и публичную. Частноправовые отношения государства имеют своим объектом вотчину, публично-правовые — юрисдикцию.

В трудах Бальда затрагивается проблема соотношения права народов, универсального (римского) права и городского статута. Средневековым юристам казалось, что между двумя отрывками римского права существует противоречие: по одному единственным законодателем является Император, по другому — создавать право предоставлено каждому народу. Пытаясь устранить это противоречие, Бартоло да Сассоферрато писал: «Каждому народу, имеющему юрисдикцию, разрешается устанавливать собственное право, которое носит название гражданского права... Это собственное право гражданских общин и других владельцев называют также «муниципальным правом» или «статутами», когда желают отличить его от общего гражданского права всей Империи. Последнее обозначают словом «закон» и к созданию его признают управомоченным лишь Императора»¹⁶. Статуты противопоставляются закону, как местное законодательство отдельных политических союзов законодательству общеимперскому. Бальд высказался еще более определенно. Он утверждал, что в словах отрывка «*Omnes populi*» термин «*populus*» означает городскую общину, «*jus proprium*» — статуты этой общины, а «*jus commune*» — общее гражданское право Империи. Таким образом, под понятие общего права (*jus commune*) Бальд под-

¹⁵ Грабарь В.Э. Вопросы международного права в юридических консультациях Бальда.

¹⁶ Он же. Римское право в истории международно-правовых учений.

водит и право народов (самое общее право — *jus communissimum*), и римское гражданское право (просто общее право — *jus commune*), которые противопоставлены гражданскому праву других союзов (*jus civile proprium*).

Вслед за Бальдом термины *jus commune* и *jus proprium* стали употребляться в двойном смысле: ***jus commune* означало, с одной стороны, право народов и естественное право, с другой — гражданское право Рима.** *Jus proprium* одновременно означало и гражданское право Рима, и местное гражданское право (статуты). Римское право одновременно было и ***jus commune* — для каждого отдельного народа,** и *jus proprium* — для всей Римской империи. Чтобы выделить римское право, объединявшее и *jus commune*, и *jus proprium*, Бальд объединил право естественное и право народов одним термином — *jus communissimum*, а право муниципальное назвал *jus propriissimum*. Местное законодательство городских общин (*statute*) обладает независимостью и в определенных случаях может ставиться рядом с римским правом. Статут и римское право представляют собой «равносильные» источники права, отличающиеся только пространственной сферой: статут действует на территории одного города и обязывает только его жителей. Бальд писал, что все народы могут издавать для себя статуты, но «где кончается статут, там действует *jus civile*», т.е. римское право. Отношение римского права к статутному — это отношение общего закона к частному, поэтому статут отменяет римское право. Между различными статутами часто возникали коллизии, и нужно было найти выход для разрешения столкновений между статутами различных территорий, из которых ни один не обязан был уступать первенство другому. По мнению М.И. Бруна, постгlossаторы выработали руководящее правило: «Когда они говорят, что статут не имеет силы, это не значит еще, что имеет силу статут другой политической общины, а... действует римское право... Если в текстах говорится, что к иностранцам не применяется местный статут итальянского города, то... действует римское право, и нужно особое доказательство того, что... должен быть применен статут другого итальянского города»¹⁷. А.Г. Гойхбарг писал, что попытки постгlossаторов дать разрешение коллизии между статутами потерпели неудачу¹⁸. Совсем иначе оценивает построения постгlossаторов В.Э. Грабарь: «Выход указан был постгlossаторами в их учении о статутах, где заложены основания современного международного частного права»¹⁹.

Бальд считался авторитетом не только в римском, но и в каноническом праве, «хотя и не достиг славы своего учителя Бартола». Однако «уступая Бартолу по смелости выступлений... Бальд и в светских судах пользовался таким же авторитетом, как и его учитель»²⁰. В XIV в. средневековая церковь руководствовалась римским правом, и каноническое право можно считать его своеобразной модификацией. Бальд разрабатывал каноническое право именно в таком направлении. Он выделял религию из других институтов права народов, подчеркивая ее публично-правовой характер. Комментируя отрывок из Дигест Юстиниана, Бальд замечает: «Может казаться, что религия является частным правом народов (*privatum jus gentium*). Напротив, — она является (правом) публичным... Решение: полагаю, что религия вообще относится к публичному праву народов, а не к частному». Известны выступления Бальда против всевластия церкви, в защиту светской власти Императора. В одной из своих консультаций он называет Императора Апостолическим, заявляя, что Император имеет власть непосредственно от Бога. В ответе на вопрос о Константиновом дарении, которым папы обосновывали свою власть

¹⁷ Брун М.И. Право и дееспособность физического лица в конфликтном праве. М., 1915.

¹⁸ Гойхбарг А.Г. Международное право. М., 1928.

¹⁹ Грабарь В.Э. Римское право в истории международно-правовых учений.

²⁰ Иоффе О.С. Указ. соч.

и юридическую независимость своих владений от Императора, Бальд выступает не как канонист, а как легист (легисты не признавали юридической действительности и законности дарения императора Константина). Ученый дает чрезвычайно уклончивый ответ: он в принципе воздерживается от суждения о Константиновом дарении, как о событии, относящемся к области чудес: «Вообще подобного рода расточение государственной территории со стороны государей... не может обязывать преемников; но некоторые... делают исключение для дарений в пользу всей католической церкви».

Бальд — современник процесса образования самостоятельных государств на территории Священной Римской Империи, завершившегося уже после его смерти. Ученый предложил наиболее логически стройное и законченное решение по вопросу о природе государства и государственной власти. «Мало у кого из юристов мы и в последующее время найдем все те выводы, которые делает при своей предпосылке Балд... двести лет спустя Бодэн нашел уже в готовом виде то решение, которое дано было Балдом»²¹. Формально Бальд признавал единство Империи и всемирную власть Императора, но допускал и юридически оправдывал фактическую независимость городов-государств в пределах Империи. Он мыслил прежде всего как практик и прекрасно понимал, что отжившего права не воскресить и что спор о «голом праве» абсолютно бесполезен. Бальд менее других юристов был склонен к «юридизации» и отличался большей решительностью в плане учета реальных потребностей действительной жизни.

Теоретические воззрения Бальда об отношениях между Империей и отдельными государствами изложены в его комментариях к первой конституции Кодекса Юстиниана (Конституция 308 г. императоров Грациана, Валентиниана и Феодосия). Первые слова Конституции давали возможность различного толкования пространственных пределов императорской власти: «Желаем, чтобы все народы, которые управляются благопроизволением нашей милости...» Бальд утверждает: «Здесь говорится, что Император ставит закон народам, подвластным ему. Против: нет, Император должен ставить закон всему миру, так как весь мир подчинен Императору. Решение: допускаю, что, принимая во внимание власть, принадлежащую Императору в силу гражданского права, он может ставить закон всему миру; но принимая во внимание волю Государя, я говорю, что Император не желает ставить закон народам, которые не повинуются, и нет надежды, что будут повиноваться, дабы закон его не служил посмешищем и не был издан попусту». Ученый обращается к исходному постулату: «Империя Кесарей от Бога... Множество государей не является благом... Император Римский является всемирным владыкою христиан». Может показаться, что Бальд отрицал возможность существования независимых государств. Однако возвеличивание императорской власти направлено не против отдельных независимых государств, а в защиту светской власти вообще. Теория о единстве Империи не мешала Бальду видеть реалии современной действительности.

В подавляющем большинстве юридических консультаций Бальда независимость государств получила полное признание. В своих консультациях он демонстрировал значительно более жизненную, прагматичную позицию, чем в теоретических комментариях к римским законам. Сохранились данные о признании Бальдом независимости итальянских городских республик Венеции и Генуи, городской общины Милана. Сам факт независимости Венеции от Империи Бальд не считает даже нужным доказывать: «Венецианцы не признают над собою высшего в силу истинной и укоренившейся свободы этого столь славного города». О независимости Генуи он писал: «Дож или Генуэзский Совет... в землях Генуэзцев... не признает никакого царя над собою... что бы он ни постановил или решил по

²¹ Грабарь В.Э. Вопросы международного права в юридических консультациях Бальда.

отношению к своим подданным, имеет силу закона». Независимостью обладают не только Венеция, Генуя и Милан, но и все иные городские общины Италии: «Высшим, согласно обычаю Италии, являются сами города, которые управляются сами собою... ибо они называются государствами (республиками)»²².

Бальд уделял большое внимание учению о «державных» правах государства (территориальных и личных). Территориальное верховенство заключается в том, что государственная власть имеет возможность и право в пределах своей территории совершать те или иные действия независимо от какой-нибудь сторонней власти. В то же время пределы территории указывают пространственный предел власти, так как за эти пределы государство не может распространять свои принудительные нормы (статуты): «Территории и юрисдикция поделены, так что один владетель не имеет никакой власти над другим... Судье, по-видимому, не поручена забота о чужой территории... он обязан охранять свою область». Государство не может распоряжаться недвижимым имуществом, находящимся вне пределов его территории. В этом отношении иностранцы приравнивались к вещам, лежащим вне территории, и местное законодательство не могло их обязывать своими нормами. Иностранцы подчинялись нормам общего права, действовавшим на всем пространстве прежней Римской империи и стоявшим выше воли отдельных территориальных властей: «Статут... не обязывает неподчиненного ему иностранца и... не должен обязывать неподчиненную землю, ибо законно заключать от лиц к вещам... Статут не имеет силы по отношению к не находящимся в подданстве, а также на территории, находящейся под чужою юрисдикцией... Статут издан некомпетентными судьями, не имеющими юрисдикции, чтобы обязывать иностранцев». Бальд отмечает реальный, а не личный характер территориальной власти.

Ученый самым подробным и всесторонним образом проанализировал различные аспекты учения о гражданстве (подданстве) — способы приобретения, натурализация, значение договоров о равноправии граждан, двойное гражданство (двоеподданство). В связи с проблемой двойного гражданства Бальд исследует один из наиболее сложных вопросов международного частного права — вопрос о значении места жительства (домицилия).

«Основным местом» учения постглоссаторов о подданстве был первый титул 50-й книги Дигест; исходным моментом для последующих толкований — глосса Франциска Аккурсия: «Равным образом, я, Франциск, называюсь гражданином Флорентийским, так как там родился мой отец; но я не следую за местожительством своего отца; так, если бы он жил в Модене, я не делаюсь вследствие этого гражданином Моденским». Средневековые юристы в вопросе об установлении подданства безусловно признали господство личного, а не территориального начала: подданство приобретает не по месту рождения (домицилия) родителей, а по крови и происхождению; за основание принимается подданство отца. Бальд разделял эти взгляды, но придавал неизмеримо большее значение понятию места жительства. Он выделял две категории граждан: «Есть гражданство, которое устанавливается только природою, как гражданство первоначальное... Есть другое гражданство, которое может быть установлено человеческим установлением, и это гражданство в действительности устанавливается статутом». Три консультации Бальда посвящены вопросу приобретения гражданства путем брака, и в каждой из них предложены различные решения.

В первой консультации Бальд подчеркивает, что жена принимает подданство мужа на то время, пока они состоят в браке: «Брак имеет такое свойство и природу, что переливает происхождение жены в происхождение мужа... То, что сильнее, тянет за собою то, что менее достойно». Этого мнения, по утверждению Бальда,

²² Грабарь В.Э. Вопросы международного права в юридических консультациях Бальда.

придерживаются и Глосса, и Бартоло, поэтому «госпожа Агнесса должна почитаться как бы естественной и первоначальной гражданкой... Кастеллионской земли, ибо, согласно божественному праву... жена на самом деле стала согражданкой мужа». По-видимому, Бальду нужно было доказать, что гражданство по мужу не является простой фикцией, а имеет такие же юридические последствия, как и гражданство по происхождению. Вся аргументация направлена на доказательство наличия нового гражданства, приобретенного браком. Очевидно, гражданство по мужу женщина приобретала и сохраняла только на время брака. Со смертью мужа вдова теряла его гражданство, сохраняя лишь свое первоначальное гражданство по происхождению.

В другой консультации, затрагивающей тот же вопрос, Бальд предлагает прямо противоположное решение. Данная консультация посвящена трем проблемам международного частного права: 1) к какой городской общине (Перуджи или Ассици) принадлежит женщина из Перуджи, вышедшая замуж за ассицица; 2) может ли эта женщина, возвратившись в собственное отечество, «совершить завещание по его законам в любом месте, где пожелает»; 3) «связана ли она законами того судебного места, где она состоит в замужестве». Бальд отмечает: «Перуджинка, вышедшая замуж за природного Ассицица, сохраняет свое собственное и природное происхождение, которое не может уничтожиться, хотя и может измениться в силу юридической фикции... Статут, по-видимому, неприменим к данной женщине». Приобретение женой подданства мужа не отрицается, но признается юридической фикцией, на чем Бальд особенно настаивает. Наверное, в этой консультации ему нужно было доказать, что гражданство по рождению не теряется с выходом замуж. Одновременно создается новое гражданство — гражданство мужа, представляющее собой своего рода фикцию. Гражданство мужа только присоединяется к основному (природному), которое может быть изменено, но ни в коем случае не может быть уничтожено.

Противоречивые решения вызваны тем, что в консультациях нужно было доказывать различные стороны одного и того же юридического отношения. Противоречие исчезает, если допустить возможность наличия двойного гражданства. Третья консультация, затрагивающая вопрос о влиянии гражданства мужа на гражданство жены, имела в виду репрессалии, право на которые предоставлено было подданному Пизы против граждан Сиены. Нужно было решить, распространяются ли репрессалии на пизанку, вышедшую замуж за сиенца. Бальд предлагает решение, прямо признающее двойное гражданство: «Госпожа та... была Пизанка и, что касается имущества, находящегося в Пизе, то в вещах Пизанка имеет право и участие, хотя в отношении суда (юрисдикции) она и следует происхождению мужа».

Путем натурализации приобретается настоящее гражданство, но не природное, а искусственное — гражданин не рождается, но создается. Как и другие средневековые юристы, Бальд расценивал натурализацию не как суверенный акт государства, а как двустороннее соглашение между государственной властью и натурализуемым лицом. Последствия, подобные натурализации, могли быть следствием «договоров о равноправии». Такие договоры заключались между городскими общинами Италии; они аналогичны современным двусторонним международным соглашениям о торговле и мореплавании. В договорах определялось правовое положение подданных договаривающихся сторон — чужие подданные нередко уравнивались в гражданских правах с собственными. Граждане одной общины получали в другой те же гражданские права, которыми пользовались местные граждане (национальный режим). Взаимное дарование прав воспринималось как своеобразная форма принятия в подданство. Местное законодательство (городские статуты) тоже предоставляло иностранцам некоторые гражданские права, однако ни один статут не предусматривал установления национального режима в сфере гражданских прав.

Одна из консультаций Бальда посвящена вопросу о том, правомерно ли установление судебной компетенции торговых консулов Перуджи над флорентийским купцом Пеккием на основании договора о равноправии между Перуджей и Флоренцией. Этот купец «по происхождению флорентинец, в Перудже не имеет местожительства, в Перудже не обязывался договором, не бывает постоянно в Перудже... не имеет там большей части своего имущества... более того, не находится там никоим образом». Бальд настаивает на правомерности компетенции консулов, поскольку «быть гражданином есть нечто универсальное... все равно, что быть наследником... Следовательно, раз он дал согласие, он стал гражданином в настоящем и полном смысле... он подчинен юрисдикции». Кроме того, флорентийский купец имеет в Перудже лавку и представителя — товарища по торговому делу. Суду официально известно о наличии у Пеккия имущества в Перудже, но суду неизвестно, есть ли у него имущество в каком-либо другом месте. Вывод: Пеккий может быть привлечен в суде в Перудже, ибо предполагается, что именно там находится большая часть его имущества. Такое решение соответствует и праву справедливости, а, по мнению Бальда, «среди купечества справедливость имеет большее значение, чем строгое право».

Соображение о правомерности судебной компетенции торговых консулов Перуджи Бальд основывает на понятии места жительства: «Кто при посредстве другого лица... постоянно вращается в известном месте, как бы лично пребывает там, а Пеккий... это именно и делает, имея постоянного представителя в городе Перудже, который ведет его дела... таким образом, одно тело может находиться в различных местах, в одном — реально, в другом — интеллектуально или изъяснительно, и в обоих местах считается имеющим постоянное пребывание». Место пребывания играет решающую роль при решении вопроса о наличии гражданства, поскольку свидетельствует о том, что лицо, имеющее место пребывания «в известном государстве, согласилось на принятие местного подданства, ибо оно не могло принять выгоды, предоставляемые подданством, отказываясь от связанных с подданством тяжелых моментов для решения вопроса о том, какому гражданству следует отдать предпочтение при наличии двойного гражданства».

В средневековой юриспруденции господствовала концепция, что двойное гражданство — это естественное последствие нерасторжимого характера «подданнической связи». Римское право учило, что никто не может «скинуть» с себя гражданство и отказаться от своего отечества: «Право происхождения... усыновлением не меняется». Бальд строго придерживался теории нерасторжимости гражданских уз: «Гражданин, усыновленный иностранцем... не становится настолько иностранцем, чтобы не оставаться гражданином, ибо природные права остаются». Двойное гражданство не только не отрицалось, но и признавалось вполне естественным. Проблема могла возникать только в связи с вопросом, какому гражданству, первоначальному или приобретенному, следует отдать предпочтение. Разрешению этой проблемы посвящена консультация Бальда по делу Тиция — гражданина Виченцы, получившего венецианское подданство. Тиций настаивал, что в силу договора между Виченцей и Венецией, с него, как с венецианского подданного, нельзя взыскать в Виченце вывозную пошлину. Как гражданин Виченцы, Тиций обязан был платить эту пошлину; как подданный Венеции он освобождался от уплаты. Вопрос заключался в том, кем именно следует считать Тиция — вичентинцем или венецианцем.

По общему правилу, предпочтение должно быть отдано первоначальному гражданству. Бальд приводит разнообразные доводы в пользу такого решения:

²³ Грабарь В.Э. Вопросы международного права в юридических консультациях Бальда.

а) то, что выгодно, необходимо предпочесть тому, что приносит вред; б) благоприятный договор, освобождающий Тиция от уплаты пошлины, должно предпочесть одиозному статуту; в) в договоре не делается различие между первоначальными и натурализованными гражданами, следовательно, изъятием от пошлин должны пользоваться все; г) природа сильнее усыновления (натурализации); д) истина должна получить предпочтение перед фикцией; е) нельзя изъять себя от несения повинностей приобретением нового подданства; ж) если допустить, что приобретение венецианского подданства освобождает граждан Виченцы от уплаты вывозной пошлины, то придется признать, что Венеция могла бы своим постановлением (статутом, дарующим жителям Виченцы венецианское гражданство) освободить всех граждан Виченцы от уплаты пошлины. Несмотря на все эти доводы, Бальд полагает, что в данном конкретном случае предпочтение должно быть отдано не первоначальному, а приобретенному гражданству. Соображения ученого основаны на установлении факта места жительства Тиция в Венеции, которое в случае сомнения должно играть основную роль.

Бальд сравнивает Тиция с пересаженным на другую почву растением. В личном состоянии Тиция произошла коренная перемена — он не просто присоединил к своему прежнему состоянию новое, но фактически утратил первоначальное гражданство, отказавшись от намерения оставаться в нем. Тиция можно считать только венецианским гражданином, а виченцианское гражданство вообще не принимать во внимание. Однако Бальд все же допускает возможность сохранения старого гражданства и исходит из факта наличия двойного гражданства. Тиций более гражданин в том месте, где выполняет то, что характеризует граждан, т.е. «где он душою и телом установил свое местожительство». Фактическое место жительства в совокупности с юридическим актом натурализации порождают реальную и эффективную связь лица с новым отечеством, которая свидетельствует о перемене в личном состоянии. Благодаря этой связи приобретенное гражданство получает преимущество перед первоначальным, существующим юридически, но не фактически. Бальд даже готов признать, что приобретение нового гражданства влечет за собою потерю старого, и такой выход из гражданства зависит исключительно от воли лица, покидающего свое отечество и поселяющегося в другом государстве. Бальд не готов сформулировать эту мысль как правовой постулат, но утверждает ее как фактический приоритет. Впоследствии перемена места жительства стала обязательным условием для признания действительности перемены гражданства.

Вопросы территориального и личного верховенства составляют необходимую предпосылку для исследования проблем международного частного права. Теоретические построения Бальда и его предшественников прежде всего были нацелены на согласование личного и территориального принципов действия закона в пространстве и по кругу лиц. Теория международного частного права самым обстоятельным образом изложена Бальдом в комментариях к титулу Институций Юстиниана «*de jure naturali*» и к первой книге Кодекса (в глоссах к этой книге данный предмет обычно излагался всеми комментаторами). В юридических консультациях отражены отдельные спорные вопросы международного частного права: «Бальд в синтетическом изложении разбирает положение лиц, акты, решения и деликты»²⁴. Наибольшее мастерство ученый проявил в разрешении конкретных конфликтных казусов.

Бальд — один из основоположников и приверженцев «первой теории гражданского международного права, проникшей в законодательство и ограничившей строгое действие территориального принципа. Это — известная теория статуты, развившаяся постепенно в стройную систему, основания которой лежат в общем

²⁴ Краснокутский В.А. Международное частное право. М., 1910.

учении римского права о трех элементах всякого правового отношения, которые суть — субъект (лицо), объект (предмет) правоотношения и акт (юридическое действие), определяющее существование отношения между субъектом и объектом»²⁵. Основные положения этой теории: к правам субъекта (лица) применялся закон места его постоянного пребывания (*lex domicilii*); этот закон применялся и к движимым объектам (вещам), как тяготеющим к личности; к объектам (недвижимости) применялся закон места их нахождения (*lex rei sitae*); к актам — законы места их совершения (*locus regit actus*) во всем, что касается формы, относительно содержания актов — *lex domicilii* контрагентов или *lex rei sitae*, если речь идет о недвижимом объекте. Система, определяющая личные права, получила название *statuta personalia*; для права вещного — *statuta realia*. Статутная система давала возможность применять и иностранные законы, но одновременно «открывала широкий простор для самых ожесточенных контроверз, поскольку всякая норма, каково бы ни было ее содержание, имеет в виду действия лиц по поводу вещей, т.е. что всякая норма содержит в себе все три элемента»²⁶. Итальянская теория статутов может считаться первой попыткой научного формулирования и систематизации начал международного частного права. Ее разработка представляет собой результат деятельности «юристов XIII в. ... (в числе их особенно замечательны Бартоло и Бальд)»²⁷.

Бартоло да Сассоферрато первый выявил многообразные возможности, присущие международному частному праву, и наметил пути и в отношении постановки проблем, и в отношении метода их разрешения. Юристы последующих поколений, в том числе и Бальд, почти в течение пяти столетий следовали по пути Бартоло. В центр проблемы ставился вопрос не о том, какая правовая система применяется к данному фактическому составу, а о том, какая группа отношений подпадает под данную норму права. Исходное положение — не квалификация юридических отношений между лицами, а квалификация норм права, действующих в данной стране²⁸. Однако провести строгое деление статутов на реальные и личные на практике невозможно. Личные статуты во многих случаях касаются не только право- и дееспособности лица, но и определяют вещные права или право совершать какие-либо сделки. «Если речь идет о приобретении недвижимого имущества лицом, несовершеннолетним по законам места нахождения этого имущества, но дееспособным по законам постоянного своего местожительства, то возникает сомнение, какой статут, реальный или личный, должен получить применение? При споре между двумя иностранцами относительно собственности на движимость, судья, на основании статутной теории, должен руководствоваться законами местожительства, но неизвестно, чьей стороны: истца или ответчика?»²⁹

Необходимо подчеркнуть, что Бальда ни в коем случае нельзя упрекать в механическом делении всех статутов на личные и реальные. Он обращался к каждому юридическому отношению и определял значение входящих в него иностранных элементов³⁰. Бальд исследовал предмет в общей для всех схоластиков манере —

²⁵ Даневский В.П. Пособие к изучению истории и системы международного права. Харьков, 1892.

²⁶ Пиленко А.А. Очерк международного частного права // Лист Ф. Международное право в систематическом изложении. Юрьев, 1902.

²⁷ Там же.

²⁸ Вольф М. Международное частное право. М., 1948.

²⁹ Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных государств. Т. 2. СПб., 1904—1905.

³⁰ См.: Мандельштам А.Н. Гаагские конференции о кодификации международного частного права. СПб., 1900.

при помощи различий: «Со свойственно этому замечательному юристу отчетливостью мысли, он расчленяет вопросы, чтобы подойти к предмету с разных точек зрения»³¹. «Каждый статут постановляет или о лицах, или о вещах или об исках» — исходное положение в теории статутов Бальда. «О лицах статут может постановлять трыако:

он может делать недееспособного способным, например, статут предоставляет женщине право быть опекушкой своих братьев;

статут может делать дееспособного неспособным, например, статут запрещает женщине быть опекушкой;

статут может обуславливать дееспособность соблюдением известной формы, например, женщина может заключать договоры только с согласия родственников».

Бальд различает статуты, относящиеся к лицам, и статуты, относящиеся к вещам. Однако для целей теоретического исследования ученый рассматривает отдельно: 1) статуты, касающиеся прав лиц, включая наследственное право; 2) формальное право; 3) деликты (преступления). Бальд не ограничился делением статутов на личные и реальные. Он учитывал наличие «формального права» — норм, которые касаются формы юридических актов. Впоследствии такие нормы будут названы смешанными статутами. Бальд не выделял самостоятельный формальный статут, но сформулировал современный постулат: формальное право — это *lex loci actus*.

Правило *locus regit actum* А.Н. Мандельштам называет «знаменитым» и подчеркивает, что такое коллизионное решение обусловлено потребностями международной жизни³². Бальд не дает рационального и объективного объяснения, основываясь в своих рассуждениях то на римских текстах, то на льготном характере правила, то на принципе справедливости. По-видимому, в данном случае (как и во многих других) ученый просто констатировал действующий правовой обычай.

Говоря о том, что некоторые статуты «постановляют об исках», Бальд далек от выделения отдельного «процессуального» статута, хотя в своих консультациях он нередко затрагивал и вопросы международного гражданского процесса. Немало внимания Бальд уделял вопросам признания иностранных судебных решений и вопросам действительности нотариальных актов, совершенных иностранным нотариусом, не имеющим полномочий для совершения актов в данном государстве. В одной из консультаций ставится вопрос, компетентен ли судья г. Комо по отношению к иностранцу (немцу). Бальд отвечает отрицательно, так как иностранец «не подчинен его юрисдикции, т.е. не состоит в местном подданстве и ни сам он, ни его прокуратор не находятся в этом месте... Надо написать судье в его местожительство, чтобы он предложил ему явиться в то место, где вчинен иск и куда перенесено решение... этим путем совершается передача (*remissio*) в делах гражданских». Интересно отметить, что в Италии и Германии в XIII—XIV вв. часто прибегали к помощи странствующих судей, которых специально искали за пределами страны, полагая, что они будут независимы и беспристрастны. В XIV в. сложилась практика «пересылки дел»: дело посылали в один из университетов, расположенных далеко от суда, и получали ответ, как надлежит поступать. Подобная практика обеспечивала преобладание римского права, так как в итоге спор решался не на основании местных статутов или обычаев, а на «общем мнении сведущих»³³.

Компетенция местного суда по отношению к иностранцу могла быть установлена на основе норм международного договора о равноправии. Бальд допускал

³¹ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

³² Мандельштам А.Н. Указ. соч.

³³ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1997.

возможность подсудности не только по принципу подданства, но и по месту постоянного жительства. При этом домициль должен быть продолжительным, а домицилированное лицо — иметь по месту жительства имущество: «Имел лавку и постоянного приказчика... Если иностранец имеет торговое помещение, то он подсуден».

Во времена Бальда подсудность споров из деликтов определялась исключительно по территориальному принципу. Безусловно признавалось, что судье принадлежит юрисдикция на основании общего права; судья может осуществлять ее и с тем дополнительным качеством, которое предоставляет статут. Однако уже в начале XIV в. высказывались аргументы в пользу утверждения личной подсудности. В этом отношении позиция Бальда полна сомнений и колебаний — «обычно идущий впереди, в смысле дальнейшего развития взглядов Бартола, Балд в данном случае отстает от него»³⁴. Возможно, приоритет начала места жительства перед личным началом обусловлен преклонением Бальда перед территориальной державностью государства. В одной из своих консультаций он решительно настаивает: компетентен не отечественный суд, а суд места совершения деликта, «ибо в силу деликта (совершивший его) становится подданным того места и там должен понести наказание». В другой консультации Бальд констатирует, что спор еще не решен, и допускает личную подсудность в отдельных случаях. Наконец, в теоретических обобщениях — комментариях к Кодексу Юстиниана — Бальд соглашается с Бартоло, что «обязательство следует за виновником деликта».

Реальному статуту в трудах Бальда отведено весьма скромное место. Он предлагает общее правило: «Статут имеет значение по отношению к имуществу, находящемуся в пределах территории, но не простирает своего действия на другое имущество, лежащее вне территории». Это правило сформулировано Бальдом в одной из его консультаций, посвященной наследованию без завещания: Раниеро, натурализованный подданный г. Ареццо, имел сына и дочь. Сын умер еще при жизни отца, оставив троих детей. Сам Раниеро умер, не оставив завещания. Дочь заявила, что она не является подданной г. Ареццо, так как отказалась от нового гражданства, и потребовала применения общего права (римского), предоставившего ей половину всего наследства. Племянники (внуки Раниеро) потребовали применения статута г. Ареццо, т.е. отечественного закона наследодателя, устраняющего женщин от наследования. В своем решении Бальд утверждал: «По праву следует... что в имуществе, находящемся в городе Ареццо... наследуют... внуки, устраняя дочь, согласно форме статута Ареццо; в имуществе же, находящемся вне территории Ареццо, следует соблюдать общее право».

При наследовании по закону недвижимости подчиняются *lex rei sitae*, поскольку речь идет не о лицах, а о приобретении вещей. Бесспорное подчинение недвижимости *lex rei sitae* А.Г. Гойхбарг считает основой теории статутов, «эта исходная точка зрения может быть признана правильной в настоящее время»³⁵. Однако Бальд никогда не утверждал безусловного и императивного применения к недвижимостям *lex rei sitae*. В каждом конкретном случае необходимо руководствоваться фактическими обстоятельствами дела. Бальд ничего не говорит о знаменитом «буквальном» толковании Бартоло да Сассоферрато («следует обратить внимание на расположение слов в тексте статута»). Бартоло расценивал реальный статут как нечто данное, само собой разумеющееся и не нуждающееся в особом доказательстве. Критерий реальности — это буквальное толкование текста, позволяющее узнать волю законодателя, от которого зависит сделать статут личным или реальным. По

³⁴ Грабарь В.Э. Вопросы международного права в юридических консультациях Бальда.

³⁵ Гойхбарг А.Г. Указ. соч.

мнению А.Н. Мандельштама, своим молчанием Бальд пытается доказать, что буквальное толкование Бартола было преподано не как правило, а как практический совет, которому можно и не следовать³⁶.

Судьба движимостей определялась по «курьезной формуле», содержащейся в Глоссе Аккурсия (движимое имущество приковано к костям). В итальянской теории статутов норма «движимое имущество следует за лицом» была впервые сформулирована именно Бальдом³⁷. Наследование по завещанию и в движимостях, и в недвижимостях должно подчиняться *lex domicilii* наследодателя. В обоснование своей теории Бальд утверждает, что завещание как нераздельный акт имеет однообразное действие. Эта теоретическая конструкция подтверждается ученым в его консультациях. В одной из консультаций, посвященных наследованию, речь идет о завещательном отказе: наследство открывается в г. Лукке, гражданами которой являются и завещатель, и легатарий, а предмет отказа — имущество, находящееся вне пределов г. Лукки. Другая консультация дана по делу Нетра, который переселился из Милана в Павию и женился на павийке. Прожив в Павии более 24 лет, он там же умер, завещав семье свои дома и владения, приобретенные и в Павии, и в Милане. Основной вопрос обеих консультаций: «Если происходящий из одного места и имеющий местожительство в другом, а имущество и в том, и в другом, составит завещание в месте своего жительства, то будут ли к такому завещанию применены статулы места происхождения или же статулы места жительства». Бальд предложил однозначный ответ: статут места жительства распространяется на любое имущество вне зависимости от его места нахождения.

Главное содержание комментариев Бальда — статулы о лицах. Бальд, как и Бартоло, различает положение иностранцев в пределах статута и туземцев за границей. «Бальду принадлежит заслуга более точной и менее казуистической, нежели у Бартола, формулировки учения о личном статусе»³⁸. А.Н. Мандельштам суммирует основные выводы теории Бальда о личных статутах: наш статут не может расширить дееспособности иностранца вопреки римскому праву; чтобы воспользоваться нашими законами, иностранец должен основать у нас свое место жительства; домицилированный делается как бы гражданином³⁹. В связи с теорией личного статута Бальд формулирует два кардинальных вопроса конфликта права.

- Может ли статут расширять и ограничивать на своей территории способность иностранца?

- Сопутствует ли статут своему подданному за границу?

Бальд утверждает два возможных подхода — статут может расширять (абилитировать) способность лица или ограничивать ее. Он задается вопросом: может ли статут абилитировать способность иностранцев на территории, где статут издан? Ответ отрицательный — местный статут не может расширить способность иностранца. Это утверждение сформулировано как императив: «Даю правило: статут не может абилитировать лицо, ему не подданное». Следовательно, если статут позволяет подвластному сыну завещать, то иностранный подвластный сын завещать не может. Право абилитации относится к лицу и квалифицирует такое лицо повсеместно. Таким образом, абилитирующий статут имеет экстерриториальную силу: «Имеет ли этот абилитирующий статут силу для подданного, когда он отпра-

³⁶ См.: Мандельштам А.Н. Указ. соч.

³⁷ Такая точка зрения не является общепризнанной — отдельные специалисты полагают, что эта норма имеет французское происхождение и была сформулирована в Бретани в начале XIV в. См.: Вольф М. Указ. соч.

³⁸ Нольде Б.Э. Очерк международного частного права // Лист Ф. Международное право в систематическом изложении.

³⁹ См.: Мандельштам А.Н. Указ. соч.

вится за границу и будет там контрагировать или иначе действовать; напр., будет ли иметь силу завещание подвластного сына, составленное им на основании такого статута за границей? По-видимому, да — в отношении имущества, находящегося на территории, завещание, где бы оно ни было составлено, имеет силу». Смысл правила: уехав за границу, подданный, чья способность расширена статутом, не теряет права распорядиться своим имуществом, находящимся на территории действия статута.

Бальд предлагает общее положение — статут может расширять способность лица за границей для таких действий частного права, «при которых мы не берем во внимание территорию, разве разум закона кладет вес на территорию». Это «поразительное по своей глубине и могущее быть разъясненным только при разборе учения о территориальности права» правило, которое следовало бы запомнить всем «современным юристам, спорящим о том, в чем заключается принцип территориальности», Бальд высказывает «мимоходом»⁴⁰. Во многом чисто интуитивно, только на уровне научных догадок ученый приходит к выводу: сам факт нахождения на какой-либо территории еще не может позиционироваться как элемент правоотношения. Нужно особое постановление права, предписание законодателя, чтобы привязка к территории трансформировалась в юридический элемент. Эту мысль Бальда можно считать одной из теоретических предпосылок теории оговорки о публичном порядке. Ученый отнюдь не уверен, что за границей будут считаться с расширенной способностью иностранца по его национальному статуту, если за границей у него имеется имущество или он там намерен распорядиться своим имуществом. Бальд не дает однозначного ответа, что должно применяться в таких случаях — закон домицилия или общее (римское) право.

Местный статут, ограничивающий способность лица, не может касаться иностранца, который пожелал бы совершать сделки в этом государстве. Бальд поясняет: «Если статут говорит, что лицо моложе 25 лет не может обязываться, а обязался иностранец, этого возраста не достигший, то можно бы подумать, что во внимание к тому, в каком месте договор заключен (т.е. на территории статута), обязательство недействительно; на самом деле... оно действительно, потому что статут не может создавать ограничений для лица, которое ему не подчинено»⁴¹. Остается вопрос, имеет ли ограничивающий статут экстерриториальную силу: «Если подданный, способность которого ограничена, контрагирует вне территории, может ли статут ограничивать его личность»? На этот вопрос Бальд также не может ответить однозначно — ограничивающий статут «противоречит общему праву, и потому, по-видимому, не может действовать вне территории. Я не настаиваю». Сомнения Бальда вызваны прежде всего тем, что ограничение способности, основанное на общем праве, имеет силу повсеместно, а статут, отменяющий такое ограничение, не имеет значения для иностранцев. Ограничение способности, основанное на местном статуте, обязательно для подданного за границей по отношению к имуществу, находящемуся на территории статута. Однако такое ограничение может быть необязательно для него по отношению к имуществу, находящемуся за границей, или для сделок, которые за границей должны быть исполнены. Зарубежные власти могут не принять во внимание статут места жительства иностранца, если такой статут противоречит римскому праву. Наверное, за границей к иностранцу не применяют местного статута; но применяют ли статут его домицилия или римское право — этого Бальд определить не решается. Как видно, он интуитивно осознавал опасность, которая угрожает гражданскому обороту, если иностранец будет оспа-

⁴⁰ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

⁴¹ Он же. Коллизионные нормы в юриспруденции XIV—XIX вв. о состоянии лица.

ривать обязательность своих сделок посредством ссылки, что по законам своей страны он недееспособен. Однако ученый еще не готов императивно обозначить принцип *favoris negotii*.

По мнению М.И. Бруна, у Бальда нет категорически выраженного правила, что дееспособность лица за границей относительно находящегося там имущества или совершения сделок обсуждается по закону domicilia. В таких случаях практически всегда возникает коллизия между общим законом (римским правом) и законом domicilia. Бальд, как и Бартоло, не говорит определенно, каким же статутом управляют иностранцы: «У Бальда... нет ни правила, ни его опровержения»⁴².

Ответы Бальда чрезвычайно важны для теории доктрины о личном статуте. Он первым попытался ответить на вопрос — как обсуждать способность иностранца к сделкам между живыми, и «ясно определил закон, который должен регулировать вопросы правоспособности — не *lex originis*, а *lex domicilii*; это можно объяснить тем, что постоянное место жительства было более развитым критерием»⁴³.

«Чтобы все сказанное стало яснее», Бальд берет схему Бартоло — статуты, касающиеся лиц, дозволяют или запрещают. Кроме того, значительная часть комментария Бальда говорит о третьей категории статутов — наказывающих. По каждому статуту Бальд сначала рассматривает его существо (имеет ли статут силу закона), затем анализирует его экстерриториальный эффект. Бальд в принципе принимает положение Бартола, что дозволительные статуты не имеют внесемельной силы, если противны римскому праву, а запретительные — в случае их стеснительного (*odiosa*) характера.

Статут Перуджи, по которому отец может при отсутствии законных сыновей назначить своим наследником внебрачного сына, — это дозволяющий статут. Необходимо решить, имеет ли этот статут силу закона. Бальд приводит аргументы защитников статута: 1) статут постановляет об имуществе, а распоряжение им зависит от власти, которая издает статут; 2) статут противоречит только фикции гражданского права, но не естественному праву — пока природа властвовала над людьми, все рождались законными. Сам Бальд поддерживает противников статута, перечисляя их доводы: 1) римское право запрещает назначать внебрачных детей наследниками; дозволить это мог бы только Император; 2) статут не может узаконить внебрачного сына, следовательно, не может предоставить и право наследования, «подобно тому, как врач не может вылечить больного, не устранив причину болезни»; 3) статут Императора не может иметь значения, если в нем не сказано прямо, что он обязателен; с другой стороны, статут, противоречащий гражданскому праву, может иметь силу; 4) допустить назначение внебрачных наследников — значит поощрять отцов к греху. Бальд добавляет, что статут не имеет силы, поскольку издающий его превышает свою власть. Кроме того, если есть законные дети, то статут противоречит добрым нравам, потому что «да не будет сын рабыни наследником рядом с сыном свободной».

Если все же допустить, что статут имеет силу закона, то будет ли назначение внебрачного наследником распространяться на имущество, находящееся вне территории издания статута? Бальд предлагает собственное решение проблемы: 1) издающий статут не имеет власти вне своей территории; поэтому за границей действует общее (римское) право; 2) право назначить наследником внебрачного сына предоставлено властью, которая ниже императорской и потому ограничена территорией этой власти; 3) сам Император может постановить только в отношении имущества, лежащего на его собственной территории. Свой основной довод в пользу отрицания силы статута за границей Бальд мотивирует так: «Когда дело

⁴² Брун М.И. Коллизионные нормы в юриспруденции XIV—XIX вв. о состоянии лица.

⁴³ Kalensky P. Op. cit.

идет об установлении на основании статута нового права, то издатели статута ничего не могут за пределами, которыми их юрисдикция реально ограничивается, т.е. вне своей территории; иначе, если дело идет об осуществлении приобретенного права». Эту мысль М.И. Брун охарактеризовал как «истинный перл»: «В этих словах схвачена основная идея всего конфликтного права: благоприобретенные права подлежат защите, невзирая на то, что правоотношение переместилось на другую территорию»⁴⁴.

Второй пример дозволяющего статута — «подвластный сын может завещать». С точки зрения Бальда, существо статута в том, что он не имеет значения для иностранцев: «Это право... дано только подданным статута, иностранный подвластный сын этого права не имеет; чтобы приобрести его, он должен с согласия отца основать здесь свой дом (натурализоваться), ибо в силу домосидения он... становится местным гражданином». На вопрос об эффекте статута (распространяется ли завещание, основанное на таком статуте, на имущество, находящееся за границей), Бальд (как и Бартоло) отвечает отрицательно. Однако вопреки Бартоло Бальд полагает, что сын семейства может составить завещание и в странах римского права.

Третий пример дозволяющего статута — право священника функционировать в качестве нотариуса. По существу статут действителен. Что касается эффекта статута, то акты, совершенные таким священником «в дозволенном месте», действительны повсеместно, так как «право доказательства коренится в самом начале». Однако вне своей территории священник не может совершать акты, которые были бы действительны в другом месте, поскольку «дефект присущ в самом начале». Это типично схоластическое объяснение обоих правил. Как писал М.И. Брун, «юрист не замечает, что вместо объяснения он только дает тавтологию»⁴⁵.

Четвертый пример дозволяющего статута — «старший сын может наследовать с устранением прочих детей». Здесь Бальд отказывается от схоластики; его решение о существовании статута соответствует духу римских классических юристов: «Такой статут имеет силу, лишь бы только младшие дети имели алименты, потому что по естественному праву они не могут притязать на большее; и таков обычай в странах, где раздел имущества имел бы последствием ослабление престижа власти». Для ответа на вопрос об эффекте статута Бальд приводит казус: у некоего барона много поместий во Франции (где действует кутюм) и в Ломбардии (действует общее право). На основании французского кутюма барон назначил наследником старшего сына; достанутся ли ему и ломбардские имения? Если завещание составлено в соответствии с требованиями римского права, то наследник, безусловно, получит эти имения. Если завещание удовлетворяет только правилам французского кутюма (например, участвовали два свидетеля), то однозначного ответа дать нельзя. Бальд полагает, что завещание имеет экстерриториальный эффект, потому что «раз титул правилен, то и эффект неразделен». Закон, действующий в месте вступления в наследство, не является компетентным, потому что «вступление зависит не от себя, а от назначения». Остается вопрос — как быть, если отец умер без завещания? С точки зрения Бальда, решающим является место нахождения наследственного имущества. Таким образом, во французских поместьях наследует только старший сын, в ломбардских — все дети поровну (и старший не обязан предъявить к зачету унаследованное во Франции имущество).

Не меньше внимания Бальд уделяет запрещающим статутам. Первый пример такого статута — запрет жене делать завещательные отказы в пользу мужа. Кстати, Бартоло расценивал этот статут как благоприятствующий (льготный) и способ-

⁴⁴ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

⁴⁵ Там же.

ный иметь эффект за границей. Бальд не согласен со своим учителем и относит статут к запрещающим (стеснительным): «Бартоло не прав... разве можно считать за льготу то, чем отнимается свобода завещаний?» То, что благоприятствует в отношениях между живыми (например, запрещение дарений между супругами), «то одиозно при завещаниях». Бальд вообще считает, что такой статут недействителен по существу, потому что «противен добрым нравам». Статут может быть действительным, только если имеет разумный характер, — например, недопустимо, чтобы муж мог силой заставить жену завещать в его пользу. Рассуждая об эффекте статута, Бальд утверждает, что завещание жены действительно по отношению к имуществу, оставшемуся после нее за границей. Если жена отказала мужу вещь, находящуюся на чужой территории, то этот отказ действителен. В отличие от Бартоло, Бальд категорически отрицает, что запрещение легатов между супругами может иметь экстерриториальную силу.

Второй пример запрещающего статута — замужняя дочь при сыне не наследует. Бартоло писал, что это статут одиозный и подлежит ограничительному применению, ибо его постановление противно естественному разуму. С точки зрения Бальда, такой статут нельзя характеризовать только как одиозный — «в нем есть и одиозность, и расположенность; скорее, он диктуется расположением». В итоге этот статут у Бальда является «преимущественно льготным». Бальд подчеркивает действительность статута, потому что он издан ради сохранения семейного престижа («имеет целью поддержать блеск семей»), т.е. отражает государственный интерес. По вопросу об эффекте статута («может ли... обойденная по статуту дочь наследовать в имуществе, лежащем за границей»), Бальд утверждает, что за границей этот статут неприемлем, если там закон постановляет иное. Однако чисто теоретически ученый предпочел бы признать экстерриториальную силу статута.

В обоих случаях Бальд приходит к общему выводу — запрещающие статуты не имеют экстерриториального эффекта. По мнению М.И. Бруна, он интуитивно высказывается за применение в подобных ситуациях закона места нахождения вещи⁴⁶.

Разногласия Бальда с Бартоло да Сассоферрато наиболее рельефно проявились именно по вопросу деления статутов на запрещающие и дозволяющие, стеснительные и льготные. Эти разногласия наглядно демонстрируют «шаткость и произвольность такого деления личных прав». Бартоло считает запрещение легатов между супругами льготным, а исключение дочери из наследства — стеснительным статутым, Бальд — наоборот. У Бартоло запрещение легатов между супругами имеет экстерриториальную силу, а отрешение дочери от наследства — не имеет, у Бальда — наоборот. Решение вопроса, к какой именно категории принадлежит каждый статут, у обоих авторов является произвольным: они не могут доказать преимущественное значение стеснительного или льготного элемента в спорной норме. В основании деления статутов на запрещающие и дозволяющие лежит «верная мысль, что некоторые законы должны обладать... экстерриториальной силой, другие... только территориальной. Но один и тот же закон может считаться территориальным в одном и экстерриториальным в другом государстве. Как разрешить это столкновение? Бартоло и Бальд его не разрешают; им льготные и стеснительные статуты представляются в виде параллельных рядов, никогда не встречающихся. У Бартоло льготный характер придавал внесемельную силу только запретительному статуту; Бальд признавал экстерриториальный характер льготного дозволяющего статута только относительно лица»⁴⁷. Однако теории Бартоло и Бальда о льготных и стеснительных статутах отражают чрезвычайно

⁴⁶ См.: Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

⁴⁷ Мандельштам А.Н. Указ. соч.

важную мысль — справедливым является то, что соответствует целям и принципам правопорядка данного государства. Можно утверждать, что стеснительные стату-ты выражают зачатки идеи публичного порядка.

По утверждению А.Н. Макарова, Бальд воспринял деление статутов на дозволяющие и воспрещающие, но не связал с этим делением попытку создать теорию конфликтного права⁴⁸. М.И. Брун считал, что Бальд вообще не принял теорию своего учителя Бартоло о дозволяющих и запрещающих статутах. У Бальда это деление представляет собой только программу для размещения вопросов, касающихся отдельных правоотношений. Он констатирует, что статут дозволяет или запрещает, но не делает из этой посылки никаких выводов. Ученый не выводит конфликтные нормы из понятия статута, а подбирает такие нормы для отдельных правоотношений. Бальд не задавался вопросом, какой это статут — вещный, личный или о действиях. Он прямо спрашивал — имеет ли закон, регулирующий правоотношение в одной стране, экстерриториальное значение, т.е. каким законом регулируется отношение с иностранным элементом. Хотя у Бальда больше «схоластических, если позволено так выразиться, выходок... чем у Бартола», в такой постановке вопроса нет ничего схоластического. Оснований, почему компетентен тот, а не другой закон, он ищет не только в диалектических, «часто пустопорожних рассуждениях, но и в общественных отношениях своей эпохи, в природе семейных правоотношений, в естественно-правовых представлениях... У него встречаются фразы, поражающие глубиной проникновения в суть вещей... Схоластические приемы не препятствуют тому, чтобы Бальд был все-таки превосходный юрист и чтобы в литературе конфликтного права его работе принадлежало одно из самых почетных мест»⁴⁹.

Комментарии, написанные Бальдом к римским источникам, создали ему известность, «почти равную с Бартолом». В течение XV—XVI вв. решение юридических проблем самого разного толка и на самых разных уровнях было основано на мнениях Бартоло, Бальда и других постглоссаторов. В Испании и Португалии их комментарии были переведены на национальные языки и считались для судов обязательными. В 1495 г. Германский центральный имперский суд установил правило, что доктрины, непризнанные «докторами права», не могут быть приняты во внимание судьей. Это решение выражает безусловное признание научного авторитета Бальда, как одного из тех, кто выражал «общее мнение сведущих».

Однако «после двухвекового периода уважения и славы настало время, когда не знали, как злее... посмеяться» над Бартоло и Бальдом. «В насмешках позднейшего времени эти два имени ставились рядом... Гуманисты XVI века... принялись поносить своих предшественников, как пустых и невежественных схоластиков». Я. Куяций считал худшим временем своей жизни то, которое он употребил на их чтение. Рабле писал, что эти «Аккурсий, Бартол, Бальд не знали ничего, что нужно для понимания римских законов, — не знали греческого языка, откуда много слов вошло в эти законы, и никогда не видали хороших латинских книг». И Бальда, и Бартоло упрекали в беспорядочности изложения («это словно куча, в которой смешаны пшеница, ячмень и овощи»); им ставили в вину неумение разбираться в противоречивых мнениях предшественников (сравнение с буридановым ослом, умершим с голоду между двумя связками сена) и следование в хвосте чужого мнения (сравнение с журавлями, которые летят за первыми птицами своей стаи). Ги Кокиль обвинял Бальда в рабском копировании римских законов и в решении научных вопросов простым большинством голосов⁵⁰. Ульрих Цазий утверждал:

⁴⁸ См.: Макаров А.Н. Указ. соч.

⁴⁹ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

⁵⁰ См.: Червонная Т. М. Рецепция римского права у Ги Кокля // Античное наследие в культуре Возрождения. М., 1996.

«Я не придаю большой цены юриспруденции в том виде, как она вышла из-под пера Бартола, Бальда и других. Если исключить ошибки, которые там находятся, то останется немного годное». Юристы, опиравшиеся на мнение постглоссаторов, наталкивались на открыто враждебное отношение: в XVII в. два констанцских доктора были изгнаны из заседания в суде шеффенов в г. Тургау (Германия), так как заседатели не желали слушать о Бартоло и Бальде.

По мнению А.Н. Стоянова, искусственное и вредное влияние средневековой философии на метод юристов с особенной силой обнаружилось, когда образовалась школа бартолистов (учеников и последователей Бартоло да Сассоферрато): «Схоластическое положение “хорошо сказано, если сделано удачное различие” было приложено к юридическим вопросам с неумолимостью правила — “пусть погибнет весь мир, лишь бы оставалось диалектическое различие”. Бартолист Бальд провозгласил как заповедь: “Придерживайся колесницы истины, т.е. глоссатора, и никогда не сойдешь с верного пути”, т.е. изо дня в день повторялось то, что уже было сказано»⁵¹.

Однако с конца XIX в. стала набирать силу и в конце концов восторжествовала принципиально иная оценка деятельности средневековых юристов-схоластиков: «Великим орудием научного прогресса являлся в это время диалектический метод, посредством которого формальная и универсальная логика анализирует понятия и строит силлогизмы. При помощи подобных приемов отрывочным классическим текстам сообщалась логическая стройность: это был своего рода шедевр искусства, в создании которого юристы приняли особо значительное участие. И так как юридическое мышление в значительной степени сводится к диалектическим различиям и соподчинениям, то они уже на этой ранней стадии могли достигнуть замечательных результатов»⁵². Роль схоластики в юриспруденции была только благотворна. Комментарии постглоссаторов отвечали запросам практической жизни и во многом сохранили значение для нашего времени»⁵³.

Диалектика не мешала юристам XIV в. строить свои нормы в соответствии с запросами реальной действительности. Они искали нормы, подходящие для конкретных правоотношений и избегали шаблонов. «Юристы XVI века получили в наследие от итальянских юристов XIV века ряд норм для разрешения коллизий между римским правом и городскими статутами, или между кутюмами разных областей, в связи с проступками, договорами, завещаниями и наследованием по закону. Эти нормы были добыты в результате аналитической работы над правоотношениями, служившими поводами к конфликтам»⁵⁴. Именно литература постглоссаторов подготовила ныне действующие коллизионные нормы. Правило *locus regit actum*, безусловно утверждаемое итальянскими эмпириками XIV в., действует в настоящее время в большинстве государств; правило *lex rei sitae* признается во всем мире; правило об обсуждении дееспособности по национальному закону остается в силе во многих странах. Современное международное частное право «в своих главных основаниях покоится на трудах постглоссаторов, которые воздвигли его, если не прямо на нормах римского права, то, во всяком случае, на представлении об их обязательности для всех христианских народов западного мира»⁵⁵.

В статье 3 Французского гражданского кодекса 1804 г. установлены три конфликтные нормы, под которыми Бальд подписался бы без всяких колебаний: «За-

⁵¹ Стоянов А.Н. Указ. соч.

⁵² Грабарь В.Э. Римское право в истории международно-правовых учений.

⁵³ См.: Брун М.И. Очерки истории конфликтного права; Крылов С.Б. Международное частное право. Л., 1930.

⁵⁴ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

⁵⁵ Грабарь В.Э. Римское право в истории международно-правовых учений.

коны, касающиеся благоустройства... и безопасности, обязательны для всех, кто проживает на территории [Франции]. Недвижимости, даже те, которыми владеют иностранцы, подчиняются французским законам. Законы, касающиеся гражданского состояния и способности лиц, распространяются на французов, даже находящихся в иностранном государстве». Где бы француз ни совершил юридическое действие, для которого имеет значение вопрос о его состоянии и способности, такой вопрос всегда обсуждается по французским законам. В XIV в. это правило было сформулировано Бальдом: «Покинув свое отечество, человек не может распорядиться своим, оставшимся в отечестве, имуществом, вопреки его статутам о личной способности; его личные статуты пошли за ним за границу; в отечестве, когда он туда вернется, не будут считать, что он, во время своего пребывания за границей, был от действия этих статутов свободен». Диалектика Бальда привела к удвоению значения термина «личный статут», а утверждение его действия за границей — к тому, что понятия «личный» и «экстерриториальный» стали синонимами. Регулятивная идея международного частного права всех веков — такое разрешение коллизии, при котором остается в силе благоприобретенное право, — прежде всего предносилась в его исканиях⁵⁶.

В.Э. Грабарь, давший высокую оценку работам юридическим консультациям Бальда, тем не менее утверждает: «Следовавшее за Бартолом поколение юристов, — его учеников и преемников, сумело еще удержать правоведение на той высоте, которой оно достигло при Бартоло. В частности отдельных учений правоведение даже продолжало еще развиваться... но теоретическая работа Балда... сводилась... к тому, что... линии, проведенные предшествующими поколениями юристов... получили более определенные и резкие очертания»⁵⁷. Представляется, что более справедлива оценка А.Н. Макарова — ответы Бальда чрезвычайно важны для истории конфликтной доктрины (особенно для некоторых ее областей, в частности, для учения о личном статуте). Эти ответы — практические и жизненные — во многом были прочно усвоены последующей доктриной⁵⁸, законодательством и практикой.

⁵⁶ См.: Брун М.И. Право и дееспособность физического лица в конфликтном праве.

⁵⁷ Грабарь В.Э. Вопросы международного права в юридических консультациях Бальда.

⁵⁸ См.: Макаров А.Н. Указ. соч.

Н.Н. Ефремова

*Ведущий научный
сотрудник
Института
государства
и права РАН,
кандидат
юридических наук,
профессор*

Эволюция отечественного правосудия (судебные реформы XVIII—XIX вв.)

Судебная реформа, проводимая и пока не завершенная в нашей стране, обострила интерес к истории становления национального правосудия, его генезису и основным этапам эволюции. В современной историографии появилось большое число публикаций, посвященных истории судебной власти. Для автора эта тема профессионально имманентна, однако очевидно, что в рамках одной статьи исчерпать ее невозможно. Поэтому задача данного исследования — обобщение некоторых закономерностей, тенденций и традиций, присущих российской организации правосудия и проявляющихся в ходе радикальных судебных реформ прошлого и настоящего. Каждая из таких реформ отражала новый уровень в прогрессе правосудия, достигаемый в поступательном движении к идеалу. Путь этот тернист, случаются и временные отступления в виде контрреформ или деформаций, но вместе с тем неизбежен. Это вполне объяснимо — только правильно организованное правосудие способно создать прочные гарантии прав и свобод личности, правовой режим деятельности государственного аппарата, обеспечить законность и правопорядок в целом.

Правосудие выступает фактором цивилизации, прогресса и обновления в обществе, и в этом прежде всего выражается его социальная ценность. История судебных реформ позволяет проанализировать процесс модернизации судостроительства и судопроизводства, степень реализации целей усовершенствования суда и процесса в конкретные исторические периоды. Автор не ставит задачу полного и последовательного отражения в данной работе исторического развития судебной системы и процессуального права в России, а преследует лишь одну цель: выделить традиционные ценности и новационные элементы в организации отечественного правосудия в связи с наиболее масштабными судебными реформами, проводимыми в нашей стране.

Это положение в значительной мере иллюстрирует опыт судебной реформы 1864 г., законодательной основой которой были утвержденные 20 ноября 1864 г. Судебные Уставы (официальное наименование — Устав уголовного судопроизводства, Устав гражданского судопроизводства, Учреждение судебных установлений и Устав о наказаниях, налагаемых мировыми судьями)¹. Они определили новые демократические принципы судостроительства и процесса. Провозглашались отделение судебной власти от административной и несменяемость судей. Отменялся сословный принцип организации суда. Сокращалось число судебных инстанций —

¹ Судебные уставы 20 ноября 1864 года. Б.м., 1864.

с четырнадцати, составляющих дореформенную судебную систему, до трех: окружной суд, судебная палата, Сенат.

Помимо создания системы общей юстиции, был введен и новый местный суд — мировой. Он состоял из двух звеньев: мирового судьи (участкового или почетного) и съезда мировых судей. Местная юстиция создавалась для рассмотрения мало-значительных уголовных и гражданских дел и должна была решить задачу демократизации суда и приближения правосудия к населению, освободить общие суды от массы незначительных текущих дел. Мировой суд был призван применять право в таких областях, где до судебной реформы не существовало даже его признаков. Этот институт был нацелен на формирование гуманного правосудия и утверждение человеческого достоинства в менталитете российского народа.

Роль местной мировой юстиции заключалась также в том, чтобы малозначительные дела рассматривались быстро, без излишних формальностей, в доступной для населения выборной судебной инстанции, воплощавшей в жизнь мечту о суде «скором, правом, милостивом и равном...». Эти цели судебной реформы выражены в Указе, утверждавшем Судебные Уставы². Мировой суд был выборным, состав общих судов назначался императором по представлению министра юстиции. Уместно отметить, что сочетание принципов выборности и назначения при комплектовании судебного корпуса является традиционным для российской юстиции. Организации правосудия в России традиционно присуще также сочетание суда коронного, профессионального (субъекта государственной власти) и суда общественного, народного, например, в лице присяжных заседателей, созданного в ходе судебной реформы 1864 г., либо их исторических аналогов — народных заседателей в советском суде, сословных заседателей в дореволюционных судебных палатах, расправах, городских магистратах и земских судах. Суд присяжных являлся выразителем общественного, массового правосознания народных представлений о совести, справедливости, правде и был призван охранять права человека.

Разумеется, в различные периоды отечественной истории соотношение этих начал могло меняться, однако, как правило, сохранялся и воссоздавался в ходе реформ сам дуализм, хотя и в новых формах. При выборе последних реформатору, несомненно, следует учитывать принцип преемственности, традиционности, поскольку наибольшей стабильностью обладают такие государственно-правовые институты, которые опираются на национальные традиции, культуру народа. Вместе с тем было бы опасно абсолютизировать этот принцип. Традиционность имеет и обратную, негативную сторону — излишний консерватизм, тормозящий прогресс.

Поэтому, следуя по собственному пути развития, полезно использовать и зарубежные достижения. Подлинный прогресс цивилизации, в частности, правосудия как одного из ее факторов, связан с приобщением к общемировому опыту, к общечеловеческим ценностям, к всемирной культуре. Здесь мы сталкиваемся с явлением, ставшим своеобразной традицией, сопутствующей всем радикальным судебным реформам в России, — борьбой двух тенденций при выборе пути модернизации суда (это свойственно и реформам в сфере администрации): либо слепо копировать, заимствовать готовые зарубежные модели, либо сохранять исконные, «доморощенные» институты, подвергая их постепенной, последовательной модификации.

Каждый из этих путей в случае абсолютизации может завести в тупик. Достаточно вспомнить первую попытку создания независимого, отдельного от администрации суда в эпоху реформ Петра I. Заимствованные из Прибалтики образцы ландрихтеров (судей земель) не прижились в России, как и «доморощенные» городские и провинциальные судьи, их сменившие. Преемники великого реформатора

² Российское законодательство X—XX вв.: в 9 т. М., 1984—1994. Т. 8. М., 1991. С. 28 (далее — Российское законодательство).

вернулись к традиционному для феодализма совмещению функций управления и правосудия в руках губернаторов и воевод — представителей исполнительной власти на местах. Неэффективность деятельности последних привела к новой попытке, предпринятой Екатериной II, которая также стремилась отделить судебную власть от исполнительной на областном уровне, желая модернизировать юстицию в западноевропейском духе. Однако независимый от администрации суд не соответствовал социально-политической системе России того времени.

В целом реформа последней четверти XVIII в. вполне соответствовала социально-экономической и политической ситуации в Российской империи того времени, отвечала интересам привилегированных сословий, правовой статус которых был наконец оформлен законодательными актами. Новыми ценностями правосудия были признаны сословное процессуальное равенство, структурное разделение органов суда и администрации на местном уровне, элементы выборности в судебной организации, распространение прокурорского надзора за законностью на деятельность местных судов. Эти новации имели целью усовершенствование судопроизводства, модернизацию феодальной юстиции. Как и прежде, реформа суда проводилась синхронно с реформой управления.

Завершившийся процесс оформления сословий требовал создания для них особых правовых режимов. Правящее сословие дворян было недовольно отведенной ему в государственном управлении ролью, считая ее недостаточной, и требовало расширить свое участие в местном управлении, предоставить самоуправление, создать выборные дворянские суды. Нарождавшееся сословие горожан искало юридической защиты от притеснения дворян и желало, в свою очередь, создания особых судов для горожан.

Усиление крепостничества вызывало сопротивление крестьянства, а потому правительство не могло оставить без изменения статус черносошного казенного крестьянства, также заинтересованного в специальном управлении и суде. Однако частновладельческие крестьяне остались в прежнем статусе и режиме.

Эти сословные требования отражены в петициях, наказах и других материалах, поступивших в законодательную Комиссию 1767 г., созданную Екатериной II (ознававшей необходимость реформ в области суда и управления) согласно манифесту от 14 декабря 1766 г.

Комиссия состояла из представителей правительственных учреждений и депутатов от различных слоев населения: по одному представителю от Сената, Синода, коллегий, главных канцелярий; по одному депутату от домовладельцев каждого города; по одному землевладельцу от каждого уезда; по одному однодворцу от провинции; по одному депутату от пахотных солдат каждой провинции; по одному депутату от черносошных крестьян и от каждого «народа» из оседлых «инородцев» каждой провинции (итого от каждой провинции — по четыре депутата). Число депутатов от казаков определялось их высшим командованием. Таким образом были представлены все свободные сословия, поскольку в городских выборах принимало участие и духовенство.

Созывая эту Комиссию, правительство, однако, не преследовало цели расширить политические права перечисленных слоев населения. Это было уловкой российского «просвещенного абсолютизма», за которой скрывалось желание императрицы и ее окружения выяснить отношение к правительству различных кругов дворянства и нарождавшейся буржуазии. Для Комиссии Екатериной II был составлен «Наказ», в первоначальной редакции которого отражены идеи европейской просветительской философии XVIII в. (в частности, в области судебного права, которые не были полностью реализованы)³.

³ См.: Наказ Екатерины II, данный Комиссии о сочинении проекта нового уложения / под ред. Н.Д. Чулина. СПб., 1907.

Комиссия не выполнила возложенной на нее основной задачи, но дала обширный материал и выявила настроения сословий по поводу назревшей реформы управления и суда. Отличительная черта этой Комиссии — наказания избирателей, в которых они излагали свои «общественные нужды и отягощения»⁴.

Наказы дворянства по вопросам управления и суда отражали их узкосословные интересы. Дворяне требовали расширения своего участия в местном управлении. «Вопросы о судеустройстве и судопроизводстве» занимали, по справедливому заключению В.Н. Латкина, «одно из самых видных мест в дворянских наказах, что, впрочем, вполне естественно ввиду крайне неудовлетворительного состояния судебных порядков в рассматриваемую эпоху, наглядную картину которых рисуют сами же составители наказов»⁵. По характеру предлагаемых изменений наказания можно разделить на две большие категории. Авторы первой выступали за частичные поправки к существующей системе суда и процесса. Вторая содержала требования уничтожения «всей системы существующего судеустройства и судопроизводства» и создания «совершенно новой».

В целом дворяне выступали за создание выборных дворянских судов.

Депутаты от горожан представили Комиссии наказания, также отражавшие интересы этого сословия, желавшего иметь особое управление и суд.

Наказы казенных, государственных крестьян отражали тяжелое положение этой группы населения. Однако пожелания крестьянства, т.е. примерно половины всего населения Империи, не были учтены в работе Комиссии.

В период работы Комиссии выдающимся русским просветителем Семеном Ефимовичем Десницким, профессором юридического факультета Московского университета, получившем образование в университете в Глазго, было подготовлено «Представление об учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи». Это произведение являлось научным трудом, содержащим план государственных преобразований (в том числе и реформы суда), по сути, направленных на ограничение самодержавия⁶.

Проектируя организацию «судительной власти», С.Е. Десницкий в определенной мере использовал английские и шотландские образцы. Предложенный им суд присяжных был аналогичен суду, существовавшему в Шотландии; преобразованием совестного суда (единственное положение «Представления...», отраженное в «Учреждениях для управления губерний»⁷, на основании которого была проведена и реформа суда), являлся английский суд справедливости (канцлерский суд). Предлагая учредить суд присяжных, С.Е. Десницкий писал: «...Для явственной справедливости суда неизменно б было, если б монархи российские благоволили узаконить по примеру английскому выбирать из сорока человек посторонних пятнадцать свидетелей на вспоможение и оправдание судьями при исследовании дел криминальных и тяжёбных...»⁸. Согласно началам теории естественного права, С.Е. Десницкий в примечаниях к переводу книги Блэкстона «Истолкование английских законов» выводит «правила истины» из «свойственности наших чувствований справедливости и несправедливости»⁹.

⁴ Подробнее о работе и наказах Комиссии см.: *Латкин В.Н.* Законодательные комиссии в России в XVIII в. Т. 1. СПб., 1887. С. 185—521.

⁵ Там же. С. 384.

⁶ См.: *Десницкий С.Е.* Представление об учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи. СПб., 1905. Подробнее о взглядах С.Е. Десницкого см.: *История политических и правовых учений XVII—XVIII вв.*

⁷ Учреждения для управления губерний Всероссийской империи. Ч. 1: 7 ноября 1775 г.; Ч. 2: 4 января 1780 г. // Полное собрание законов Российской Империи. Собр. I. СПб., 1830. № 14392 (далее — ПСЗ-I).

⁸ Юридические произведения прогрессивных русских мыслителей. Вторая половина XVIII в. М., 1959. С. 109.

⁹ Там же. С. 251.

Говоря об основах правосудия, С.Е. Десницкий, ссылаясь на положения английского права, указывает, что необходимо «судить по истине и справедливости», а в случае, «когда закон не будет доставать... в таких непредвиденных случаях, позволить судии решать и судить дела по совести и справедливости...»¹⁰. Несмотря на то, что члены Законодательной комиссии не были ознакомлены с проектом Екатериной II, впоследствии в основу раздела о совестном суде «Учреждений для управления губерний» ею были положены идеи, высказанные С.Е. Десницким.

Материалы Комиссии указали правительству направление, в котором должна была проводиться реформа местного аппарата управления и юстиции.

Непосредственным ответом правительства Екатерины II стало издание и введение в действие «Учреждений для управления губерний» — комплексного специального акта, законодательной основы реформы (далее — «Учреждения»). В «Учреждениях» подробно регламентированы организация местных органов управления и суда, их компетенция и функции.

В период подготовки «Учреждений» в правительственных и общественных кругах наметились два направления идей об устройстве управления и суда в России. Императрица и часть ее приближенных теоретически высказались за организацию государственного аппарата на основе принципа разделения правительственной власти. Большинство дворян выступало за создание сословных органов суда и управления. Однако на практике в сфере управления правительство действовало, руководствуясь иными мотивами. Их нетрудно угадать, проанализировав наставление Екатерины II, данное губернаторам 21 апреля 1764 г. Определяющая мысль наставления: губернатор — высшая ступень областной администрации, представитель верховной власти на месте и является «хозяином» и «опекуном» вверенной ему губернии¹¹.

«Учреждения» как основной закон, подробно регламентировавший новую областную систему органов администрации и суда, их компетенцию и функции, состоит из двух актов, или, вернее, двух частей акта, изданных в разные годы, но включенных в «Полное собрание законов Российской империи» под одним номером¹². Первая часть была издана 7 ноября 1775 г., вторая (продолжение первой) — 4 января 1780 г.¹³ Вопросы судебного права рассматриваются в обеих частях.

Суд по-прежнему оставался одним из институтов управления, но одновременно на местном уровне были созданы специальные судебные органы, структурно отделенные от административных. Таким образом правительство предприняло очередную попытку отделить судебную власть от административной, хотя и не вполне последовательно, поскольку сохранялось подчинение по вертикали судебных органов не только вышестоящим судам, но и органам администрации и судебно-административным органам (как по вертикали, так и по горизонтали). Организация судебной системы по «Учреждениям», как обоснованно отмечали дореволюционные исследователи, «представляет собою компромисс между стремлением отделить суд от администрации, создать отдельный суд для каждого сословия и сделать из начальника губернии око и ухо государя, надзор и власть которого одинаково распространяются на все стороны местной жизни».

Формально новая областная судебная система создавалась как самостоятельная, отдельная, существующая параллельно с системой управления в губернии. По общему правилу в губернии были установлены две судебные инстанции: низшая — в уезде, высшая — в губернском городе, что должно было, по идее, приблизить суд

¹⁰ Юридические произведения прогрессивных русских мыслителей. Вторая половина XVIII в. М., 1959. С. 108.

¹¹ См.: Судебная реформа / ред. Н.В. Давыдов, Н.Н. Полянский. М., 1915. С. 199.

¹² ПСЗ-I. Т. XX. № 14392.

¹³ Об этом говорится в примечании к закону. См.: ПСЗ-I. Т. XX. № 14392. Примечание.

к населению. Членами судов были выборные представители местных «обществ». Большинство судов были сословными. Однако появились и общие судебные органы — палаты гражданского и уголовного суда в губернии. Суды в целом оставались коллегиальными учреждениями.

«Учреждения» устанавливали следующие местные судебные органы: 1) губернские — Палата Уголовного суда, Палата Гражданского суда; Верхний земский суд; Верхняя расправа; Совестьный суд; Губернский магистрат; Сиротский суд; городские старосты и судьи словесного суда губернского города (все они «имели заседание и пребывание» в губернских городах); 2) уездные — Уездный суд, Нижняя расправа, Нижний земский суд; городские старосты и судьи словесного суда уездного города; Городовой магистрат или Ратуша; Городовой сиротский суд (их местонахождение и заседание было в уездных городах)¹⁴.

Кроме того, в Санкт-Петербурге и Москве были учреждены Верхний и Нижний надворные суды.

В соответствии с принятым законодателем сословным принципом организации суда, для дворян были созданы Уездный суд и Верхний земский суд. Уездный суд являлся судом низшей инстанции. Он состоял из уездного судьи и двух заседателей, избиравшихся дворянством уезда и утверждавшихся губернатором. В его компетенцию входили гражданские и уголовные дела, произошедшие в уезде. Уездному суду были подсудны также поземельные споры, причем суд обязан был на месте рассматривать дела о спорных межах и границах. Пределы действия уездного суда ограничивались его округом, который, как правило, совпадал с территорией уезда.

Апелляционной и ревизионной инстанцией по отношению к уездному суду был Верхний земский суд. В губернии, в зависимости от ее размеров, могло быть более одного такого суда. Полное присутствие его состояло из двух председателей, каждый из которых назначался императрицей по представлению Сената из двух рекомендованных кандидатов, и десяти заседателей, избиравшихся через каждые три года дворянством губернии. При суде состояли прокурор, стряпчий казенных дел и стряпчий уголовных дел. Этот суд подразделялся на два департамента, в каждый из которых входила половина членов общего присутствия. Первому департаменту поручалось ведение дел уголовных, второму — гражданских. Деление не было жестким, и в тех случаях, когда один из департаментов был перегружен делами, обычно последние могли передаваться в другой департамент. Верхнему земскому суду подчинялись уездные суды, дворянские опеки, земские суды его округа.

Для горожан были учреждены также две судебные инстанции: городской магистрат и губернский магистрат. Городовой магистрат или ратуша являлись низшей судебной инстанцией для городских жителей (жителей посада). Магистрат учреждался в каждом городе, ратуши остались только в посадах. Членами магистрата являлись два бургомистра и четыре ратмана, которые могли заседать в половинном составе присутствия поочередно. Состав городского магистрата избирался городским купечеством и мещанством один раз в три года. Число членов ратуши зависело от количества населения в посаде. Если в посаде проживало менее 500 душ, то население выбирало одного бургомистра и двух ратманов. В большинстве посадов состав ратуш был равен составу аналогичного магистрата. Члены ратуш избирались тем же порядком баллотировки, что и члены магистрата, сроком на три года.

Согласно «Учреждениям», в городах были оставлены суды старост и словесные суды, действовавшие на основании прежних законоположений. Этим судей избирало мещанство и купечество в начале каждого года путем баллотировки. В случае их удовлетворительной службы в течение года они могли выступать в качестве кандидатов в выборах на следующий срок¹⁵.

¹⁴ ПСЗ-I. Т. XX. № 14392. Ст. 412.

¹⁵ Там же. Ст. 277, 282.

Апелляционной и ревизионной инстанцией для городских судов был Губернский магистрат, учрежденный в каждой губернии. В зависимости от размеров губернии могло быть открыто более одного такого суда. В состав Губернского магистрата входили два председателя и шесть заседателей. Председатели назначались Сенатом по представлению губернского правления. Заседатели выбирались губернским городом один раз в три года из купцов и мещан губернского города путем баллотировки. Выбранные кандидаты (в случае отсутствия у них «явного порока») подлежали утверждению правителем губернии или губернатором. При губернском магистрате состояли прокурор, стряпчий казенных дел и стряпчий уголовных дел. Губернский магистрат подразделялся на два департамента: гражданских дел и уголовных дел. Оба имели право рассматривать гражданские дела в случае загруженности департамента гражданских дел.

Губернскому магистрату подчинялись городские магистраты, сиротские суды и ратуши той губернии, в которой он был создан. Ему были подведомственны дела, касавшиеся привилегий, спорных владений или интересов «целого города», или возбужденные стряпчими, а также апелляционные дела, поступавшие из городских магистратов, сиротских судов и ратуш. Пределы подсудности губернского магистрата ограничивались территорией губернии, в которой он был учрежден.

Сиротский суд утверждался при каждом городском магистрате «для купеческих и мещанских вдов и малолетних сирот». В состав сиротского суда входили председатель (городской голова), два члена городского магистрата и городской староста. Городской голова избирался городским обществом на срок три года путем баллотировки, староста избирался таким же образом, но на один год.

Для суда над свободными крестьянами в уездах и губерниях были учреждены две судебные инстанции: Нижняя расправа и Верхняя расправа. Нижние расправы создавались по усмотрению губернатора в тех городах и округах, где проживали однодворцы, «всяких прежних служб служилые люди», черносотшные или государственные крестьяне, а также крестьяне, приписанные к заводам или к «каким ни есть местам». Им были также подсудны ямщики, дворцовые крестьяне и «прочие временно в коронном управлении состоящие». Число учреждаемых судов зависело от численности населения — один суд полагался на 10—30 тыс. человек¹⁶.

Введение в действие «Учреждений» было весьма длительным процессом и потребовало не менее десяти лет, поэтому новые суды были созданы не сразу, а постепенно и еще долго сохранялся старый порядок юрисдикции в отношении этих категорий населения.

В состав Нижней расправы входили расправный судья и восемь заседателей. Расправный судья назначался наместничьим правлением из чиновников. Заседатели избирались селениями, которые составляли округ данного суда, из различных слоев населения — дворян, ученых, чиновников, разночинцев или поселян, удовлетворявших условию «буде за ними нет явного порока». Утверждал их в должности губернатор.

Верхняя расправа учреждалась в качестве апелляционной и ревизионной инстанции для Нижней расправы. В губернии, в зависимости от ее размеров, учреждалось не менее одной Верхней расправы. Ее полное присутствие состояло из двух председателей и десяти заседателей. Расправный судья и заседатели Верхней расправы определялись на должности тем же порядком, что и члены Нижней расправы. При Верхней расправе состояли прокурор, стряпчий казенных дел и стряпчий уголовных дел. Верхняя расправа подразделялась на два департамента: уголовных дел и гражданских дел. В состав каждого департамента входила половина общего присутствия Верхней расправы. Как и в других судах, подразделявшихся на департаменты, департамент уголовных дел мог принимать к рассмотрению гражданские дела.

¹⁶ ПСЗ-I. Т. XX. № 14392. Ст. 335.

Верхней расправе были подчинены Нижняя расправа и Нижний земский суд (в тех случаях, когда в губернии не было Верхнего земского суда)¹⁷. В Верхнюю расправу вносились все дела по апелляции на нижние расправы. Ей были подсудны жалобы и тяжбы селений и жителей, входящих в ее округ, а также уголовные и гражданские дела, относящиеся ко всему селению или возбужденные стряпчими.

Третьей инстанцией для каждой из этих категорий сословных судов были губернские общесословные судебные органы — Палата уголовного суда и Палата гражданского суда.

В соответствии со ст. 106 и 115 «Учреждений» Палаты создавались как органы, тесно связанные с высшим органом отраслевого судебного управления, и как местный отдел этого ведомства: «Палата уголовного суда ни что иное есть, как Юстиц-коллегии департамент...», а «Палата гражданского суда ни что иное есть, как соединенный департамент Юстиц- и вотчинной коллегии...». Заняв место третьей инстанции в судебной системе, Палаты заменили ряд коллегий, которые были упразднены в ходе введения в действие «Учреждений».

С учреждением департаментов Сената, которые подменили коллегии в большей части их компетенции, значение последних как органов управления уменьшилось. С созданием же Палат, в компетенцию которых перешли дела, подлежавшие ведению Юстиц- и Вотчинной коллегий, последние стали не нужны. Эти и другие причины привели к их последующему упразднению.

Палата уголовного суда (как и Палата гражданского суда) состояла из председателя, двух советников и двух ассессоров. Все они назначались Сенатом, председателя в должности утверждал император. Палаты как судебные органы занимали особое положение в судебной системе. Они фактически заменили собой центральные административные и судебные инстанции — коллегии, став во главе местной судебной организации. Вышестоящей по отношению к ним инстанцией был орган высшего суда в Империи — Сенат. Кроме того, их особое положение подчеркивалось специальной компетенцией. Так, Палата уголовного суда ведала должностными преступлениями, т.е. делами, касающимися, в значительной мере, представителей правящего сословия.

Статус новых местных органов, в частности, палат, означал, по сути, децентрализацию судебного управления. Эту характерную черту новой системы управления, установленной «Учреждениями», справедливо отмечали некоторые дореволюционные государствоведы, считавшие, что децентрализация управления привела к необходимости упразднения коллегий¹⁸.

Помимо сословных и всесословных общих судебных органов, судебная система Империи была дополнена судами особенными. К ним относился, в первую очередь, совестный суд.

Совестный суд представляет для исследователей особый интерес, поскольку, во-первых, в процессуальном отношении он был схож с английским канцлерским судом, а во-вторых, потому, что принципы его деятельности в определенной мере отражали соотношение категории права и морали, закона и справедливости. Интерес к этой извечной проблеме в настоящее время не только не угасает, но и приобретает особую актуальность в условиях продолжающихся судебной реформы.

Организация и деятельность суда на различных этапах формирования и развития монархии имели не только конкретное социально-дифференцированное со-

¹⁷ Нижний земский суд осуществлял административно-полицейские функции. В ст. 224 «Учреждений для управления губерний» определялись подведомственные ему сферы: 1) земская полиция или благочиние; 2) приведение в исполнение закона; 3) приведение в действие повелений правления, решений палат и верхнего и уездного суда и чинить отказы». В состав Нижнего земского суда входили земский исправник и 2—3 заседателя. См.: ПСЗ-I. Т. XX. № 14392. Ст. 223.

¹⁸ См.: Алексеев А.С. Русское государственное право. М., 1897. С. 461.

держание, но и отличались особой, присущей только им формой. Ее своеобразие определялось как особенностями национального развития в целом, так местными условиями и обстоятельствами народной жизни, а иногда и иностранным влиянием, проявляющимся и в непосредственном заимствовании правовых форм, и в творческом использовании отдельных элементов чужеродных институтов или идей.

Таким особенным судом был совестный суд, появившийся в России в период просвещенного абсолютизма.

Образцом для создания совестного суда послужил английский суд канцлера (High Court of Chancery), иначе — суд справедливости (Court of equity). Первоначально, при первых норманнских королях, из королевского совета (Curia regis), игравшего роль апелляционной инстанции для всех обычных судов, выделились суд казначейства, суд общих тяжб и суд королевской скамьи. Секретарь королевского совета или канцлер в тот период выдавал лишь указы на разбор дела в одном из судов общего права (Common law) в тех случаях, когда дело могло быть решено в соответствии с нормами общего права. Если дело выходило за рамки, предусмотренные общим правом, канцлер — как должностное лицо, наиболее приближенное к королю, который рассматривался как источник всякого правосудия, — принимал жалобы и челобитные о даровании монаршей милости и защиты. Система справедливости (equity) основана на власти короля решать по своему судейскому усмотрению дела, в частности гражданские. Король рассматривался в данном случае как источник высшего правосудия, получившего название «equity». К нему прибегали в тех случаях, когда нормы Common law не обеспечивали надлежащей защиты.

К XIV в. развивается самостоятельная юрисдикция канцлера, делегированная ему как ближайшему помощнику короля. Ее росту способствовали и крайний формализм норм Common law, и чрезмерная зависимость решений общих судов от прецедентов, и отрицательное отношение судов Common law к римскому праву (в противоположность канцлеру, который как лицо духовного звания был знаком с его нормами и отраженными в нем идеями справедливости, и применял их в своей деятельности). Со времени официального признания суда канцлера (Статут 1394 г.) юрисдикция открыто перешла от короля к канцлеру. Его популярности содействовало и то, что неподвижность форм Common law оставляла без юридической защиты значительную часть гражданских отношений, тогда как «совесть» была призвана обязать канцлера судить согласно законам «разума» и «справедливости» (equity). Таким образом, суд канцлера приобрел в определенной мере права римского претора — как высший суд «по совести». Впоследствии суд канцлера стал основывать свои решения не только на нормах естественного и римского права, но выработал ряд твердых правил, создав особую систему прецедентов.

В эпоху дуализма его компетенция определялась относительно компетенции судов Common law как исключительная в тех случаях, когда защита потерпевшего гарантировалась надежней в Court of Chancery; когда ограниченные процессуальные нормы судов Common law не обеспечивали поиск необходимых доказательств; когда дело не соответствовало подсудности суда Common law или в последнем имелись пробелы. Отличия были также в нормах материального права, особенно в вопросах собственности. Деятельность суда справедливости должна была соответствовать принципам римского права, согласно которым ни одно право не может быть оставлено без защиты.

Канцлерский суд был оседлым судом. Его юрисдикция складывалась исторически; точного разграничения с другими судами не было, но он был преимущественно гражданским судом¹⁹.

¹⁹ См. об этом: *Ефремова Н.Н.* Изменения в судебной системе России в второй половине XVIII в. (Аспекты английского влияния) // *Историко-правовые исследования: Россия и Англия.* М., 1990. С. 23—34.

К XIX в. дуализм судов Common law и Court of Chancery потерял реальное значение, в 1873 г. последний перестал функционировать как самостоятельный орган, превратившись (в связи с проведенной судебной реформой) в одно из пяти отделений королевского суда — High Court of Justice²⁰.

Совестный суд в России, созданный «Учреждениями» для решения отдельных категорий дел, стоял вне общей системы судебных инстанций. Он состоял из назначаемого генерал-губернатором судьи и шести заседателей, избравшихся по два от каждого сословия (кроме крестьян). Кандидаты на должность совестного суда выбирались каждым судебным органом соответствующей губернии и представлялись на утверждение губернатора. Судья должен был обладать следующими качествами: «...способный, совестный, рассудительный, справедливый и беспорочный человек». Заседатели избирались на трехлетний срок и могли принимать участие лишь в делах тех сословий, к которым принадлежали сами. Они должны были быть «люди добросовестные, законы знающие и учение имеющие»²¹.

Совестный суд должен был проводить свои заседания не реже трех раз в году в сроки, установленные для всех прочих судов и дополнительно — «когда дело есть»²².

Совестный суд считался инстанцией, равной палатам, верхним судам и губернским магистратам. Вышестоящей по отношению к нему инстанцией могли быть так и не созданный как постоянное учреждение Высший совестный суд, а также Сенат и император.

Ведению этого суда подлежали гражданские дела, которые могли быть рассмотрены в примирительном порядке и дела: 1) по преступлениям умалишенных и малолетних; 2) о колдовстве; 3) по жалобам за незаконное содержание в тюрьме.

Подсудность совестного суда была определена недостаточно четко. Как и суд канцлера, совестный суд был призван, в частности, решать те гражданские споры, которые не были предусмотрены законом. Предоставляя этому суду право решать дела о колдовстве, закон называет такой вид преступления «глупостью», «обманом» и «невежеством», в чем заметно влияние идей просвещения.

Всесословность совестного суда относительна: хотя дела лиц определенного сословия решались коллегией равных им по сословной принадлежности, однако председательствующим всегда был коронный судья — дворянин, имеющий чин шестого класса.

Совестный суд был призван также обеспечивать процессуальную гарантию прав личности: арестованный должен был в трехдневный срок получить мотивированное постановление об основании ареста и фабулу обвинения. В этом видится сходство со знаменитым Habeas Corpus act, но на практике ст. 401 «Учреждений» не во всем соответствовала упомянутому английскому демократическому институту. В Англии гарантировалась законность задержания подозреваемого в совершении любого преступления, за исключением случаев государственной измены и тяжкого уголовного преступления. В России такая гарантия не представлялась лицам, подозреваемым в совершении большего числа преступлений. Акт о «Habeas Corpus» 1679 г. был известен в России под названием «Акт для лучшего обеспечения свободы подданных и для предупреждения заключения за морем». Он был издан в развитие ст. 39 «Magna Charta», которая указывала, что никто не может быть арестован иначе, как по суду себе равных и согласно законам страны. Акт о «Habeas Corpus» устанавливал определенные гарантии соблюдения этого положения, которые заключались в том, что всякое лицо, задержанное без объяснения причин,

²⁰ Фойницкий И.Я. Курс уголовного судопроизводства. СПб., 1902. С. 321.

²¹ ПСЗ-I. Т. XX. № 14392. Ст. 63, 396.

²² Там же. Ст. 402.

или любой другой за него может требовать представления его судье, обязанному под страхом штрафа: 1) дать приказ о приводе арестованного «Habeas Corpus»; 2) потребовать объяснений причин ареста; 3) вынести определение о дальнейшей участи заключенного. Суд имел возможность освободить незаконно арестованного на основании акта о «Habeas Corpus»²³.

В соответствии со ст. 401 «Учреждений для управления губерний» всякий подданный, в случае его задержания и содержания в тюрьме более трех дней без предъявления обвинения и без проведения допроса, мог обратиться в совестный суд с соответствующим прошением. В тех случаях, когда он не подозревался в делах об оскорблении императорского величества, об измене, об убийстве, разбое или воровстве, задержанный должен был быть отправлен в совестный суд с описанием обстоятельств дела. Доставка подозреваемого гарантировалась высоким штрафом (по 300 руб. с председателя и 100 руб. с заседателя) в случае неисполнения требования совестного суда более суток. Если совестный суд устанавливал, что содержащийся в тюрьме не обвиняется в вышеперечисленных опасных преступлениях, то он освобождался последним «на поруки». Пока дело не будет окончательно решено, обвиняемого никто не мог повторно заключить в тюрьму.

Если учесть, что срок пребывания в предварительном заключении «Учреждениями» установлен до года (ст. 188, 207 и др.), то весьма существенным и гуманным было предоставление даже такой возможности освобождения от него. Институт отдачи на поруки не является новым для русского права — например, согласно Соборному Уложению 1649 г. он был почти всеобщим способом обеспечения явки подсудимого и ответчика в суд при состязательной процессе²⁴.

Таким образом, совестный суд сочетал в себе функции суда по малозначительным делам, третейского суда и отчасти прокуратуры. Совестный суд в своих решениях мог руководствоваться не только законами, но и «естественной справедливостью».

Статья 397 «Учреждений» возлагала на совестный суд задачу «быть преградой частной, или личной безопасности», а потому принципами его деятельности должны были стать: 1) человеколюбие вообще; 2) почтение к особе ближнего, «яко к человеку»; 3) отвращение от угнетения или притеснения человечества. Для выполнения правила «совестный суд никогда судьбы ничьей да не отяготит» ему было поручено «осторожное и милосердное окончание дел». В соответствии со ст. 400 «Учреждения» решения совестного суда должны были основываться на следующих началах: 1) доставить обеим сторонам законную, честную и «безтяжебную» жизнь; 2) злобы, распри и ссоры прекратить; 3) доставить каждому ему принадлежащее; 4) облегчить «судебные места примирения спорящих лиц».

В тех случаях, когда стороны были недовольны решением, они могли прибегнуть к выбору посредников по одному или два с каждой стороны (причем от этой чести нельзя было отказаться) для рассмотрения своего дела вкуче с совестным судом. Если и в этом составе дело не могло быть решено в примирительном порядке, то сторонам предлагалось обратиться в обычный суд. В случаях недовольства решением совестного суда можно было обжаловать его в «высшем» совестном суде. В качестве высшего совестного суда мог выступать специально организованный суд посредников, назначаемых императором²⁵.

Компетенция суда распространялась на губернию, в которой он был учрежден. Совестный суд являлся инстанцией, равной палате, верхним судам и магистратам («Учреждения для управления губерний», ст. 63, 396—403, 430). Статья 430 про-

²³ См.: Градовский А.Д. Государственное право важнейших европейских держав. СПб., 1895. С. 25.

²⁴ Законность производства арестов и выдачи на поруки родственникам подозреваемых (и обвиняемых) впервые были установлены ст. 70 судебного 1550 г. // Российское законодательство. Т. 2. С. 113, 154.

²⁵ См., напр.: Журнал Министерства юстиции. 1863. Т. XVI. С. 121.

возглашала относительную независимость совестного суда. Совестный суд был подчинен только монарху, «высшему» совестному суду и Сенату.

По мнению дореволюционных русских исследователей, автором главы о совестном суде «Учреждений» был С.Е. Десницкий; ее источником послужило английское право, большим знатоком которого он был. В «Представлениях об учреждении законодательной, судительной и наказательной власти в Российской империи» Десницкий, ссылаясь на шотландского судью Кемза, писал, что «тяжебные дела... должны судить по правам, по крепостям... и если прав не будет доставать, — по справедливости и истине»²⁶.

Нет сомнения, что в основу деятельности совестного суда законодателем были положены весьма гуманные соображения, которые нелегко было реализовать на практике, хотя ст. 431 «Учреждений» называла его источником, льющим «благодеяния несчастным и бедствующим в роде человеческом». Вместе с тем наряду с декларированием такой гуманной формы процесса продолжала существовать и инквизиционная, присущая большинству судебных органов. Судебная система России в XVIII в. не была единой, а наличие таких специальных судов, как совестный и некоторые другие, делало ее еще более пестрой. Тем не менее совестные суды в России просуществовали около столетия, что объяснялось теми либерально-демократическими началами в организации и процессе, которые были провозглашены при их учреждении. Это доказывало неизменность основных ценностей правосудия: справедливость и совесть есть основные начала правосознания судьи.

Совестные суды предполагалось создать во всех губерниях, поэтому их можно считать относящимися к общеимперской системе. Но были и другие особые суды, территориальная подсудность которых была исключительной и распространялась лишь на дела обеих столиц. Это Верхний и Нижний надворные суды.

Надворные суды разбирали дела лиц, временно пребывавших в Москве и Санкт-Петербурге по военной, придворной или гражданской надобности, а также по собственным делам, касавшихся их промыслов или иных занятий, за исключением должностных преступлений.

В 1782 г. система судебных органов Империи была дополнена созданными в городах управами благочиния. В состав последних входили городничий, пристав уголовных дел, пристав гражданских дел и два ратмана. Ратманы избирались горожанами. В компетенцию управы помимо ведения основных полицейских дел входило рассмотрение маловажных уголовных и гражданских дел (до 20 руб.), а также производство следствий²⁷. Законом, регламентирующим ее организацию и деятельность, был Устав благочиния или полицейский, утвержденный 6 апреля 1782 г.²⁸ Этот документ примечателен тем, что содержит раздел «Наказ управе благочиния», излагающий нравственные принципы, которыми должны были руководствоваться члены управы в своей деятельности. Они разительно отличались от всех других положений законодательства XVIII в. своей гуманностью и демократичностью. Наказ состоит из трех разделов — «Правила добронравия», «Правила обязательств общественных» и «Качества определенного к благочинию начальства и правила его должности».

Изложенные в форме мудрых афоризмов, «добрых отеческих» наставлений, основанные на нормах христианской морали, они носили характер проповеди социального мира и общественного консенсуса, отвлекая от социальной борьбы. В этом смысле «Наказ управе благочиния» являлся типичным плодом политики просвещенного абсолютизма. Нормы, им пропагандируемые, оставались чисто

²⁶ См.: Десницкий С.Е. Указ. соч.

²⁷ ПСЗ-1. Т. XXI. № 15379. Ст. 2, 29.

²⁸ См.: Российское законодательство. Т. 5. С. 321.

декларативными. Тем не менее хотелось бы привести некоторые из них, имеющие отношение к лицам, облеченным судебной властью. Так, по мнению законодателя, «начальство» благочиния должны были характеризовать следующие качества: «1) здравый рассудок; 2) добрая воля в отправлении порученного; 3) человеколюбие; 4) верность к службе императорского величества; 5) усердие к общему добру; 6) рвение о должности; 7) честность и бескорыстие». «Начальство» призвано было обеспечивать «правый и равный суд всякому состоянию», давать «покровительство невинному и скорбящему». При этом «начальству» предписывалось воздержание от взяток, «ибо ослепляют глаза и развращают ум и сердце, уста же налагают узду»²⁹. Для сравнения хотелось бы напомнить, как боролось законодательство (при том же авторстве) с взятками в 1763 г.: «Если б ж кто... отважился коснуться лихоимству, взяткам и подаркам к отягощению... подданных, или просителей, по делам стал утеснять, таковой нечестивый и неблагодарный и яко заразительный член обществу, не только из числа честных, но и из всего рода человеческого истреблен будет»³⁰.

Одновременно с созданием новых судебных органов «Учреждениями» была реорганизована прокуратура, являвшаяся одним из институтов судебной системы Империи. Прокуроры были учреждены при губернском правлении, Верхнем земском суде, Губернском магистрате и Верхней расправе. Прокуроры при местных судах подчинялись прокурору при губернском правлении, губернскому прокурору. Губернский прокурор находился в двойном подчинении: генерал-прокурора и генерал-губернатора (или губернатора). «Учреждения для управления губерний» создавали довольно стройную систему прокуратуры, основанную на строгой иерархии, однако с двойным подчинением.

При прокурорах состояли стряпчие уголовных дел, помогавшие им в осуществлении надзора за судами. В сословных губернских судах также имелись стряпчие уголовных и казенных дел. В уездах учреждались уездные стряпчие, которые осуществляли надзор за уездной администрацией и судом. Стряпчие являлись помощниками прокуроров и составляли наряду с ними коллегию. Слово «стряпчий» старое. В Московском государстве в XVII в. оно означало не должность, а чин — один из пяти, учрежденных для придворной и иной государственной службы. Чин стряпчего произошел от прежнего одноименного придворного звания, которое носило лицо, ведавшее «стряпней» — государевым одеянием. Этим званием обычно награждали за гражданские заслуги.

Петр I употреблял это слово в законодательстве в значении «заботящийся», например, в ст. XI Указа «О должности генерал-прокурора» от 27 апреля 1722 г. говорилось: «И понеже сей чин — яко око наше и стряпчий о делах государственных»³¹.

«Учреждения» следующим образом определяли компетенцию губернского прокурора и губернских стряпчих — они «смотрят и бдение имеют о сохранении везде всякого порядка законами определенного, и в производстве и отправлении самых дел. Они сохраняют целость власти, установлений и интереса императорского величества, наблюдают чтоб запрещенных сборов с народа ни кто не собирал, и долг имеют истреблять по всюду зловредные взятки»³².

На прокуроров возлагался и общий надзор, и надзор за местами лишения свободы. Помимо надзорных функций прокуроры получили право налагать штрафы за беспорядки в суде, причем часть от этих доходов они могли обращать в свою

²⁹ См.: Устав благочиния или полицейский. СПб., 1782. Ч. 1. Разд. Д.

³⁰ См.: ПСЗ-I. Т. XVI. № 11989.

³¹ См.: *Воскресенский Н.Я.* Законодательные акты Петра I. М., 1945. С. 308—311.

³² ПСЗ-I. Т. XX. № 14392. Ст. 404.

пользу³³, что, по-видимому, должно было стимулировать их правоохранительную деятельность и повышать бдительность в соблюдении законности.

Общая дореформенная судебная система России не знала института адвокатуры (адвокаты были на Украине; в местностях, где действовало магдебургское право; в Прибалтике, где сохранялись судебные органы шведского и немецкого образца), однако губернские и уездные стряпчие выполняли функции, сходные с некоторыми обязанностями адвокатов. Они могли выступать защитниками и ходатаями по делам несовершеннолетних, обществ, монастырей, церквей, архиерейских домов³⁴. Эти поверенные выступали по доверенности.

Высшим судом в государстве оставался реформированный в организационном отношении Сенат.

Подводя итоги, следует отметить, что в соответствии с «Учреждениями», была создана судебная система, которую характеризуют следующие черты: более последовательно, чем при Петре I, проводился принцип отделения судебной власти от административной, что обеспечивалось созданием параллельно функционирующих систем местных административных и судебных органов.

Суд уголовный отделился от суда гражданского на уровне всех инстанций (за исключением низших).

Во всех губерниях (за исключением территорий, именуемых «национальными окраинами») были введены единообразные судебные органы, что позволяло установить общий порядок делопроизводства и строгую иерархию судебных инстанций.

Суд оставался преимущественно сословным. Судебные органы были построены на коллегиальных началах.

Следствие отделили от суда, передав его в ведение полиции: в городах — управлам благочиния, в уездах — нижнему земскому суду с исправником во главе. Сохранялось отправление правосудия рядом административных учреждений.

Единой судебной системы, однако, не было создано. Общеимперская система дополнялась системами, существующими в ряде нерусских областей³⁵.

Сохранялась особая юрисдикция в отношении крепостного крестьянства. Право суда над ними принадлежало помещику, за исключением особо тяжких преступлений. Дискреционной властью помещика в его имениях могли создаваться локальные системы суда и управления. Их органы могли быть двух типов: назначаемые помещиком управляющий-приказчик (бурмистр) либо староста, или органы мирского самоуправления, его старосты, целовальники, избираемые миром. Все это лишало судебную систему Империи единства, делало ее пестрой и громоздкой. Однако в условиях сословного строя были обеспечены принципы внутрисословного формального равенства, а для населения национальных окраин — принцип доступности правосудия. Это отражало определенный уровень совершенствования последнего.

В целом созданная «Учреждениями» судебная система была ликвидирована в ходе судебной реформы 1864 г., когда вновь правительство предприняло очередную, более последовательную и удачную попытку сформировать судебную власть. При этом «отцы» судебной реформы, разработавшие новые основы судебного права, учитывали как отечественный, так и зарубежный опыт. Свидетельство тому — содержание 74 томов «Дела по преобразованию судебной части в России», собранных С.И. Зарудным. Такой плодотворный метод помог создать выдающиеся акты эпохи — «Судебные Уставы» 1864 г., основанные на прогрессивных,

³³ ПСЗ-I. Т. XX. № 14392. Ст. 410, п. 2, 7.

³⁴ Материалы по судебной реформе в России 1864 г. Т. 1—74. 1857—1861 / ГПБ им. М.Е. Салтыкова-Щедрина. Русский фонд. Т. 1. 1857—1860. С. 2.

³⁵ См., напр.: *Ефремова Н.Н.* Судостроительство национальных окраин России: множественность и единство организации имперского правосудия (XVIII — первая половина XIX вв.) // Правовые идеи и институты в историко-теоретическом дискурсе. М., 2008. С. 181—189.

либерально-демократических, цивилизованных принципах (хотя, как оказалось, не вполне соответствовавших политической системе абсолютистско-самодержавной России). Это обрекло судебную реформу на поэтапный порядок проведения, а в скором времени — и на деформацию ее основополагающих принципов.

Новая судебная система заменила ту, что была учреждена в ходе губернской реформы Екатерины II, а затем частично упрощена в результате преобразований Павла I и Александра I (упразднившего систему нижних судов).

В ходе реформы 1864 г. была создана принципиально новая судебная система, соответствующая в своей законодательно установленной модели современным представлениям о правильной организации правосудия, т.е. извечной цели и, по сути самостоятельной ценности, достижению которой служили все предшествующие реорганизации суда. Другой целью «отцы» судебной реформы считали проведение в соответствие основных принципов и новой формы судебного процесса, и новой системы судоустройства.

Один из авторов «Судебных Уставов» С.И. Зарудный так выражал эту идею: «Судоустройство есть орган, коим приводятся в действие правила судопроизводства, и потому самое устройство судов должно быть последствием основных начал, принятых в судопроизводстве. Основное начало всякого правильного судопроизводства состоит в том, чтобы каждое дело не проходило более двух инстанций, т.е. двух степеней суда. Недостаточность одной инстанции признана вековыми опытами Европы, а бесполезность 10 и даже 12 инстанций лучше всего доказывает опыт России»³⁶.

Применение «Судебных Уставов» встретило серьезные проблемы.

В частности, суд присяжных — одно из достижений судебной реформы — с трудом укоренялся в России. Тем не менее его создание представляло собой уникальный и смелый опыт решения жизненно важных вопросов человеческого бытия. Это было принципиальное демократическое нововведение, призванное решительно покончить с инквизиционным процессом дореформенной юстиции, ее судебским произволом. Дополнение «коренного», профессионального окружного судьи коллегией присяжных заседателей воплощало соединение двух начал: публично-правового и народного, или государственного и общественного. Разумеется, этот дуализм не является специфически и генетически российским, он свойствен многим правовым системам. Но формы участия общественности в отправлении правосудия каждый народ выбирает свои, особенные, отдавая предпочтение либо суду присяжных, либо суду шеффенов, т.е. такому варианту, который в большей мере отвечает его правосознанию, социально-политическим реалиям, культурным традициям.

В ходе российской реформы позапрошлого века была выбрана модель суда присяжных, в известной степени сходная с английской и отчасти французской. Противники его введения в качестве одного из доводов «против» приводили чужеродное происхождение суда присяжных. Однако известно, что народное представительство в российском суде имеет глубокие исторические корни. Первоначальным субъектом правосудия в раннем русском государстве был народ, а точнее домохозяева (домовладыки), участвовавшие в вечевых собраниях. Известен вечевой суд в Новгородской и Псковской республиках. Эта одна из форм участия общественности в отправлении правосудия, существующая наряду с судом князя, или, как во втором случае, князя с посадником. Со времен «Русской Правды» с развитием княжеской юрисдикции, когда в центре судьями выступали князья со своими помощниками-тиунами, а на местах — княжеские наместники и волостели, участие общественности было представлено выборными от населения (судными мужами). Таким образом шло оживление народного правосудия, и князья старались внести

³⁶ Российское законодательство. Т. 9. С. 2.

определенные гарантии единообразия и правильности в судебную деятельность представителей княжеской администрации: выборные от населения выступали выразителями и защитниками народных представлений и справедливости. (Интересно, что в русском языке, как и некоторых иностранных, слова «правда», «справедливость», «право» созвучны, имеют общий корень.)

Позднее, в середине XVI в., реформой Ивана Грозного суд наместников и волостей был дополнен включением выборных от общин: старост и целовальников, с одновременным ограничением компетенции кормленщиков (назначаемых царем агентов). Судебные функции были поручены новым представительным органам — выборным губным и земским избам. В процессе ранних реформ Петра I последние будут упразднены (1699 и 1702 гг.) и заменены судом воевод, назначавшихся правительством. Однако и суды воевод должны были вершить суд с участием городских дворян, избравшихся местными феодалами. Известны и другие формы участия в суде представителей народа. Екатерина II, проводя в 1775—1780 гг. судебную реформу, дополнила судебную коллегия профессиональных «коронных» судей выборными сословными заседателями. Широкое представительство свободного населения в сословных судах было основным достоинством той судебной системы, которая просуществовала до судебной реформы 1864 г.

Таким образом, участие непрофессионального, народного элемента в отправлении правосудия традиционно сохранялось в России в течение всего феодального периода ее развития, хотя и в различных формах, подвергавшихся постепенной последовательной модификации, при изменяющемся соотношении публичного и общественного элементов в организации правосудия. Тем не менее эта демократическая традиция не прерывалась. Следует отметить, что исторически изменялась не только форма организации общественного элемента в суде, но и его функциональная роль. В одних случаях представители выступали в качестве оппозиции официальной судебной власти, защитниками интересов общества и его конкретного члена — подсудимого — от судебного произвола государства, в других случаях — наоборот. Здесь уместно вспомнить малоизученный в нашей историко-правовой науке институт «облихования», в известной мере являющийся отечественным аналогом Большого жюри в англосаксонской системе права. Согласно ст. 52 Судебника 1550 г. процедура «облихования» предусматривала обвинение подозреваемого в первой краже с поличным со стороны 15—20 добропорядочных с точки зрения законодателя, «лучших» людей посадской или крестьянской общины. Признав подозреваемого «лихим человеком», т.е. правонарушителем, преступником, представители местного населения обрекали его на розыскную форму процесса, в частности, на пытку. По ее результатам выборные губные органы в случае признания подсудимого выносили смертный приговор, а при отсутствии признания назначали наказание в виде пожизненного заключения³⁷. Эти общественные обвинители несли коллективную ответственность за ошибки³⁸. Если же подозреваемого признавали «добрым» человеком, процесс по делу проходил в состязательной форме.

Оценивая эту процессуальную процедуру и роль в ней представителя общественности, следует отметить интересное мнение, высказанное В.Д. Роговым: «В правосознании того времени “лихие” люди мыслились как антагонисты всего государственного уклада; они — вне общества»³⁹. Следовательно, здесь общество солидарно с государством. Если же мы вспомним процесс Веры Засулич, то представится прямо противоположная картина: деяние против порядка управления не убедило присяжных заседателей в виновности революционерки, она была оправдана.

³⁷ См.: Российское законодательство. Т. 2. С. 106—107.

³⁸ См.: Рогов В.Д. История уголовного права, террора и репрессий в Русском государстве XV—XVIII вв. М., 1995. С. 66.

³⁹ См.: Там же.

В целом суд присяжных заседателей, созданный в ходе судебной реформы 1864 г., был прогрессивным либерально-демократическим нововведением, призванным покончить с дореформенным судебским произволом и инквизиционной формой процесса.

Суд присяжных, воплотивший такие ценности правосудия, как принципы гласности, устности и состязательности, был выразителем общественного понимания справедливости. Основными ценностями суда присяжных, несомненно, являются его неподкупность и беспристрастность, подлинная независимость и способность формировать и развивать правовую культуру населения. Ценность, социальная полезность этого института правосудия подтверждается и его традиционностью, длительностью истории, использованием различными народами. Его истоки — афинская гелиэя, суд центуриатных комиций Рима, средневековый английский классический вариант Малого жюри, их аналоги в романо-германской, англосаксонской и российской правовых системах. Однако не все политико-правовые системы способны воспринять эту демократическую форму правосудия; данное высказывание подтверждается историей советского суда, воплотившего иную цель взаимодействия и иную пропорцию общественного и государственного элементов в организации правосудия.

В созданном в ходе судебной реформы 1864 г. окружном суде с участием присяжных заседателей публичное начало в лице коронного судьи было призвано обеспечивать общий интерес всех подданных в каждом конкретном деле. Народное же начало — присяжные — обеспечивало юстиции демократическую форму реализации власти. Представители народа могли внести в суд свежесть, живой реалистический взгляд на действительность; они могли не ограничиваться формальным уяснением буквы закона, стремясь примирить требования абстрактно выраженной в правовой норме правды (юридической истины) с подлинностью жизни, индивидуальностью случая, конкретной личностью, в конечном счете — со справедливостью.

Л.А. Прокудина

*Доцент кафедры
судебной власти
и организации
правосудия
факультета права
Государственного
университета —
Высшей школы
экономики, кандидат
юридических наук*

Судопроизводство в арбитражных судах: тенденции к профессионализации¹

Совершенствование судебной системы и процессуального законодательства России предполагает определение особенностей арбитражного судопроизводства и признаков самостоятельности арбитражной процессуальной формы. В этих целях представляется важным, не затрагивая вопрос о самостоятельности арбитражного процессуального права, попытаться проанализировать происходящие изменения процедуры рассмотрения дел в российских арбитражных судах.

Своеобразие арбитражной процессуальной формы непосредственно связано с процессами ее «профессионализации». Под профессионализацией судопроизводства в арбитражных судах можно понимать качество, обусловленное прежде всего особенностью субъектного состава арбитражно-процессуальных правоотношений. Эта особенность приводит к формированию «жесткой» конструкции арбитражных процессуальных регламентов, ограничению активности участвующих в деле лиц и переносу на них определенных обязанностей по совершению процессуальных действий.

Судопроизводство во всех его разновидностях реализуется в рамках определенной процессуальной формы, которая — постольку, поскольку она опосредована единой сущностью правосудия — имеет некое единство, что сближает любые процессуальные формы. Все виды судопроизводства представляют собой средство осуществления правосудия. В качестве своего ядра они содержат общее начало, предопределяющее суть понятия «судопроизводство», — это конституционные основы, обеспечивающие справедливое отправление правосудия. Его общепризнанные международные принципы (стандарты) закреплены в ст. 6 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. Таким образом, именно единство основ правосудия во всех видах судопроизводства определяет его существо. Различия между видами судопроизводства не меняют их единства и предопределены предметом рассматриваемого спора. Перечень таких различий установлен законодателем, социально и юридически обусловлен, должен соответствовать сути правосудия и его общим принципам.

Различия в рамках одного вида гражданского судопроизводства при наличии объективных предпосылок и пределов дифференциации гражданского и арбитражного процессов могут быть оправданы и обусловлены различным статусом лиц, обращающихся за судебной защитой.

Многие ученые (М.С. Шакарян, В.М. Жуйков, И.М. Зайцев, М.А. Вукот, Т.А. Сахнова и др.) не находят принципиальных отличий между арбитражно-процессуальной

¹ Статья подготовлена в рамках индивидуального исследовательского проекта № 07-01-168 «Соотношение единства и дифференциации арбитражной процессуальной формы» при поддержке ГУ ВШЭ.

и гражданско-процессуальной формами защиты субъективных прав, а существующую специфику разрешения экономических споров склонны рассматривать лишь в качестве отдельных процессуальных особенностей. Одновременно никто из них не отрицает существования серьезных различий в процессуальных регламентах.

Общепризнанной является позиция о приоритете спорного материального правоотношения как предмета судебной защиты для определения процессуального порядка его рассмотрения и разрешения, т.е. для установления соответствующей процессуальной формы. Однако нельзя отвергать существенную зависимость арбитражно-процессуальной формы от специфики субъектов экономической деятельности, влияющих и на предмет судебной защиты. Специфический предмет защиты требует формирования самостоятельной процессуальной формы, обладающей качественным своеобразием, но непосредственно связанной с гражданским процессом².

И в дореволюционной, и в современной российской доктрине к предпосылкам создания специального порядка рассмотрения коммерческих дел относят специфику рассматриваемых споров, влияющую на специализацию судей, и потребность в ускорении и оперативности судебной процедуры для таких дел. В условиях интенсивной динамики оборота средств на товарных и финансовых рынках возникает острая потребность в ускоренной ликвидации конфликта, который тормозит работу капитала, перетекание его из рук в руки. Правосудие по коммерческим делам должно способствовать скорейшей ликвидации препятствий на пути работы рыночных механизмов, обеспечивающих развитие экономики и бизнеса³.

Один из способов оптимизации — упрощение процессуальной формы (но не просто формирование упрощенных регламентов рассмотрения отдельных категорий дел, а как общий формат применительно ко всем арбитражным спорам). Это проявляется в виде сужения некоторых процессуальных гарантий, освобождения суда от ряда процессуальных обязанностей и возложения их на участвующих в деле лиц. Подобные способы оптимизации процесса предоставляют сторонам большую процессуальную активность и большую свободу выбора при решении возникающих вопросов. На них возлагается больше обязанностей за совершение процессуальных действий, в том числе обязанностей, выполняемых в ординарных производствах только судом; предусматриваются более жесткие санкции за игнорирование своих обязанностей; возможна большая свобода судейского усмотрения, что позволяет суду в максимальной степени учитывать особенности экономических споров. Это происходит путем перераспределения обязанностей по представлению доказательств, возложения на стороны обязанностей по рассылке копий процессуальных документов, предъявления дополнительных требований к содержанию последних и т.д.

Оптимизация судопроизводства в арбитражных судах достигается также посредством привлечения в процесс специалистов, обладающих необходимыми неправовыми знаниями (арбитражные заседатели), причем не в качестве экспертов, а в качестве полноправных судей, отправляющих правосудие наравне с арбитражным судьей — профессиональным юристом.

Результат подобной оптимизации арбитражного судопроизводства — формирование более «жесткой» конструкции процедуры рассмотрения споров, что оправдывается наличием в нем в основном профессиональных участников, выступающих в гражданском обороте на началах профессионального предпринимательского риска. Специалисты в области предпринимательского права делают особый акцент

² См.: Блажеев В.В. Некоторые актуальные вопросы дальнейшего совершенствования арбитражно-процессуальной формы // Проблемы доступа и эффективности правосудия в арбитражном и гражданском судопроизводстве. М., 2001. С. 174.

³ Шварц М.З. Систематизация арбитражного процессуального законодательства: проблемы теории и практики применения: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2004. С. 40—41, 45.

на квалифицирующие предпринимательскую деятельность признаки — регулярность извлечения прибыли (основная цель, даже если в результате не получена прибыль, а понесены убытки), и предпринимательский риск как стимул к успешной работе⁴. Логичное продолжение профессионального предпринимательского риска как специфического признака предпринимательских отношений — его проецирование на процедуру защиты нарушенных или оспоренных субъективных экономических прав.

Анализ развития арбитражного процессуального законодательства приводит к выводу о том, что в АПК РФ 2002 г. сделан серьезный шаг по пути формирования профессионального процесса, характеризующегося более «жесткой» процедурой рассмотрения споров. Это делает его максимально пригодным для разрешения сложных экономических споров с участием профессионалов, выступающих в гражданском обороте на началах предпринимательского риска.

Ориентация на профессиональных участников прослеживается в наличии в АПК РФ специфических правил и процедур.

В арбитражном процессе основными участвующими в деле лицами являются юридические лица и индивидуальные предприниматели. Физические лица принимают участие достаточно редко и по ограниченному кругу дел. Однако можно отметить определенные тенденции (проявившиеся в последних изменениях и предложениях будущих модификаций), которые нацелены на расширение круга дел с участием физических лиц.

Если по АПК РФ 1995 г. граждане участвовали только в делах о банкротстве (в качестве кредиторов потенциального банкрота, поскольку банкротство физических лиц в настоящее время не допускается), то по АПК 2002 г. сфера участия граждан расширена. В настоящее время арбитражные суды рассматривают, как и ранее, дела о несостоятельности (банкротстве); все корпоративные споры, включая споры граждан между собой и с акционерными обществами, кроме трудовых споров; споры о защите деловой репутации; споры об образовании и реорганизации юридических лиц, об отказе в государственной регистрации, уклонении от государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей (кроме аналогичных споров некоммерческих организаций, общественных объединений и организаций, политических партий, общественных фондов, религиозных объединений, не имеющих в качестве основной цели своей деятельности извлечение прибыли) (ст. 33)⁵. Гражданин может оспаривать в арбитражном суде нормативные акты, действия и решения государственных и местных органов, нарушающие его экономические права (ст. 29). Однако анализ арбитражной статистики показывает: в 2007 г. применительно к ст. 33 было рассмотрено всего 11 891 дел (0,01% ко всем рассмотренным арбитражными судами делам), дел о банкротстве — всего 30 015 (0,03%), применительно к ст. 29 — 100 000 дел (11%)⁶. При этом следует констатировать, что далеко не по всем этим делам в процессе фактически участвовали граждане. Споры с реальным участием физических лиц в настоящее время составляют очень незначительную часть от рассматриваемых арбитражными судами споров.

Несмотря на это, можно утверждать тенденцию дальнейшего расширения компетенции арбитражных судов в области споров с участием граждан. В настоящее время Государственная Дума РФ рассматривает проект федерального закона о совершенствовании механизмов разрешения корпоративных конфликтов. Законопроект предусматривает передачу на рассмотрение арбитражных судов всех корпоратив-

⁴ См.: Российское предпринимательское право: учебник / под ред. И.В. Ершовой, Г.Д. Отнюковой. М., 2006. С. 17—25; *Ершова И.В.* Предпринимательское право: учебник. 4-е изд. М., 2006. С. 5—7.

⁵ См. п. 6 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда № 11 от 9 декабря 2002 г. «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие АПК РФ» // Вестник ВАС РФ. 2003. № 2.

⁶ Информация размещена на официальном сайте ВАС РФ: <http://www.arbitr.ru>.

ных споров, включая споры о восстановлении на работе руководителей акционерных обществ, если спор связан с защитой интересов указанных лиц по индивидуальным трудовым спорам с юридическим лицом-работодателем (ст. 33-1 проекта).

Подобная тенденция вызывает серьезные возражения ряда ученых, мотивирующих ее произвольным и неоправданным волеизъявлением законодателя, а не глубинными причинами, связанными с целями, для достижения которых созданы те или иные суды. Отмечается отсутствие учета возможного ухудшения положения тех, для кого осуществляется правосудие⁷. Это замечание представляется весьма серьезным, поскольку «ужесточение» режима рассмотрения дел в арбитражных судах создает препятствия для граждан в реализации их права на судебную защиту. Здесь имеются в виду и удаленность расположения низового звена системы арбитражных судов (центр субъекта РФ) от места жительства граждан, и предусмотренные законом дополнительные обязанности, возлагаемые на участвующих в арбитражном процессе лиц.

Наличие профессиональных участников вполне оправданно допускает предъявление дополнительных требований к содержанию искового заявления и других процессуальных документов (ст. 125 АПК). В частности, исковое заявление, апелляционная и кассационная жалобы, надзорное заявление должны содержать не только изложение заявленных требований, но и ссылки на законы и иные нормативные правовые акты (ч. 2 ст. 260, ч. 2 ст. 277, ч. 2 ст. 294). Подобные новеллы прочно вошли в арбитражное процессуальное законодательство с 1992 г. (ст. 79, 120 АПК РФ 1992 г.; ст. 102, 148, 165 АПК РФ 1995 г.).

Обоснованным представляется установленное требование по обязательному предварительному направлению всем участвующим в деле лицам копий всех процессуальных документов, в том числе искового заявления (ст. 125 АПК) и отзыва на иск (ст. 131). Тем самым на участвующих в деле лиц, и в первую очередь на стороны, возлагается дополнительная обязанность. Это вполне логично для профессиональных участников арбитражных процессуальных правоотношений (предпринимателей). В ординарном гражданском судопроизводстве такая обязанность у аналогичных участников отсутствует, и эти действия согласно ГПК РФ — обязанность суда общей юрисдикции.

В гражданском процессе таких обязанностей у истцов никогда не было (ч. 2 ст. 131, ч. 1 ст. 322, ч. 1 ст. 339 ГПК). Наличие подобных различий в регламентах гражданского и арбитражного процессов представляется полностью обоснованным. Гражданину сложно разобраться в существующем нормативном материале, поэтому полномочия по правовой квалификации спорного материального правоотношения в гражданском процессе возложено на суд. Перераспределение обязанности по правовой квалификации спорного правоотношения в арбитражном процессе выступает в качестве дополнительно возлагаемой на истца обязанности. Как правило, это влечет потребность обращения за получением квалифицированной юридической помощи, без которой практически невозможно подготовить ни один процессуальный документ. У юридических лиц, как правило, такая возможность имеется (штатные юристы); для индивидуальных предпринимателей данное обстоятельство, безусловно, может представлять определенную сложность. Однако и те, и другие, как профессиональные участники рынка, обладают реальной возможностью получить и оплатить квалифицированную юридическую помощь.

Как справедливо замечает М.З. Шварц, выполнение целого ряда подобных требований возможно только при использовании специальных юридических знаний, что позволяет говорить о стремлении законодателя сделать арбитражный процесс профессиональным, с обязательным участием представителей-профессионалов⁸.

⁷ См.: Жуйков В.М. Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию. М., 2006. С. 29—38.

⁸ Шварц М.З. Указ. соч. С. 50.

Одновременно профессионализация арбитражного процесса касается не только института судебных представителей. Она значительно шире и затрагивает основные положения и институты, характеризующие существо арбитражного процесса. Профессионализация отразилась на формировании состава арбитражного суда, на предъявляемых законом требованиях к содержанию, оформлению и подаче искового заявления, на процессе представления доказательств, на ужесточении требований к институту процессуальных сроков, на изменении оснований к отмене и изменению вступивших в законную силу судебных актов в порядке надзора.

Участие представителей экономической общественности в арбитражном процессе представляется позитивным шагом в обеспечении как транспарентности судопроизводства, так и введения в арбитражный процесс новой формы использования специальных знаний его участников. Они привлекаются в процесс уже не в качестве экспертов, результатом деятельности которых является заключение в качестве доказательства по делу, а как полноценные судьи, способные помочь судье-профессионалу разобраться в возникшем споре и вынести правильное решение. Подобным образом обеспечивается непосредственное влияние специальных знаний на принимаемое решение.

На необходимость этого указывали еще классики российской процессуальной науки. В.А. Краснокутский писал, что во всяком торговом деле есть две стороны — фактическая, вполне понятная только специалисту-купцу и с трудом усваиваемая юристом, и юридическая, почти недоступная купцу — неюристу. И та, и другая сторона дела должны быть рассмотрены в коммерческом суде и надлежаще оценены судьями, а для этого необходимы представители знаний — во-первых, торгового быта, во-вторых, общего и торгового права. Использование эксперта ведет к замедлению процесса, поэтому единственным целесообразным путем обеспечения в коммерческом суде быта является путь введения в его состав купеческого элемента. Однако недостаточно ограничиться простым введением купеческого элемента в суд, необходимо сверх того обеспечить его участие в решении дела наряду с элементом юридическим в полном их взаимодействии (в дореволюционном процессе представители купеческого элемента в торговом процессе назывались товарищи председателя)⁹.

В современном арбитражном процессе арбитражные заседатели — это не профессиональные судьи, участвующие в разбирательстве дела. Ими могут быть лица, обладающие как профессиональными знаниями (обязательно наличие высшего профессионального образования), так и практическим опытом (наличие 25-летнего возраста и пятилетнего стажа работы в сфере экономической, финансовой, юридической, управленческой или предпринимательской деятельности)¹⁰, т.е. опытные представители бизнеса и деловой общественности. Списки таких участников формируются по предложениям деловых кругов, например торгово-промышленных палат субъектов федерации, объединений и ассоциаций предпринимателей, и утверждаются Президиумом Высшего Арбитражного Суда для каждого арбитражного суда. Стороны по спору, возникшему из гражданских правоотношений, вправе ходатайствовать о рассмотрении их дела с привлечением арбитражных заседателей, и могут выбрать их из списка кандидатов.

При рассмотрении дела арбитражные заседатели обладают всеми правами судьи: они участвуют в исследовании доказательств, в принятии решения, подписывают его, обладают гарантиями независимости и неприкосновенности как судья.

На данный момент статистические данные свидетельствуют о незначительном уровне использования института арбитражных заседателей. В 2005 г. с участием

⁹ Краснокутский В.А. Русский торговый процесс. М., 1915. Цит. по: Гражданский процесс. Хрестоматия: учеб. пособие / под ред. М.К. Треушникова. М., 2005. С. 785.

¹⁰ См.: Статья 2 ФЗ «Об арбитражных заседателях арбитражных судов субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ от 4 июня 2001 г. № 23. Ст. 2288.

арбитражных заседателей было рассмотрено лишь 1115 дел, в 2007 г. их было всего 1 220 (значительно менее 0,01% от всех исковых споров)¹¹. Список арбитражных заседателей есть в каждом арбитражном суде, однако участвующие в процессе лица не осведомлены о возможности их привлечения в процесс, поскольку арбитражные судьи, как правило, не разъясняют этого права сторонам. Арбитражные судьи признавались, что привлечение арбитражных заседателей к рассмотрению дела усложняет организацию процесса. Это связано с тем, что согласовывать приемлемую дату и время судебного заседания приходится не только с участвующими в деле лицами, но и с арбитражными заседателями, занятыми по основной работе. Особые сложности возникают, когда не удается завершить рассмотрение дела в одном заседании.

Другой причиной, тормозившей использование данного института, являлось отсутствие в АПК РФ института отвода арбитражного заседателя по конкретному делу по мотиву его личной прямой или косвенной заинтересованности в исходе дела или наличия иных обстоятельств, способных вызвать сомнения в его беспристрастности, либо зависимость от лица, участвующего в деле, либо сделанные им публичные заявления по существу рассматриваемого дела. Перечисленные основания влекут отвод арбитражного судьи (п. 5—7 ст. 21), но в отношении арбитражного заседателя, обладающего при рассмотрении дела правами судьи, они не приводили к аналогичным последствиям. На практике информация о заинтересованности арбитражного заседателя часто становилась известной участникам процесса лишь после начала слушания дела. Это обстоятельство порождало опасения сторон, арбитражных судей, руководства арбитражных судов, не склонных рисковать перспективой отмены решения, и влекло фактически полный отказ от использования института арбитражных заседателей¹². В настоящее время Постановлением Конституционного Суда РФ от 25 марта 2008 г. № 6-П данное положение исправлено, и эта причина, сдерживающая использование института арбитражных заседателей, сегодня устранена.

Еще одним фактором, негативно влияющим на привлечение арбитражных заседателей как носителей профессиональных знаний в области предпринимательства, экономики, управления, является неудачно сложившаяся практика формирования их корпуса. Через два года после введения этого института половину кандидатур арбитражных заседателей представляли юристы, у трети арбитражных заседателей имелся опыт работы в сфере экономической и финансовой деятельности, у трети — опыт работы на руководящих должностях, количество работающих в сфере предпринимательской деятельности было совсем незначительным¹³. Подобная ситуация снижает позитивное значение самого института, поскольку арбитражные судьи так и не могут получить необходимые знания в области предпринимательской деятельности. Использование юридических знаний арбитражных заседателей может иметь положительное значение в арбитражном процессе, однако оно не столь актуально.

Еще одним фактором, играющим негативную роль для успешного функционирования рассматриваемого института, является низкая активность организаций российских предпринимателей при формировании корпуса арбитражных заседателей. В настоящее время во многих арбитражных судах отсутствует необходимое количество кандидатур в списках арбитражных заседателей. В соответствии со ст. 3 ФЗ «Об арбитражных заседателях арбитражных судов субъектов Российской Федерации» количество арбитражных заседателей должно определяться из расчета не менее двух арбитражных заседателей на одного судью арбитражного суда, рассматривающего дела в первой инстанции. Введение подобного правила отра-

¹¹ Информация размещена на официальном сайте ВАС РФ: <http://www.arbitr.ru>.

¹² См.: *Клеандров М.И.* Экономическое правосудие в России: прошлое, настоящее, будущее. М., 2006. С. 320.

¹³ См.: *Каширин А.* Заседатель в процессе // *ЭЖ-Юрист.* 2003. № 36. С. 1, 6.

жает не только необходимость одновременного функционирования всех арбитражных судей во взаимодействии с арбитражными заседателями, но и создает для сторон широкий выбор кандидатур арбитражных заседателей. Безусловно, позитивной в институте арбитражных заседателей представляется возможность выбора их кандидатур из имеющегося списка, поскольку это повышает уровень доверия к сформированному составу арбитражного суда. Вместе с тем данное требование во многих арбитражных судах не выполняется. Например, в Арбитражном суде г. Москвы штатный состав арбитражных судей — более 150 человек, а в списке арбитражных заседателей — всего 50 кандидатур¹⁴. Таким образом, возможность выбора кандидатуры арбитражного заседателя чрезвычайно сужена, что снижает уровень доверия к функционированию данного института.

Представляется, что незначительная востребованность данного института — явление временное. В перспективе стороны арбитражного процесса поймут преимущества рассмотрения наиболее сложных споров с участием профессионалов-предпринимателей, способных помочь судье разобраться в специфике этой деятельности. Примером может служить иск Федеральной налоговой службы к компании «ПрайсвотерсхаусКупер Аудит», занимавшейся аудитом ОАО «НК «Юкос», при рассмотрении которого аудиторская компания настояла на участии в процессе арбитражных заседателей. Одним из мотивов подобного ходатайства являлось наличие принципиальных разногласий с истцом (Федеральной налоговой службой) в понимании роли и функций аудиторов. По мнению ответчика, участие в вынесении решения специалистов, знакомых с работой аудиторских компаний, могло способствовать принятию справедливого и законного решения.

По иску Присимущества к ОАО «Апатит» в процессе также принимали участие арбитражные заседатели. 3 ноября 2006 г. Арбитражный суд г. Москвы отказал государству в иске. Решение было принято вопреки голосу председательствующего арбитражного судьи большинством арбитражных заседателей, являвшихся представителями бизнес-сообщества. Эксперты оценили такое решение как проявление независимости суда и прогнозировали, что интерес представителей бизнеса к арбитражным заседателям, особенно при рассмотрении споров с государством, заметно возрастет¹⁵.

Руководство ВАС РФ также признало позитивной практику участия арбитражных заседателей при рассмотрении споров между государством и частными лицами, даже в случае вынесения решения, противоположного мнению профессионального судьи. Арбитражным судьям предлагается шире привлекать к рассмотрению споров представителей предпринимательских кругов, специалистов экономических профессий и судей в отставке¹⁶.

Институт привлечения непрофессиональных судей встречается практически во всех развитых европейских судебных системах.

Своеобразие торговых судов Франции (всего их 228) состоит в том, что они полностью состоят из коммерсантов, избираемых их коллегами для разрешения в конечной инстанции споров, касающихся торговых операций (ограничения компетенции связаны с ценой иска). Торговые суды обладают исключительной компетенцией по делам об изменении статуса или ликвидации по суду торгового товарищества, по спорам между этими товариществами и их участниками.

Споры, связанные с арендой земель сельскохозяйственного назначения, рассматриваются паритетными судами по аренде сельскохозяйственных земель (их всего 413). Такой суд включает в свой состав председателя, которым является

¹⁴ Информация размещена на официальном сайте Арбитражного суда города Москвы: <http://www.msk.arbitr.ru>.

¹⁵ См.: *Нарутто С.В., Смирнова В.А.* Присяжные и арбитражные заседатели: теория и практика. М., 2008. С. 169.

¹⁶ Интернет-конференция Председателя ВАС РФ 20 апреля 2007 г. // Официальный сайт ВАС РФ. <http://www.arbitr.ru>.

судья-профессионал, и четырех заседателей, по два от арендодателей и арендодпользователей¹⁷.

Торговый суд в Швеции рассматривает жалобы на решения окружного суда Стокгольма по делам, касающимся торгового права (антимонопольное законодательство, правила рекламной деятельности). Этот суд состоит из председателя, вице-председателя и пяти членов (только один из них обязан иметь опыт работы в качестве судьи, остальные подбираются из числа экспертов-экономистов)¹⁸.

Зарубежный опыт подсказывает, что в экономических спорах судье — профессиональному юристу при рассмотрении споров весьма полезно функционировать совместно с экономистами, банкирами, специалистами в области землепользования. Это позволяет учитывать сложившуюся практику, влиять на ее дальнейшее развитие, делать судебную деятельность более прозрачной и понятной для предпринимательской общественности. Все эти моменты способствуют принятию справедливого и правильного решения по конкретному делу, формированию доверия и уважения к судебной деятельности, чего так не хватает нашей судебной системе.

Арбитражные дела, как правило, основываются на динамично меняющемся, сложном материальном законодательстве, регламентирующем предпринимательскую деятельность. Для юридических лиц, имеющих, как правило, в своем составе правовое подразделение, юрисконсульта или адвоката, привлечение в арбитражный процесс представителя-профессионала не является серьезной проблемой. Арбитражным судьям также значительно проще рассматривать дела вместе с профессиональными юристами — представителями сторон, поскольку это позволяет общаться на профессиональном языке, и судье не приходится разъяснять сторонам положения и термины материального законодательства.

Действуя в таком направлении, разработчики АПК РФ 2002 г. включили в ст. 59 положение об ограничении представительства юридических лиц лишь их штатными сотрудниками или адвокатами (в отношении физических лиц, в том числе и индивидуальных предпринимателей, подобных ограничений не предполагалось). Представляется, что подобное ограничение было вполне логичным и разумным. Оно позволяло юридическим лицам выбирать кого-либо из своих сотрудников, в наибольшей степени способного защищать их позицию в суде, либо заключить договор с адвокатом, прошедшим квалификационный экзамен и подтвердившим свою компетентность. В противном случае клиент, поручая свое дело неопытному специалисту, мог понять свою ошибку и оценить ее последствия, лишь проиграв дело, что ощутимо сказывается на положении фирмы.

В окончательный вариант АПК это положение было включено (ч. 5 ст. 59), однако постановлением Конституционного Суда от 16 июля 2004 г. № 15-П оно признано неконституционным.

Профессионализм судебных представителей важен для всех судебных систем. В ряде государств введены повышенные требования к кандидатурам судебных представителей, установлено обязательное судебное представительство адвокатами. Подобное ограничение круга возможных судебных представителей, особенно для юридических лиц, не оценивается в этих странах в качестве нарушения права на судебную защиту, а наоборот, выступает гарантией качества услуг, оказываемых профессионалами. Для общества всегда важно не просто предоставить участникам судебных процессов доступную юридическую помощь, но и обеспечить ее качество. Например, во Франции действует система послевузовской профессиональной подготовки лиц, претендующих на получение статуса адвоката, для чего создано 12 региональных школ адвокатуры (с 1985 г. их деятельность регламентируется законами, постановлениями правительства, решениями Национального совета адвокатуры).

¹⁷ Интернет-конференция Председателя ВАС РФ 20 апреля 2007 г.

¹⁸ Там же. С. 330.

Быть принятым в члены адвокатской палаты может лишь лицо, прошедшее подобную подготовку. В этих школах проводится обязательное для адвокатов ежегодное повышение квалификации (не менее 20 часов в год), в рамках которого адвокат может приобрести более узкую специализацию (семейные, страховые дела), подтверждаемую тестированием и выдачей соответствующего свидетельства¹⁹. Подобная процедура определения и подтверждения уровня профессиональной квалификации заслуживает поддержки и может быть воспринята российским законодательством вместо предлагаемой в период разработки последнего АПК РФ процедуры аккредитации адвокатов при арбитражных судах (ч. 1, 2 ст. 62 проекта 2000 г.).

Представляется, что российскому обществу и законодателю еще предстоит вернуться к обсуждению вопроса о введении мер, повышающих и гарантирующих качество услуг судебных представителей, но, по-видимому, при других обстоятельствах и в другое время. Это напрямую связано с оптимизацией судебных процедур, качеством, правильностью и справедливостью выносимых арбитражными судами решений.

В современных условиях гражданский оборот характеризуется значительной степенью самостоятельности в осуществлении гражданских прав. В связи с этим возрастают роль и необходимость более последовательной реализации в арбитражном процессе принципа диспозитивности, выражающегося в большей самостоятельности организаций, предприятий, индивидуальных предпринимателей, защищающих свои нарушенные права. Прокуроры, выступая в защиту нарушенных прав субъектов гражданского оборота, должны проявлять особую взвешенность при подготовке исков, чтобы не подменять инициативу и самостоятельность хозяйствующих субъектов.

АПК РФ 2002 г. и ч. 3 ст. 5 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» в общей форме предусматривают право прокурора вступить в дело в любой стадии процесса, однако лишь по делам, перечисленным в законе. Закон выделяет две формы участия прокурора в арбитражном судопроизводстве (ст. 52 АПК РФ):

- инициирование возбуждения производства по делу путем подачи иска или заявления в защиту прав граждан и организаций в сфере предпринимательской и иной экономической деятельности;
- вступление в дело, рассматриваемое арбитражным судом, на любой стадии арбитражного процесса с процессуальными правами и обязанностями лица, участвующего в деле, в целях обеспечения законности.

В отличие от АПК РФ 1995 г., в соответствии с которым прокурор сам оценивал конкретную правовую ситуацию на предмет наличия необходимости защиты государственного и общественного интереса (ст. 41), АПК 2002 г. исчерпывающим образом определил круг дел, по которым прокурор вправе участвовать в арбитражном процессе. В перечень обязательных для участия прокурора включены дела по оспариванию нормативных и ненормативных актов государственных и иных органов, по признанию недействительными сделок и применению последствий недействительности ничтожной сделки, совершенных органами государственной власти и управления и юридическими лицами, в уставном капитале которых имелась доля государственной или муниципальной собственности (ст. 52). Таким образом, применительно к делам, вытекающим из гражданских правоотношений, прокурор остается лишь защитником государственной и муниципальной собственности.

Значительное сужение полномочий прокурора в арбитражном процессе вызвано прежде всего изменениями в экономической сфере. Однако прокурор продолжает оставаться должностным лицом, реализующим свои надзорные полномочия через предоставленные ему арбитражным процессуальным законодательством права и обязанности по инициированию и участию в рассмотрении определенных категорий дел.

Тенденция свертывания участия прокурора в арбитражном процессе обусловлена проявлением диспозитивного начала, свойственного как самому гражданскому

¹⁹ См.: Терела Е.А. Современная адвокатура Франции // Актуальные проблемы российского права. 2007. № 1. С. 660—661.

обороту, где субъекты хозяйственной деятельности действуют на свой страх и риск, так и специфике защиты их субъективных прав. При этом юридические лица имеют все возможности для самостоятельной защиты своих нарушенных прав, не прибегая к помощи прокурора. Прокурор в своей деятельности не вправе подменять иные государственные органы по вопросам защиты публичных интересов в пределах их компетенции. В силу этого сужение круга «прокурорских» дел должно восполняться увеличением числа дел, в которых принимают участие иные государственные органы. Это обстоятельство также находится в прямой связи и взаимодействии с процессом профессионализации судопроизводства в арбитражных судах.

Последовательными и обоснованными представляются осуществленные изменения в вопросах участия сторон и арбитражного суда в процессе доказывания по делу. Споры, рассматриваемые арбитражными судами, вытекают из предпринимательской деятельности, характеризующейся жесткими условиями конкуренции и самостоятельностью субъектов гражданского оборота. Эти особенности позволили законодателю минимизировать активность арбитражного суда в процессе доказывания, возложив основное бремя и риски несовершения процессуальных действий по доказыванию на участвующих в деле лиц, ввести элементы максимально раннего раскрытия доказательств. Рекомендация Комитета министров государствам — членам Совета Европы № R(85) от 07 февраля 1995 г. об улучшении функционирования систем и процедур обжалования по гражданским и торговым делам также предлагает ввести требование строгого соблюдения предельных сроков (например, в отношении обмена документами и состязательными бумагами) и предусмотреть санкции за их несоблюдение (например, отказ от рассмотрения вопроса)²⁰.

Введение подобных начал оправданно и своевременно для России. Ужесточение правил предоставления доказательств и ограничение периода времени, в течение которого стороны могут представлять доказательства, стадией подготовки дела к судебному разбирательству целесообразно именно в судопроизводстве по коммерческим спорам. Это позволит обеспечить быстроту и оперативность судопроизводства, повысит ответственность сторон за своевременное представление доказательств, послужит препятствием затягивания процесса недобросовестными участниками и гарантией равноправия сторон в процессе исследования доказательств²¹.

В соответствии с правилами раскрытия доказательств на ранних стадиях процесса каждое лицо, участвующее в деле, должно представить доказательства, на которые оно ссылается как на основание своих требований и возражений, перед другими лицами, участвующими в деле, до начала судебного заседания (ст. 65 АПК). Все основные доказательства должны представляться на этапе подготовки дела к судебному разбирательству, что позволяет каждой стороне знать о правовой позиции противника заранее и подготовиться к защите своих интересов. Кроме этого, вводится вполне разумное ограничение для лиц, участвующих в деле, ссылаться только на те доказательства, с которыми другие лица, участвующие в деле, были ознакомлены заблаговременно (ст. 65). Вместе с тем в АПК отсутствует корреспондирующая данному праву обязанность ответчика представить отзыв на исковое заявление на этапе подготовки дела к слушанию (из редакции ст. 131 следует, что направление или представление отзыва ответчиком является его правом, а не обязанностью). Непонятно, каким образом можно выяснить позицию ответчика и обстоятельства, лежащие в ее основе, если отзыв отсутствует. Истцу крайне затруднительно подготовиться к судебному разбирательству, определиться с тактикой возражений по поводу доводов ответчика. Арбитражному суду также достаточно сложно выполнить обязанность по надлежащей подготовке дела к судебному разбирательству. Отсутствие подобной обязанности ответчика практически сводит на нет сделанную законодателем попытку оптимизации судопроизводства.

²⁰ Цит. по: Жуikov В.М. Указ. соч. С. 95—96.

²¹ Шварц М.З. Указ. соч. С. 55.

Непоследовательностью законодателя можно объяснить и отсутствие запрета на представление доказательств непосредственно в судебное заседание без подтверждения уважительности причин запоздалой реализации своего процессуального права. Введение подобного правила могло бы способствовать снижению количества злоупотреблений процессуальными правами, уменьшению числа отложенных судебных заседаний и способствовало бы скорости завершения процессуальной процедуры.

Последовательной реализацией института раннего раскрытия доказательств станет введение в АПК РФ двух правил:

- обязанность ответчика на этапе подготовки дела к судебному разбирательству представить свой отзыв на исковое заявление с доказательствами тех обстоятельств, на которых он базируется;
- определение санкции в виде запрета представлять доказательства и заявлять возражения непосредственно в судебное заседание, если не будет подтверждена уважительность причин несвоевременной реализации этих правомочий.

Такое ужесточение процедуры доказывания вполне объяснимо жесткостью рыночной конкуренции, логично отражающейся на процедурах, используемых в арбитражных судах.

Еще одним позитивным изменением процесса доказывания в арбитражных судах было бы его дальнейшее ориентирование на приоритет письменных доказательств.

Многие авторы резонно выделяют в качестве принципа современного арбитражного процесса не просто устность, а сочетание устности и письменности²². В силу особенностей гражданского оборота с участием предпринимательских структур подавляющим большинством доказательств по спорам выступают договоры, акты, справки, письма, сопровождающие заключение и исполнение обязательств. Подчас эти документы чрезвычайно объемны, содержат многозначные цифры и даты. В устной форме, путем оглашения в арбитражном суде, они просто не могут восприниматься. Все процессуальные документы представляются в письменной форме. Однако в процессе присутствуют и элементы устности. Стороны могут давать объяснения, заявлять ходатайства, отводы, задавать вопросы, высказывать свои возражения в устной форме, судебное заседание проходит в форме судебного разбирательства. Вместе с тем решающую роль в судьбе заявленного иска играют надлежаще оформленные документы. Объяснения, как правило, нужны для разъяснения связи одного документа с другими документами, для изложения правовой оценки представленных доказательств²³.

В литературе высказаны рациональные предложения о шагах в направлении дальнейшего развития приоритета письменных доказательств. Для арбитражного процесса это представляется наиболее правильным решением. Поскольку сделка имеет основополагающее значение для возникновения, изменения и прекращения прав и обязанностей участников предпринимательской деятельности, то правомерность ее совершения напрямую влияет на устойчивость гражданского оборота. Законодатель не случайно уделяет особое внимание форме сделок, указывая на доминирующее значение письменной формы (ч. 1 ст. 159, 161 ГК РФ) и вводя ограничения использования свидетельских показаний при несоблюдении письменной формы (ст. 162). Эти доказательства при возникновении спора в суде будут иметь особую ценность для установления действительных взаимоотношений сторон, в то время как устные показания свидетелей представляют собой доказательства, установленные в связи с возникшим спором. Последние в большей мере подвер-

²² См.: Арбитражный процесс: учебник / под ред. М.К. Треушникова. М., 2005. С. 90—91; Арбитражный процесс: учебник / отв. ред. В.В. Янков. М., 2003. С. 75—76; Арбитражный процесс: учебник / под ред. Р.Е. Гукасяна. М., 2006. С. 48.

²³ См.: Фурсов Д.А. Процессуальный режим деятельности арбитражного суда первой инстанции. М., 1997. С. 56.

жены искажениям, так как их сохранность напрямую зависит от памяти человека, в отличие от письменных доказательств. Придание письменным доказательствам большей юридической силы по сравнению с другими доказательствами обусловлено тем, что они легче воспринимаются и дольше сохраняются. В судебной практике доброкачественные документы квалифицированной юридической формы (официальные документы, удостоверенные в публичном порядке) признаются фактически «беспорными», а их содержание презюмируется достоверным²⁴.

Эти обстоятельства позволили И.Г. Медведеву высказать весьма обоснованные предложения, направленные на последовательное усиление значимости письменных доказательств в арбитражном процессе. Необходимо определить в законе доказательственную силу документов в простой письменной и квалифицированной форме, смягчить категоричность в части свободной оценки доказательств, когда ни одно из них не имеет заранее установленной силы, и предусмотреть особую процедуру оспаривания письменных доказательств²⁵.

Еще одна группа существующих различий между цивилистическими процессами связана с попыткой законодателя максимально сократить время рассмотрения дел в арбитражном процессе. Цель этой попытки — преодолеть состояние спорности в материальном правоотношении, что чрезвычайно важно для динамичных отношений в экономической сфере.

В современном арбитражном судопроизводстве не действует принцип непрерывности. Арбитражный судья в перерывах между судебными заседаниями по одному делу вправе рассматривать другие дела. После отложения судебного разбирательства на срок не более одного месяца в новом судебном заседании судья вправе возобновлять слушание дела с того момента, с которого оно было отложено, и не производить повторного рассмотрения доказательств, исследованных до отложения (ч. 10 ст. 158 АПК). В гражданском процессе это прямо запрещено (ч. 3 ст. 157 ГПК). Подобные расхождения цивилистических процессов приводят некоторых специалистов к выводу о недопустимости такой ситуации и необходимости привести арбитражное производство в соответствие с правилами ГПК РФ²⁶. Однако представляется, что подобное нововведение в арбитражном процессе предпринято законодателем целенаправленно (в АПК РФ 1995 г. принцип непрерывности действовал согласно ч. 3 и 4 ст. 117). Оно находится в русле профессионализации арбитражного процесса, поскольку при участии специалистов-профессионалов и при преобладании письменных доказательств угроза искажения восприятия материалов дела значительно снижается. Суд и участвующие в деле лица всегда могут перед началом судебного заседания восстановить в памяти необходимые обстоятельства.

Эту же задачу призвано решать введение правил о рассмотрении дела в отдельных заседаниях арбитражного суда и принятии отдельного решения по каждому из заявленных требований, объединенных в одном деле (ч. 1 ст. 167 АПК). В случае соединения требований о рассмотрении оснований ответственности ответчика и о применении мер такой ответственности арбитражный суд с согласия сторон вправе рассмотреть эти требования отдельно: сначала разрешить вопрос об основаниях ответственности, а затем при положительном решении рассматривать требование об определении размера этой ответственности (ч. 1—2 ст. 160). Если на первый вопрос дается отрицательный ответ, то арбитражный суд второе требование не рассматривает, второе судебное заседание не проводит, а сразу выносит решение об отказе в удовлетворении иска. При положительном ответе по первому требованию арбитражный суд сразу или после перерыва в течение до 5 дней проводит второе

²⁴ См., например: *Вершинин А.П.* Способы защиты гражданских прав. СПб., 1997. С. 87—89.

²⁵ *Медведев И.Г.* Письменные доказательства в частном праве России и Франции. СПб.: Юридический центр Пресс, 2004. С. 105—111.

²⁶ См., напр.: *Жуйков В.М.* Судебная реформа: проблемы доступа к правосудию. М., 2006. С. 67.

судебное заседание, в котором рассматривает требование о применении мер ответственности, в том числе определяет размер взыскиваемой суммы. По результатам суд принимает решение по всем заявленным требованиям (ч. 3 ст. 160).

Введение подобных новелл способствует оптимизации процессуальных действий в направлении сокращения сроков рассмотрения дела, поскольку позволяют арбитражному суду рассматривать вопросы поэтапно, от главного к второстепенному; на каждом из этапов выносить окончательное решение, не углубляясь в рассмотрение производных вопросов, например размера возмещения причиненного вреда, для чего может потребоваться сложная экспертиза.

В АПК РФ введены новеллы в институт процессуальных сроков, которые также направлены на максимальное сокращение времени для преодоления состояния неопределенности в материально-правовых отношениях сторон.

Во-первых, правило об ограничении одним месяцем периода отложения судебного разбирательства дела. Эта норма уменьшает диапазон возможного выбора для арбитражного суда, что положительно влияет на организацию процесса, делая его динамичнее и устраняя немотивированные назначения судебных заседаний на сроки в 4—6 месяцев, что достаточно часто имеет место в гражданском процессе, где подобное ограничение отсутствует (ст. 169 ГПК).

Во-вторых, введение пресекательных сроков на подачу жалоб и заявлений об обжаловании или пересмотре в порядке надзора судебных актов (ч. 2 ст. 259, ч. 2 ст. 276, ч. 2, 3 ст. 292 АПК). Таким является шестимесячный период, в течение которого лицо, обладающее правом на соответствующие жалобы и заявления, вправе ходатайствовать о восстановлении пропущенного по уважительным причинам срока на их подачу. Наличие подобного пресекательного срока, который не может быть восстановлен, служит гарантией стабильности вынесенных судебных решений и соблюдения «принципа правовой определенности». Именно с такого момента участвующие в деле лица должны быть уверены в том, что их дело не будет пересмотрено, а ход сложившихся правоотношений не будет еще раз изменен судебным актом, принятым в порядке очередного пересмотра ранее принятых по этому делу и вступивших в законную силу судебных актов²⁷.

В заключение можно сделать вывод, что арбитражная процессуальная форма, посредством которой осуществляется правосудие по экономическим спорам хозяйствующих субъектов, а в предусмотренных законом случаях — и физических лиц, имеет право на самостоятельное существование наравне с гражданской процессуальной. Ее основным отличием представляется устойчивая тенденция к оптимизации и ускорению процедур за счет усиления профессиональных начал, что предопределено субъектным составом основных участников хозяйственной деятельности. Подобная оптимизация характеризуется следующими направлениями:

- привлечение носителей специальных профессиональных (неправовых) знаний для отправления правосудия наравне с федеральными судьями;
- отказ от некоторых отраслевых принципов (непрерывности);
- введение дополнительных обязанностей для участвующих в деле лиц;
- ориентация и постепенный переход к письменному типу процесса;
- введение жестких пресекательных сроков для осуществления процессуальных прав участниками процесса.

Подобные тенденции позволят повысить эффективность правосудия по экономическим спорам, сократить сроки рассмотрения этих дел, что особенно важно для сферы предпринимательской деятельности.

²⁷ Исаева Е.В. Процессуальные сроки в гражданском и арбитражном процессе: учебно-практ. пособие. М., 2005. С. 31—32.

М.Ю. Орлов

*Доцент кафедры
финансового права
факультета права
Государственного
университета —
Высшей школы
экономики,
кандидат юридических
наук*

Пределы налогового нормотворчества исполнительных органов власти

Исполнительные органы власти относятся к тем государственным органам, которые при определенных условиях осуществляют правовое регулирование налоговых отношений. В силу специфики общественных отношений в налоговой сфере права исполнительных органов в налоговом нормотворчестве существенно ограничены. Тем не менее названные органы принимают самое активное участие в конструировании норм налогового права. Налоги представляют собой ограничение конституционного права собственности, которое согласно ст. 55 Конституции РФ может ограничиваться только федеральным законом. В начале 1990-х гг. на этапе становления налоговой системы РФ исполнительные органы в своих нормативных правовых актах настолько «творчески» перерабатывали законодательные нормы, что воля законодателя где-то терялась по дороге, сводясь, по сути, к неким лозунгам, не имеющим существенного влияния на правоприменительную практику. Закон РСФСР «О налоге на добавленную стоимость» от 6 декабря 1991 г. № 1992-1¹ (состоящий из 10 статей), разъяснялся Государственной налоговой службой РФ в Инструкции № 1² (состоящей из 62 пунктов). Закон РСФСР «О дорожных фондах в РСФСР» от 18 октября 1991 г. № 1759-1³, регулировавший порядок взимания 4 (!) налогов, и состоящий из 9 статей, получал совсем новое звучание в изложении его норм Министерством финансов РФ в Инструкции от 2 марта 1992 года⁴ (состоящей из 48 пунктов).

Активное участие исполнительных органов власти в тот период времени объяснялось сложностью конструирования налоговых норм и отсутствием необходимых навыков налогового законотворчества у российского парламента, не умеющего создавать налоговые нормы прямого действия. Но после принятия Конституции РФ в 1993 г. вопрос формирования налоговых норм стал предметом исследования Конституционного Суда РФ, которые небезосновательно заявил, что «налоги, взимаемые не на основе закона, не могут считаться “законно установленными”»⁵. С этого момента полномочия исполнительных органов власти в налоговой сфере стали постепенно сокращаться. С принятием в 1998 г. первой части Налогового кодекса РФ вопрос о разграничении полномочий по регулированию налоговых от-

¹ Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 52. Ст. 1871.

² Бюллетень нормативных актов. 1992. № 4—5.

³ Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1991. № 44. Ст. 1426.

⁴ Бюллетень нормативных актов. 1992. № 7.

⁵ Постановление от 4 апреля 1996 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности ряда нормативных актов города Москвы и Московской области, Ставропольского края, Воронежской области и города Воронежа, регламентирующих порядок регистрации граждан, прибывающих на постоянное жительство в названные регионы» // Вестник Конституционного Суда РФ. 1996. № 2.

ношений получил законодательное закрепление. Не случайно Налоговый кодекс РФ начинается со статьи, определяющей состав законодательства о налогах и сборах, формулирующей главный признак актов законодательства о налогах и сборах — это акты, принимаемые представительными органами власти. Конечно, исполнительные органы власти сохранили свои полномочия в налоговой сфере, но в сильно усеченной форме и с весьма ограниченной налоговой компетенцией.

С момента принятия первой части Налогового кодекса РФ прошло 10 лет. Все это время исполнительным органам власти отводилась второстепенная роль в налоговом нормотворчестве. Однако со временем роль названных органов в налоговой сфере стала повышаться. Во многом это объяснялось тем, что налоговое законодательство становится весьма обширным и сложным и многие специфические налоговые вопросы могут регламентироваться только исполнительными органами власти, поскольку те лучше законодателя способны создать ту или иную налоговую процедуру, то или иное правило налогообложения. Но все чаще и чаще парламентарии стали поручать исполнительным органам власти урегулировать тот или иной налоговый вопрос из-за элементарной нехватки времени на тщательную проработку норм закона. Тенденция по расширению практики делегирования законодателем своих полномочий исполнительным органам власти в налоговой сфере вызывает определенное беспокойство. Представляется, что законодательные ограничения правомочий исполнительных органов власти по регулированию налоговых отношений в настоящее время требуют научной проработки, поскольку необоснованное повышение роли указанных органов в процессе налогового нормотворчества разрушает налоговую систему.

Система налогообложения — это определенное ограничение фискального суверенитета государства. Налоги в их современном виде нужны не только и не столько для государства (государство свободно обходилось без налогов несколько тысячелетий, эффективно мобилизуя необходимые финансовые ресурсы с помощью силы), а для плательщиков, ради которых налоги призваны в разумных пределах ограничить фискальные аппетиты государства. Современные налоговые системы в развитых странах основаны на том, что установление и взимание налогов является совместным действием государства и общества. Публичная власть, по сути, не обладает монополизмом в решении вопроса об определении источников финансовых ресурсов государства, а вынуждена согласовывать свои фискальные потребности с возможностями общества. Такой подход означает, что государство обладает определенными пределами в своем налоговом нормотворчестве. Не все, что хочет тот или иной государственный орган в налоговой сфере, может трансформироваться в норму налогового права. Налоговое нормотворчество должно быть подчинено интересам общества, а в качестве ограничителя, определяющего пределы налогового нормотворчества, выступают нормы Конституции РФ, принятой на референдуме 1993 г. и воплотившей, по сути, волю всего российского общества.

Прежде всего исполнительные органы власти, принимающие нормативные правовые акты по вопросам налогообложения, не могут выйти за границы полномочий государства в целом по регулированию налоговых отношений, которые определяют налоговую компетенцию государства. Эти пределы государственного нормотворчества определяются Конституцией РФ, федеральными законами и международными договорами РФ. Однако даже внутри того правового поля, на котором государство имеет право регулировать налоговые отношения, исполнительным органам власти отведен весьма небольшой участок, где они могут регулировать отдельные налоговые вопросы.

Роль исполнительных органов в налоговом нормотворчестве определяется сложившейся системой источников налогового права. В связи с этим целесообразно понять место актов исполнительных органов власти в системе источников права. Воля государства, направленная на регулирование тех или иных общественных отноше-

ний, должна быть выражена в некоей объективной форме. Нормы налогового права никогда не смогут быть теми правилами поведения, которые реально применяются в повседневной жизни, если они не будут иметь внешнего выражения, документально закрепляющего волю государства. Подобной формой выражения норм права являются источники права, представляющие собой способ, «которым правилу поведения придается государственной властью общеобязательная сила»⁶. Дать исчерпывающий перечень источников права не представляется возможным, на разных этапах развития правовых систем государство использовало самые разнообразные формы выражения своей воли. Исследователи вопросов теории права приводят самые разные перечни источников. Представляется, что наиболее удачной классификацией источников права, закрепляющих нормы позитивного права в современных государствах, является приведенная профессором А.В. Мицкевичем система источников⁷.

Законы и иные нормативные правовые акты, принимаемые полномочными государственными органами или всенародным голосованием.

Судебные прецеденты либо иная правотворческая роль судебной практики.

Религиозные источники (священные писания, книги, трактаты).

Обычаи и обычное право, сложившиеся в практике экономической и государственной жизни.

Общепризнанные принципы международного права и международные договоры, пакты, конвенции, ратифицированные в установленном порядке каждым государством.

Столь разнообразные формы права объединены общим признаком — в них в той или иной степени нашла свое отражение воля государства. Государство само определяет, как и в какой форме выразить свою волю. Ни религиозные источники, ни обычаи, складывающиеся в процессе реализации тех или иных общественных отношений, не будут включены в систему источников права до тех пор, пока государство это не санкционирует и не будет рассматривать их как форму выражения своей воли.

Следует признать, что система источников права в различных государствах во многом предопределяется историческим этапом развития общества и особенностями правовых систем. Вместе с тем даже внутри системы права одного государства различным отраслям права может быть присущ свой «набор» источников. Этот «набор» зависит от особенностей правового регулирования, относящихся к предмету регулирования данной отрасли права, и особенностей исторического развития правовой регламентации указанных отношений.

Рассматривая приведенную систему источников права применительно к налоговой системе, следует признать, что налоговые отношения, складывающиеся в Российской Федерации, не могут регламентироваться социальными нормами, закрепленными в религиозных источниках. Дело даже не в том, что религиозные учения являются менее эффективной системой социальных регуляторов. В ряде случаев нормы религиозных учений содержат более жесткие правила, чем правовые нормы, а мотивация к соблюдению этих норм у верующих значительно более серьезная, чем мотивация, основанная на страхе перед возможным государственным принуждением. Однако в данных источниках не выражается воля государства, и соблюдение норм религиозных учений не обеспечивается в России государственным принуждением. Отсутствие этих двух признаков в социальной норме, содержащейся в религиозных учениях, не позволяет относить названные нормы к нормам налогового права, а религиозные источники — к источникам налогово-

⁶ Марченко М.Н. Теория государства и права: учебник. 2-е изд. М., 2004. С. 506.

⁷ Общая теория государства и права. Академический курс в 2 т. / под ред. М.Н. Марченко. Т. 2. Теория права. М., 1998. С. 136.

го права. Аналогичным образом к источникам налогового права нельзя отнести правовые обычаи и обыкновения, складывающиеся в практике экономической и государственной жизни. Очевидно, что в процессе функционирования налоговой системы среди участников налоговых правоотношений складываются некие традиции, предопределяющие их поведение. Например, несмотря на предусмотренную ст. 176 НК РФ возможность внесудебного решения вопроса о возмещении налога на добавленную стоимость при совершении операций, облагаемых по нулевой ставке, чаще всего налоговые органы соглашаются вернуть налогоплательщикам предусмотренные суммы налога только после вынесения соответствующих судебных решений. Безусловно, налицо складывающийся обычай, но он не может быть обозначен как правовой. Государство не будет защищать подобную «традицию», поскольку в складывающейся практике нет воплощения воли государства. Даже если представить, что какой-либо руководитель налогового органа вынесет решение о возмещении налога без предварительного рассмотрения дела в суде, государство не будет иметь возможности заставить участников налоговых правоотношений следовать сложившейся практике.

Что может рассматриваться в качестве источников российского налогового права?

Специфика предмета регулирования российского налогового права и традиции правового регулирования финансово-правовых отношений в России обусловили следующую систему источников российского налогового права:

- нормативные правовые акты;
- нормотворческие акты судов;
- общепризнанные принципы международного права и международные договоры.

Не останавливаясь подробно на исследовании роли и значения актов органов судебной власти в деле регулирования налоговых отношений, равно как и места международно-правовых документов в системе источников налогового права, следует отметить, что среди названных источников наиболее значительную группу составляют нормативные правовые акты. Это объясняется тем, что для возникновения налоговых отношений необходима четко выраженная воля государства, которая объективизируется в нормативных правовых актах. Несмотря на то что различные исследователи теории права используют несколько разных терминов для обозначения этой группы актов, сама природа указанных источников права воспринимается всеми одинаково.

«Нормативные юридические акты — официальные документы, содержащие юридические нормы (а также положения, отменяющие или изменяющие действующие нормы)», — определяет эти источники С.С. Алексеев⁸. Иными словами, нормативные акты — это принятые уполномоченными органами государственной власти документы, в которых выражена воля государства, направленная на регулирование общественных отношений. Однако одной лишь четко выраженной воли государства недостаточно для отнесения документа к числу нормативных правовых актов.

Характеризуя понятие «нормативно-правовые акты», М.Н. Марченко выделяет три признака, позволяющие отделить их от индивидуально-правовых актов. Во-первых, нормативно-правовые акты должны содержать общие предписания и рассчитаны на многократное применение. Во-вторых, нормативно-правовые акты адресованы неограниченному кругу лиц. В-третьих, нормативно-правовыми актами охватывается широкий круг общественных отношений⁹.

Нормативные правовые акты подразделяются на законы и подзаконные акты. Как уже говорилось, в силу специфики объекта регулирования роль исполнительных органов власти в налоговом нормотворчестве второстепенна. Признавая осо-

⁸ Алексеев С.С. Право: азбука — теория — философия: Опыт комплексного исследования. М., 1999. С. 77.

⁹ Марченко М.Н. Указ. соч. С. 511.

бую важность правовой регламентации доходов государства, в любом цивилизованном государстве вопросы формирования бюджета и налогообложения подлежат регулированию именно с помощью законов, принимаемых только представительными органами власти. Статья 57 Конституции РФ определяет, что «каждый обязан платить законно установленные налоги и сборы». Комментируя это положение, Конституционный Суд РФ провозгласил, что «установить налог или сбор можно только законом. Налоги, взимаемые не на основе закона, не могут считаться «законно установленными». И далее: «Конституция Российской Федерации исключает возможность установления налогов и сборов органами исполнительной власти»¹⁰. В другом своем акте Конституционный Суд отмечает: ««Конституционное требование об установлении налогов и сборов только и исключительно в законодательном порядке представляет собой один из принципов правового демократического государства и имеет своей целью гарантировать, в частности, права и законные интересы налогоплательщиков от произвола и несанкционированного вмешательства исполнительной власти»¹¹.

Таким образом, как и многие государства мира, Российская Федерация требует законодательного регулирования налоговых отношений. Именно поэтому отношения, возникающие в процессе уплаты налогов, регулируются прежде всего федеральными законами, а не актами органов управления.

Вместе с тем роль нормативных правовых актов исполнительных органов власти в процессе регулирования налоговых отношений достаточно высока. Права исполнительных органов власти по регулированию вопросов налогообложения неоднократно становились предметом рассмотрения в Конституционном Суде РФ, который отмечал, что «только закон в силу его определенности, стабильности, особого порядка принятия может предоставить налогоплательщику достоверные данные для исполнения им налоговой повинности»¹². В числе подзаконных нормативных правовых актов, относящихся к источникам налогового права, можно назвать:

- акты федеральных органов исполнительной власти;
- акты органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации;
- акты исполнительных органов местного самоуправления.

Издавая нормативные правовые акты по вопросам налогообложения, исполнительные органы вынуждены соблюдать «общие» пределы налогового нормотворчества, не выходя за рамки тех полномочий, которые определяют налоговую компетенцию российского государства. Кроме того, роль исполнительных органов власти в регулировании налоговых отношений определяется и теми ограничениями, которые предусмотрены законодателем именно для этих органов в налоговой сфере.

Следуя конституционным принципам налогообложения, законодатель в первой части НК попытался определить место нормативных правовых актов органов исполнительной власти, исполнительных органов местного самоуправления и органов государственных внебюджетных фондов (далее «исполнительные органы») о налогах и сборах в системе регуляторов налоговых отношений.

Согласно п. 1 ст. 4 Налогового кодекса, органы исполнительной власти в предусмотренных законодательством о налогах и сборах случаях и в пределах своей компетенции издают нормативные правовые акты по вопросам, связанным с нало-

¹⁰ Постановление от 4 апреля 1996 г. № 9-П «По делу о проверке конституционности ряда нормативных актов города Москвы и Московской области, Ставропольского края, Воронежской области и города Воронежа, регламентирующих порядок регистрации граждан, прибывающих на постоянное жительство в названные регионы» // Вестник Конституционного Суда РФ. 1996. № 2.

¹¹ Постановление от 11 ноября 1997 г. № 16-П «По делу о проверке конституционности статьи 11.1 Закона РФ от 1 апреля 1993 года “О государственной границе Российской Федерации” в редакции от 19 июля 1997 года» // Вестник Конституционного Суда РФ. 1997. № 6.

¹² Там же.

гообложением и сборами, которые не могут изменять или дополнять законодательство о налогах и сборах. Иными словами, Кодекс признает право исполнительных органов власти регулировать налоговые отношения, но только в том случае, когда такое право тому или иному исполнительному органу делегировано законодателем. На это обращают внимание суды Пленум ВС РФ и Пленум ВАС РФ, которые в своем совместном Постановлении от 11 июня 1999 г. № 41/9 отмечают, что «решая вопрос о применении по конкретному делу нормативного правового акта по вопросам, связанным с налогообложением и сборами, судам необходимо иметь в виду, что в соответствии со статьей 4 Кодекса органы исполнительной власти любого уровня вправе издавать такие акты только в случае, если это предусмотрено законодательством о налогах и сборах»¹³. Таким образом, права исполнительных органов власти по созданию правовых норм по вопросам налогообложения производны от прав законодателя.

Следует обратить внимание, что после внесенных в июне 2004 г. и в июле 2006 г. поправок в ст. 4 Налогового кодекса¹⁴ существенно изменился круг исполнительных органов власти, уполномоченных издавать нормативные правовые акты по вопросам налогообложения. В настоящее время к числу исполнительных органов, уполномоченных на федеральном уровне принимать нормативные правовые акты по вопросам налогообложения, законодатель относит только Правительство РФ и органы, «уполномоченные осуществлять функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере налогов и сборов и в сфере таможенного дела». Кто скрывается за наименованием «уполномоченные органы» — в данном случае совсем не очевидно. Федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере налоговой деятельности, является в настоящее время Министерство финансов РФ¹⁵. Федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию таможенного дела, до 2006 г. являлось Министерство экономического развития и торговли РФ¹⁶. После принятия Указа Президента РФ от 11 мая 2006 г. № 473 «Вопросы Федеральной таможенной службы»¹⁷ функции Министерства экономического развития и торговли РФ по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в области таможенного дела были переданы Федеральной таможенной службе РФ. Можно предположить, что на основании п. 1 ст. 4 НК РФ и с учетом названного Указа Президента РФ органом, уполномоченным издавать нормативные правовые акты по вопросам налогообложения, является Федеральная таможенная служба РФ. Но в то же время п. 2 ст. 4 НК РФ напрямую запрещает этой Службе издавать нормативные правовые акты по вопросам налогообложения. С учетом этого противоречия следует заключить, что только Правительство РФ и Минфин РФ вправе издавать нормативные правовые акты по вопросам налогообложения и сборов. Иные федеральные исполнительные органы власти, включая Федеральную налоговую

¹³ Постановление от 11 июня 1999 г. Пленума ВС РФ № 41 и Пленума ВАС РФ № 9 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие части первой Налогового кодекса Российской Федерации» // Вестник ВАС РФ. 1999. № 8.

¹⁴ Федеральный закон от 29 июня 2004 г. № 58-ФЗ «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации и признании утратившими силу некоторых законодательных актов Российской Федерации в связи с осуществлением мер по совершенствованию государственного управления».

¹⁵ Положение о Министерстве финансов РФ, утвержденное Постановлением Правительства Российской Федерации от 30 июня 2004 г. № 329 // Собрание законодательства РФ. 2004. № 31. Ст. 3258.

¹⁶ Положение о Министерстве экономического развития и торговли Российской Федерации, утвержденное Постановлением Правительства Российской Федерации от 27 августа 2004 г. № 443.

¹⁷ Собрание законодательства Российской Федерации. 2006. № 20.

службу РФ и Федеральную таможенную службу РФ, не могут быть уполномочены издавать подобные акты. Прямой запрет на издание нормативных правовых актов по вопросам налогов и сборов содержится в п. 2 ст. 4, что, вероятно, по мнению законодателя, должно окончательно развеять сомнения по поводу компетенции данных органов в процессе налогового нормотворчества.

Из числа органов, уполномоченных принимать нормативные правовые акты по вопросам налогообложения и сборам, исключены органы государственных внебюджетных фондов. Во многом это объясняется тем, что с момента введения в налоговую систему России единого социального налога органы государственных внебюджетных фондов утратили право регулировать особенности уплаты платежей, относящихся по своей правовой природе к налогам или сборам.

Определяя полномочия исполнительных органов власти, законодатель в ст. 4 Кодекса устанавливает дополнительное требование к актам таких органов — эти акты не могут изменять или дополнять законодательство о налогах и сборах. Учитывая, что полномочия исполнительных органов власти производны от полномочий законодателя, задача нормативных правовых актов исполнительных органов — обеспечить правильное применение налоговых норм в соответствии с волей законодателя, выраженной в актах законодательства о налогах и сборах. Любое изменение или дополнение актов законодательства должно рассматриваться как искажение воли законодателя, делегировавшего исполнительному органу ограниченные полномочия в налоговой сфере, а следовательно, не может создавать правовых последствий для участников налоговых отношений. На это обращает внимание и Конституционный Суд, который, признавая право исполнительных органов на принятие актов по вопросам налогообложения, отмечает: «Эти положения не могут рассматриваться как содержащие основания для издания актов, допускающих ограничение прав или возлагающих на налогоплательщиков дополнительные обязанности по сравнению с тем, как они определены законом»¹⁸.

Нормативные правовые акты исполнительных органов власти могут устанавливать правовые нормы (правила поведения), обязательные для неопределенного круга лиц, рассчитанные на неоднократное применение, только в том случае, когда эти акты воспроизводят волю законодателя, выраженную в актах законодательства о налогах и сборах. Законодатель прямо ограничивает права исполнительных органов власти на регулирование налоговых отношений. Во-первых, это определенный круг лиц. На федеральном уровне — Правительство РФ и Минфин РФ; на региональном и местном — любой уполномоченный соответствующим актом законодательства орган. Во-вторых, исполнительные органы власти вправе принять нормативный правовой акт только в том случае, когда такое право ему делегировал законодатель. В-третьих, в принимаемых актах исполнительных органов власти не должна искажаться воля законодателя, т.е. акты не могут изменять или дополнять законодательство о налогах и сборах.

К сожалению, приведенные правила принятия нормативных правовых актов исполнительными органами власти практически не соблюдаются как самими указанными органами, так и законодателем. Как уже говорилось, органами исполнительной власти, уполномоченными принимать нормативные правовые акты по вопросам налогообложения на федеральном уровне, являются Правительство РФ и Министерство финансов РФ. Но сам же законодатель в ст. 89 НК РФ устанавливает, что основания и порядок продления срока проведения выездной налого-

¹⁸ Определение КС от 5 ноября 2002 г. № 319-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы некоммерческой организации — учреждения по управлению персоналом «Персона» — на нарушение конституционных прав и свобод положениями пункта 2 статьи 4 Налогового кодекса Российской Федерации» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2003. № 2.

вой проверки устанавливаются федеральным органом исполнительной власти, уполномоченным по контролю и надзору в области налогов и сборов. Фактически законодатель «поручает» создать норму права (обязательную и для налоговых органов, и для налогоплательщиков) «неуполномоченному лицу» — ФНС РФ, чьи полномочия по принятию подобных актов тем же законодателем ограничены в п. 2 ст. 4 НК РФ.

Право издания актов должно быть делегировано законодателем, и только в этом случае могут применяться акты исполнительного органа власти. В ст. 83 НК РФ законодатель поручает определить особенности учета иностранных организаций и иностранных граждан Министерству финансов РФ. Однако Министерство финансов это поручение не выполнило. В настоящее время действует утвержденное Приказом МНС России от 7 апреля 2000 г. № АП-3-06/124 Положение об особенностях учета в налоговых органах иностранных организаций¹⁹.

Не совсем понятно также, что означает фраза «не могут изменять или дополнять законодательство о налогах и сборах». Если речь идет не о простом пересказе норм законодательства, то исполнительный орган власти всегда можно упрекнуть в том, что он изменил или дополнил норму закона. Пользуясь этой правовой неопределенностью, исполнительные органы власти часто «додумывают» за законодателя какие-то правила налогообложения, которые напрямую из норм закона не следуют. Например, согласно ст. 169 НК РФ Правительству РФ обязано установить порядок ведения журнала учета полученных и выставленных счетов-фактур, книг покупок и книг продаж. Однако Правительство РФ в Постановлении от 2 декабря 2000 г. № 914 не просто определило порядок ведения названных учетных документов, но и установило, что предлагаемые процедуры нужны «в целях определения суммы налога на добавленную стоимость, предъявляемой к вычету (возмещению) в установленном порядке», хотя таких полномочий от законодателя Правительство не получало.

Таким образом, следует признать, что пределы налогового нормотворчества исполнительными органами власти далеко не всегда соблюдаются и этими органами, и самим законодателем. Говоря о роли исполнительных органов власти в регулировании налоговых отношений, следует упомянуть и о пределах действия нормативных правовых актов, принимаемых указанными органами.

Пределы действия всех нормативных правовых актов традиционно определяют, прежде всего, по трем измерениям: во времени, в пространстве и по кругу лиц. Налоговая компетенция исполнительных органов власти во многом производна от полномочий законодателя, поэтому и в этих трех измерениях пределы нормотворчества исполнительных органов определяются пределами, отведенными для налогового законодателя. Анализ действия актов законодательства о налогах и сборах во времени (с 2007 г. эти правила распространяются и на акты исполнительных органов власти) следует проводить в двух аспектах: а) определение момента вступления норм в силу и момента прекращения их действия; б) определение временного периода, в течение которого общественные отношения должны подвергаться регулированию в соответствии с содержащейся в акте нормой.

Пункт 1 ст. 5 довольно подробно регламентирует порядок вступления в силу актов законодательства о налогах и сборах. Акты законодательства о налогах и сборах вступают в силу не ранее, чем по истечении одного месяца со дня их официального опубликования. При этом акты законодательства о налогах вступают в силу не ранее 1-го числа очередного налогового периода по соответствующему налогу. Подобные правила вступления в силу актов законодательства обусловлены необходимостью для участников налоговых правоотношений не только ознакомиться с волей законодателя, но и провести подготовительные мероприятия, не-

¹⁹ Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2000. № 25.

обходимые для надлежащего выполнения предписаний новых норм права. Норма, согласно которой акты законодательства вступают в силу не ранее очередного налогового периода, необходима для того, чтобы правила исчисления налоговой базы и окончательной суммы налогового платежа не менялись бы в середине налогового периода.

Федеральные законы, вносящие изменения в НК РФ в части установления новых налогов и (или) сборов, а также акты законодательства о налогах и сборах субъектов РФ и акты представительных органов местного самоуправления, вводящие налоги и (или) сборы, вступают в силу не ранее 1 января года, следующего за годом их принятия, но не ранее, чем через один месяц со дня их официального опубликования. В данном случае законодатель пытается обеспечить стабильность хозяйственно-экономической деятельности организаций и физических лиц, обеспечить стабильность доходов бюджетов всех уровней, поскольку введение новых налогов или сборов почти всегда связано с перераспределением (законодательным или фактическим) доходных источников бюджетов.

Основной принцип действия любой нормы во времени — принцип немедленного действия: новая норма права применяется ко всем отношениям, возникающим немедленно после вступления данной нормы в силу. В то же время в особо оговоренных случаях допускаются исключения из этого правила. Эти исключения состоят в том, что в ряде случаев при вступлении в силу новой нормы права допускается «переживание» старой нормы или придание новой норме обратной силы. Переживание старой нормы состоит в том, что к отношениям, возникающим после вступления в силу новой нормы, применяются прежние нормы, действие которых прекращено. Подобная ситуация возникает часто тогда, когда речь идет о применении санкций к правонарушителю, допустившему нарушение до вступления в силу новой нормы об ответственности, усиливающей наказание. В этом случае, несмотря на то, что прежняя норма отменена новой, применению подлежит именно прежняя норма права. Действие новой нормы с обратной силой означает, что данная норма распространяется не только на вновь возникшие отношения, но и на отношения, которые возникли до ее вступления в силу, т.е. с более ранней даты. В соответствии с общими принципами теории права, норма, ухудшающая правовое положение субъектов, должна иметь перспективное действие, т.е. распространяться только на отношения, возникающие после вступления данной нормы в силу. В то же время, норме, благоприятной для субъектов права, может быть предана обратная сила. Закон, вводящий новый налог, всегда ущемляет интересы налогоплательщика, поскольку любой новый налог приводит к новым ограничениям налогоплательщика как собственника имущества. Тем более ущемляет интересы налогоплательщика закон, заведомо ухудшающий его положение. Именно поэтому в Конституции РФ появилась специальная статья о запрещении придания обратной силы законам, устанавливающим новые налоги или иным образом ухудшающим положения налогоплательщиков (ст. 57). Развивая норму Конституции, п. 2 ст. 5 НК устанавливает, что акты законодательства о налогах и сборах, устанавливающие новые налоги и (или) сборы, повышающие налоговые ставки, размеры сборов, устанавливающие или отягчающие ответственность за нарушение законодательства о налогах и сборах, устанавливающие новые обязанности или иным образом ухудшающие положение налогоплательщиков или плательщиков сборов, а также иных участников отношений, регулируемых законодательством о налогах и сборах, обратной силы не имеют.

Акты законодательства о налогах и сборах, устраняющие или смягчающие ответственность за нарушение законодательства о налогах и сборах либо устанавливающие дополнительные гарантии защиты прав налогоплательщиков, плательщиков сборов, налоговых агентов, их представителей, безусловно, имеют обратную

силу (ст. 5 НК РФ). Таким образом, для применения названных актов к отношениям, возникшим до вступления в силу акта, специальной оговорки в тексте акта не требуется. Акты законодательства о налогах и сборах, отменяющие налоги и (или) сборы, снижающие размеры ставок налогов (сборов), устранившие обязанности налогоплательщиков, плательщиков сборов, налоговых агентов, их представителей или иным образом улучшающие их положение, могут иметь обратную силу, если это прямо предусмотрено.

Следует отметить, что придание актам законодательства о налогах и сборах обратной силы должно быть событием исключительным. Нечеткость формулировок ст. 5 НК РФ, определяющих случаи придания обратной силы актам законодательства, не способствует стабильности налоговой системы. Кроме того, далеко не всегда нормы, которые на первый взгляд направлены «на улучшение положения налогоплательщика», действительно являются таковыми. Очень часто улучшение положения одной группы налогоплательщиков может сопровождаться ухудшением положения другой группы. В связи с этим представляется, что стабильность налоговому законодательству могла бы придать норма, вводящая прямой запрет на любые попытки придать установлениям законодательства о налогах и сборах обратную силу. Единственным исключением могло бы стать правило о придании обратной силы нормам, смягчающим или отменяющим ответственность, однако эта норма независимо от ее закрепления в Налоговом кодексе априорно должна применяться в налоговой сфере в соответствии со ст. 54 Конституции РФ.

Как уже упоминалось, с 2007 г. ст. 5 НК РФ стала распространяться на нормативные правовые акты о налогах и сборах федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов РФ, органов местного самоуправления²⁰. Иными словами, исполнительные органы власти в своем налоговом нормотворчестве обязаны следовать достаточно строгим правилам, указанным в ст. 5 НК РФ. Однако следует признать, что акты исполнительных органов власти по-прежнему принимаются без учета положений указанной статьи. Например, Постановление Правительства РФ № 688 «Об утверждении перечней кодов медицинских товаров, облагаемых налогом на добавленную стоимость по налоговой ставке 10%» было принято 15 сентября 2008 г. и опубликовано в «Собрании законодательства РФ» (№ 38, 22 сентября 2008 г.). В соответствии с п. 1 ст. 5 НК РФ данный нормативный правовой акт исполнительного органа власти должен вступить в силу не ранее, чем по истечении одного месяца со дня его официального опубликования, и не ранее 1-го числа очередного налогового периода по соответствующему налогу. Однако в п. 2 названного Постановления указано, что оно вступает в силу с 1 октября 2008 г., что является нарушением п. 1 ст. 5 НК РФ. Приказ МФ РФ № 54н «Об утверждении формы налоговой декларации по налогу на прибыль организаций и порядка ее заполнения» принят 5 мая 2008 г., опубликован в «Российской газете» 7 июня 2008 г., и согласно п. 1 ст. 5 НК РФ должен вступить в силу не ранее 1-го числа очередного налогового периода по соответствующему налогу, т.е. не ранее 1 января 2009 г. Однако в п. 3 названного Приказа указано, что он вступает в силу с 1 июля 2008 г., что также является нарушением ст. 5 НК РФ.

Иными словами, предусмотренные в НК РФ ограничения по вступлению в силу нормативных правовых актов исполнительных органов власти чаще всего этими органами не соблюдаются.

Определить действие нормативных правовых актов в пространстве — это определить территорию, на которую действие указанных актов распространяется. Статья 4 Конституции РФ устанавливает, что Конституция и федеральные законы

²⁰ Указанные поправки к ст. 5 НК РФ были приняты в соответствии с Федеральным законом от 27 июля 2006 г. № 137-ФЗ.

имеют верховенство на всей территории Российской Федерации. Акты законодательства РФ (федеральные акты) действуют на всей территории России. Понятие «территория Российской Федерации» включает сухопутную территорию и территориальное море. Таким образом, Россия может регулировать своим законодательством налоговые отношения в пределах указанной территории РФ. Одновременно в соответствии с той же ст. 4 Конституции РФ Российская Федерация имеет некоторые суверенные права в исключительной экономической зоне и на континентальном шельфе. Объем этих прав определяется международными соглашениями. Получается, что правовое регулирование налоговых отношений в исключительной экономической зоне и на континентальном шельфе должно осуществляться только в тех пределах, которые определены актами международного права. Ряд международных соглашений, участниками которых является Российская Федерация, регулирует вопросы налогообложения в исключительной экономической зоне и на континентальном шельфе. Вместе с тем налоговый законодатель иногда пытается распространить свои нормы на ту территорию, которая не подпадает под юрисдикцию РФ. Например, в соответствии со ст. 273 НК РФ плательщиками налога на имущество признаются иностранные организации (в том числе не имеющие постоянного представительства в России), имеющие в собственности недвижимое имущество на континентальном шельфе РФ и в исключительной экономической зоне РФ. Представляется, что заставлять иностранных лиц платить налог на имущество с тех объектов недвижимости, которые находятся вне территории России, налоговый законодатель не вправе. Во-первых, вынудить иностранное лицо, не имеющее представительства в России, соблюдать российское законодательство технически невозможно. Во-вторых, взимание налога с территории, которая не подпадает под юрисдикцию России (на которую нормы российского законодательства не распространяются), не соответствует Конституции РФ. Нормативные правовые акты исполнительных органов власти прямо не определяют территорию действия своих норм. Нормы указанных актов действуют на той территории, на которой действуют нормы законодательства, делегировавшие исполнительным органам власти полномочия по регулированию отдельных вопросов налогообложения. Законы субъектов РФ и нормативные правовые акты муниципальных образований действуют на территории указанных субъектов и муниципальных образований, а значит, и акты исполнительных органов власти, принятые во исполнение названных актов законодательства о налогах и сборах, действуют на той же территории.

Третье измерение, характеризующее пределы применения норм законодательства о налогах и сборах, — действие актов законодательства о налогах и сборах по кругу лиц — определяет тех лиц, кому адресуются содержащиеся в нормативных правовых актах предписания. Лица, которые могут быть участниками налоговых отношений и чье поведение может быть подвергнуто регулированию нормами налогового права, именуется субъектами налогового права. Лица, которые уже непосредственно вступили в отношения, регулируемые налоговым законодательством, признаются участниками налоговых правоотношений.

Трудно привести исчерпывающий круг субъектов налогового права. Во многом это предопределяется многообразием не только самих правоотношений, но и видов налоговых правоотношений. Как и во многих отраслях права, признаком, позволяющим отнести то или иное лицо к числу субъектов налогового права, является налоговая правосубъектность. Характеризуя правосубъектность субъектов налогового права, Д.В. Винницкий выявляет частную и публичную правосубъектность: «Под частной налоговой правосубъектностью необходимо понимать предусмотренную законодательством о налогах и сборах способность индивидуальных и коллективных субъектов, руководствуясь собственным (частным) интересом и

подчиняясь в установленных законом случаях публичному интересу, выступать в качестве функционально подчиненной стороны в налоговых правоотношениях, а именно в качестве налогоплательщиков, налоговых агентов и иных участников налоговых правоотношений, не обладающих властными полномочиями.

Под публичной налоговой правосубъектностью (компетенцией) есть основания понимать способность и одновременно обязанность государственных (муниципальных) органов и общественно-территориальных образований, руководствуясь на основании закона публичными (общественными) интересами, выступать в качестве управомоченной стороны, обладающей властными полномочиями, в налоговых правоотношениях»²¹.

Несмотря на некоторую условность деления правосубъектности на частную и публичную, данная классификация помогает сформулировать укрупненную классификацию субъектов налогового права:

- публичные субъекты;
- органы власти;
- организации;
- физические лица.

Названные субъекты налогового права при определенных условиях становятся участниками налоговых правоотношений, т.е. лицами, имеющими определенные субъективные права и юридические обязанности, которые определяют статус этих лиц в налоговых правоотношениях.

Статья 9 НК РФ определяет участников отношений, регулируемых законодательством о налогах и сборах, и поведение этих лиц определяется актами законодательства о налогах и сборах. Недостаток указанной статьи — субъекты ряда отношений, регулируемых законодательством о налогах и сборах, в ней не поименованы. Законодатель фактически назвал в ст. 9 только тех участников, чьи права и обязанности в последующих нормах НК РФ определяются наиболее развернуто. Однако лаконичность ст. 9 НК РФ совсем не означает, что круг участников налоговых отношений ограничен только четырьмя субъектами. Остальные субъекты права могут стать участниками налоговых правоотношений, если из существа данного вида правоотношения явствует, кто именно является его участником. В частности, в ст. 9 НК РФ вообще не упоминаются государственные органы, являющиеся участниками отношений по установлению и введению налогов, и банки, которые являются участниками ряда отношений, возникающих в сфере налогового контроля.

Права исполнительных органов власти, принимающих нормативные правовые акты по вопросам налогообложения, производны от прав законодателя, т.е. нормы актов исполнительных органов власти могут распространяться только на тот круг лиц, который определен в законодательстве о налогах и сборах. Например, п. 1 ст. 83 НК РФ определяет, что Министерство финансов РФ вправе определять особенности постановки на учет крупнейших налогоплательщиков. Во исполнение названной нормы Министерством финансов РФ принят Приказ от 11 июля 2005 г. № 85н, в котором данным ведомством на налоговые органы возлагаются определенные обязанности, связанные с постановкой на учет крупнейших налогоплательщиков.

Таким образом, не умаляя роль исполнительных органов власти в процессе регулирования налоговых отношений, следует отметить, что законодатель предусмотрел ограниченные полномочия таких органов в налоговой сфере. Это вполне оправдано, учитывая, что налогообложение всегда связано с ограничением прав собственности. Статья 4 НК РФ формулирует права исполнительных органов власти по регулированию отдельных вопросов налогообложения, однако на практике законодательные ограничения не всегда соблюдаются.

²¹ Винницкий Д.В. Субъекты налогового права. М., 2000. С. 18.

С точки зрения правоприменения интересен вопрос — каковы правовые последствия несоблюдения исполнительными органами власти действующих ограничений по налоговому нормотворчеству? Четкого ответа на данный вопрос нет. Конечно же, можно оспорить сам нормативный правовой акт исполнительного органа власти в Конституционном суде РФ или в других высших судебных инстанциях, ссылаясь на то, что данный исполнительный орган власти вышел за рамки своей компетенции. Однако подобная процедура столь сложная и трудоемкая, что едва ли может восприниматься в качестве эффективного инструмента восстановления справедливости. Наиболее распространенный способ защиты прав, нарушение которых может быть вызвано принятием неправомерного нормативного правового акта исполнительных органов, — оспаривание действий налогового органа или иных правоприменительных органов, основанных на нормах таких неправомерных актов исполнительных органов власти. Лицо, полагающее, что его права нарушены именно нормами нормативного правового акта, принятого с нарушением установленных законодательством пределов нормотворчества указанных органов, может оспорить действия или индивидуальные правовые акты налоговых и иных правоприменительных органов, сославшись на то, что эти действия (акты) основаны на нормативных правовых актах, не соответствующих законодательству. Эффективность такого способа защиты зависит от субъективной оценки судом того, насколько исполнительный орган искажил волю законодателя.

Н.В. Ростовцева

*Доцент кафедры
гражданского права
факультета права
Государственного
университета —
Высшей школы
экономики, кандидат
юридических наук*

Правовое положение членов семьи собственника жилого помещения¹

Прошло более трех лет с момента введения в действие Жилищного кодекса Российской Федерации (далее — ЖК РФ), ознаменовавшего, по мнению ряда специалистов, новый этап в регулировании жилищных отношений. Как отмечает В.В. Глазов, с 1 марта 2005 г. (дата вступления в силу ЖК РФ), «началось развитие и становление жилищного законодательства России, качественно нового и отвечающего условиям рыночной экономики, а также современным социальным реалиям»². До указанного момента жилищные отношения регулировались Жилищным кодексом РСФСР 1983 г. (далее — ЖК РСФСР), обеспечивавшим в первую очередь интересы пользователей жилых помещений, предоставлявшихся по договору социального найма.

Не умаляя важность и необходимость принятия ЖК РФ, приходится констатировать, что после вступления его в силу позиции некоторых категорий граждан ухудшились по сравнению с прежним законодательством.

В данной статье речь пойдет о правовом положении членов (в том числе бывших членов) семьи собственника жилого помещения.

Согласно п. 2 ст. 31 ЖК РФ члены семьи собственника жилого помещения имеют право пользования жилым помещением наравне с его собственником, если иное не установлено соглашением между собственником и членами его семьи. В связи с этим важным представляется определение круга лиц, относящихся к членам семьи собственника жилого помещения.

В юридической литературе высказывалось мнение о необходимости рассмотрения категории «член семьи собственника жилого помещения» путем ее деления на три составляющие: «член семьи», «собственник», «жилое помещение». Первое понятие относится к семейному, второе — к гражданскому, а третье — к жилищному законодательству³. Такой подход представляется логичным. При определении жилого помещения следует руководствоваться нормами жилищного законодательства (ст. 15 ЖК РФ). «Собственник» — это гражданско-правовая категория, которую целесообразно определять нормами Гражданского кодекса РФ (раздел II — «Право собственности и другие вещные права»). При определении члена семьи уместно обратиться к нормам семейного права. Статья 2 Семейного кодекса РФ (далее — СК РФ) относится к членам семьи супругов, родителей и детей, усыновителей и усыновленных. Кроме того, анализ норм раздела V «Алиментные обязательства чле-

¹ Статья написана в рамках индивидуального исследовательского проекта № 07-01-176 «Проблемы правового регулирования жилищных правоотношений в Российской Федерации», выполненного при поддержке ГУ ВШЭ.

² Глазов В.В. Комментарий к Жилищному кодексу Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 188-ФЗ (постатейный) (издание второе, переработанное и дополненное). М., 2007 // СПС Консультант-Плюс.

³ Прасолов Б.В. Ответы на вопросы пресс-конференции: «Практика применения Жилищного кодекса РФ и лишения права на жилище» // Жилищное право. 2007. № 8. С. 8.

нов семьи» СК РФ позволяет в установленных случаях рассматривать в качестве членов семьи братьев и сестер, внуков, дедушку и бабушку, пасынка и падчерицу, отчима и мачеху, других лиц⁴.

Жилищное законодательство устанавливает свое, отличное от семейного, понятие членов семьи собственника жилого помещения: «К членам семьи собственника жилого помещения относятся проживающие совместно с данным собственником в принадлежащем ему жилом помещении его супруг, а также дети и родители данного собственника. Другие родственники, нетрудоспособные иждивенцы и в исключительных случаях иные граждане могут быть признаны членами семьи собственника, если они вселены собственником в качестве членов своей семьи» (п. 1 ст. 31 ЖК РФ). Обратим внимание, что супруг, родители и дети являются членами семьи собственника лишь при условии их совместного проживания. Что касается другой категории граждан (которые могут быть признаны членами семьи), возникает вопрос — кто и каким образом должен устанавливать факт вселения лица в качестве члена семьи, достаточно ли только намерения собственника для вселения гражданина как члена семьи? ЖК РФ не указывает оснований для признания граждан вселенными в качестве членов семьи. В литературе существует мнение, что лицам, вселяющимся в качестве членов семьи, следует заключать письменное соглашение с собственником с целью устранить неопределенность их правового положения и упростить доказывание характера вселения. Это обусловлено тем, что только собственник может принимать решение, у кого именно (кроме супруга, детей и родителей) возникает право пользования принадлежащим ему жилым помещением⁵.

В прежнем законодательстве (ЖК РСФСР) к гражданам, которые могут быть признаны членами семьи собственника, предъявлялось дополнительное требование — ведение общего хозяйства. Статья 127 «Пользование жилым домом, квартирой, принадлежащим гражданину на праве личной собственности» содержала отсылку к ст. 53 ЖК РСФСР «Права и обязанности членов семьи нанимателя». Ведение совместного хозяйства являлось общим критерием отнесения лиц как к членам семьи собственника жилого помещения, так и к членам семьи нанимателя. Пленум Верховного Суда СССР в Постановлении от 3 апреля 1987 г. № 2 «О практике применения судами жилищного законодательства» относительно членов семьи нанимателя разъяснил: «Разрешая вопрос признания членом семьи нанимателя других лиц (кроме супруга, детей, родителей), суд обязан выяснить характер их отношений с нанимателем, членами семьи, в частности, установить, имели ли место ведение общего хозяйства (общие расходы), оказание взаимной помощи, другие обстоятельства, свидетельствующие о наличии семейных отношений» (п. 7 абз. 2)⁶. В настоящее время требование ведения общего хозяйства в обязательном порядке предусмотрено для признания только в качестве членов семьи нанимателя (ст. 69 ЖК РФ). Было бы целесообразным использовать тот же критерий совместного проживания для признания других лиц членами семьи собственника. Не случайно в юридической литературе отмечается, что формулировка действующего ЖК РФ применительно к членам семьи собственника намного менее удачна, чем текст абзаца 2 статьи 53 ЖК РСФСР⁷.

⁴ Семейный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 1995 г. № 223-ФЗ // Собрание законодательства РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

⁵ Куцина С. Права бывших // ЭЖ-юрист. 2008. № 41 // СПС Кодекс.

⁶ Постановление Пленума Верховного Суда СССР от 3 апреля 1987 г. № 2 «О практике применения судами жилищного законодательства» // Сборник постановлений Пленумов Верховных Судов СССР и РСФСР (РФ) по гражданским делам. М., 1994.

⁷ См., напр.: Михеева Л.Ю. Права членов семьи собственника жилого помещения: комментарий нового законодательства // СПС КонсультантПлюс. 2005.

Понятие «член семьи» используется и в других нормативных правовых актах⁸. При этом оно наполняется неодинаковым содержанием. Например, пенсионное законодательство имеет свою трактовку понятия «член семьи». В соответствии со ст. 9 Федерального закона «О трудовых пенсиях в Российской Федерации»⁹ право на трудовую пенсию по случаю потери кормильца имеют нетрудоспособные члены семьи умершего кормильца, состоявшие на его иждивении. В соответствии с п. 2 ст. 9 нетрудоспособными членами семьи умершего кормильца признаются:

1) дети, братья, сестры и внуки умершего кормильца, не достигшие возраста 18 лет, а также дети, братья, сестры и внуки умершего кормильца, обучающиеся по очной форме в образовательных учреждениях всех типов и видов независимо от их организационно-правовой формы, за исключением образовательных учреждений дополнительного образования, до окончания ими такого обучения, но не дольше чем до достижения ими возраста 23 лет; или дети, братья, сестры и внуки умершего кормильца старше этого возраста, если они до достижения возраста 18 лет стали инвалидами, имеющими ограничение способности к трудовой деятельности. При этом братья, сестры и внуки умершего кормильца признаются нетрудоспособными членами семьи при условии, что они не имеют трудоспособных родителей;

2) один из родителей или супруг либо дедушка, бабушка умершего кормильца независимо от возраста и трудоспособности, а также брат, сестра либо ребенок умершего кормильца, достигшие возраста 18 лет, если они заняты уходом за детьми, братьями, сестрами или внуками умершего кормильца, не достигшими 14 лет и имеющими право на трудовую пенсию по случаю потери кормильца, и не работают;

3) родители и супруг умершего кормильца, если они достигли возраста 60 и 55 лет (соответственно мужчины и женщины) либо являются инвалидами, имеющими ограничение способности к трудовой деятельности;

4) дедушка и бабушка умершего кормильца, если они достигли возраста 60 и 55 лет (соответственно мужчины и женщины) либо являются инвалидами, имеющими ограничение способности к трудовой деятельности, при отсутствии лиц, которые в соответствии с законодательством Российской Федерации обязаны их содержать.

Как видим, нормы семейного, жилищного, пенсионного законодательства исходят из разного понимания члена семьи. Полагаем, что в семейном законодательстве должны быть установлены четкие критерии отнесения лиц к членам семьи, и применяться они должны единообразно.

У членов семьи собственника жилого помещения возникает право пользования жилым помещением наравне с его собственником. На них возлагается также обязанность использовать жилое помещение по назначению, обеспечивать его сохранность (п. 2 ст. 31 ЖК РФ). ЖК РФ, правда, не содержит нормы, которая регулировала бы отношения между собственником жилого помещения и членами его семьи, если член семьи собственника нарушает правила пользования жилым помещением. По этому поводу Верховный Суд РФ дал следующее разъяснение: «В соответствии с частью 1 статьи 7 ЖК РФ в случаях, если жилищные отношения не урегулированы жилищным законодательством или соглашением участников таких отношений, и при отсутствии норм гражданского или иного законодательства, прямо регулирующих такие отношения, к ним, если это не противоречит их существу, применяется жилищное законодательство, регулирующее сходные отношения. Статья 35 ЖК РФ предусматривает основания для вселения гражданина, право пользования жилым помещением которого прекращено или который нарушает

⁸ См., напр., ст. 578 Гражданского кодекса РФ, ст. 47 Земельного кодекса РФ, ст. 18.1 Налогового кодекса РФ, ст. 41, 57, 93, 96, 141, 169, 179, 210, 259, 310 и др. Трудового кодекса РФ, ст. 281, 286, 446 Гражданского процессуального кодекса РФ.

⁹ Федеральный закон от 17 декабря 2001 г. № 173-ФЗ «О трудовых пенсиях в Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2001. № 52 (1 ч.). Ст. 4920.

правила пользования жилым помещением. Исходя из изложенного и учитывая положения части 1 статьи 7 ЖК РФ, член семьи собственника жилого помещения, нарушающий права пользования жилым помещением, в соответствии с частью 2 статьи 35 ЖК РФ может быть выселен из жилого помещения на основании решения суда по требованию собственника» (ответ на вопрос 41)¹⁰.

Правовое положение членов семьи собственника жилого помещения закреплено также нормами Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ). В соответствии с п. 1 абз. 2 ст. 292 ГК РФ дееспособные и ограниченные судом в дееспособности члены семьи собственника, проживающие в принадлежащем ему жилом помещении, несут солидарную с собственником ответственность по обязательствам, вытекающим из пользования жилым помещением. Например, члены семьи собственника наравне с собственником отвечают за уплату коммунальных платежей.

Правовая природа права пользования, возникающего у членов семьи собственника жилого помещения, гражданским законодательством не определена. Большинство авторов придерживается мнения, что право пользования жилым помещением членами семьи собственника имеет вещно-правовой характер¹¹. Такой вывод представляется верным. Согласно п. 3 ст. 292 ГК РФ члены семьи собственника могут требовать всякого устранения нарушений их прав на жилое помещение от любых лиц, включая собственника, т.е. право пользования обладает признаком абсолютной защиты, что характерно для вещных прав. Вещно-правовая природа указанного права подтверждается также местом расположения ст. 292 в ГК РФ. Она находится в гл. 18 — «Право собственности и другие вещные права на жилые помещения». Право пользования жилым помещением членами семьи собственника — это единственный вид других (отличных от права собственности) прав, закрепленных в этой главе. Однако в соответствии со ст. 131 ГК РФ вещные права на недвижимые вещи, ограничения этих прав, их возникновение, переход и прекращение подлежат государственной регистрации. Между тем действующим законодательством требование о необходимости регистрации права членов семьи собственника жилого помещения не установлено.

В соответствии с нормами прежнего жилищного законодательства члены семьи собственника жилого помещения сохраняли право пользования и в случае прекращения семейных отношений с собственником жилого помещения (ст. 127 ЖК РСФСР). ЖК РФ установил новое правило: в случае прекращения семейных отношений с собственником право пользования жилым помещением за бывшим членом семьи собственника не сохраняется¹². Исключение составляют бывшие члены семьи собственника приватизированного жилого помещения при условии, что в момент приватизации указанные лица имели равные права пользования этим помещением с лицом, его приватизировавшим, если иное не установлено законом или договором¹³.

ЖК РФ предусмотрел возможность временного смягчения положения бывшего члена семьи собственника: если у бывшего члена семьи отсутствуют основания приобретения или осуществления права пользования иным жилым помещением, а также если имущественное положение бывшего члена семьи и другие заслуживающие внимания обстоятельства не позволяют ему обеспечить себя иным жилым по-

¹⁰ Обзор судебной практики Верховного Суда РФ от 1 марта 2006 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 5.

¹¹ См., напр., Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Части первой (постатейный) / под ред. С.П. Гришаева, А.М. Эрделевского // СПС КонсультантПлюс.

¹² Иное может быть установлено соглашением между собственником и бывшим членом его семьи.

¹³ Статья 19 Федерального закона от 29 декабря 2004 г. № 189-ФЗ «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2005. № 1 (часть 1). Ст.15; Обзор судебной практики Верховного Суда РФ за I квартал 2008 г. // СПС КонсультантПлюс.

мещением, право пользования жилым помещением, принадлежащим собственнику, может быть сохранено за бывшим членом его семьи на определенный срок на основании решения суда (п. 4 ст. 31 ЖК РФ). Суд вправе обязать собственника жилого помещения обеспечить иным жилым помещением бывшего супруга и других членов его семьи, в пользу которых собственник исполняет алиментные обязательства, по их требованию. Обратим внимание на то, что это право, а не обязанность суда.

По истечении срока пользования жилым помещением, установленного решением суда, соответствующее право пользования жилым помещением бывшего члена семьи собственника прекращается, если иное не установлено соглашением между собственником и данным бывшим членом его семьи (п. 5 ст. 34 ЖК РФ).

Жилищный кодекс РФ специально выделяет категорию бывших членов семьи собственника жилого помещения, но само понятие «бывшие» не раскрывает. Можно ли, например, считать бывшим членом семьи ребенка в случае развода родителей? По этому поводу в ноябре 2005 г. Президиум Верховного Суда РФ разъяснил, что «если ребенок по соглашению родителей остается проживать с тем из родителей, у которого в собственности жилья не имеется, он является бывшим членом семьи собственника жилого помещения и подлежит выселению вместе с бывшим супругом на основании и в порядке, предусмотренном пунктом 4 статьи 31 ЖК РФ» (ответ на вопрос под номером 18)¹⁴.

Уполномоченный по правам ребенка в г. Москве охарактеризовал такое разъяснение как беспрецедентное с точки зрения нарушения прав детей, установленных Конституцией РФ, Конвенцией о правах ребенка и Семейным кодексом РФ¹⁵. Применение ст. 31 ЖК РФ привело к тому, что на практике по решению суда детей стали выселять. По данным Уполномоченного по правам ребенка в г. Москве, в столичных судах только за 2006 г. накопилось около 3 тыс. дел о выселении¹⁶.

На проблему выселения детей обратил внимание Д.А. Медведев, который, еще будучи Первым заместителем Председателя Правительства РФ, заявил, что «ребенок бывшим быть не может»¹⁷. Председатель комитета Государственной Думы по законодательству П. Крашенинников высказал упрек в адрес судов: «Оказалось, очень трудно убедить некоторых “особо одаренных” правоприменителей, что при вынесении подобных решений суд должен в равной степени руководствоваться нормами не только жилищного, но и гражданского, и семейного права... Алиментные обязательства бывшего супруга включают в себя и обеспечение ребенка жильем»¹⁸.

В ноябре 2007 г. Верховный Суд РФ пересмотрел свою позицию по вопросу о возможности признания детей бывшими членами семьи. Он признал утратившим силу приводимый ранее ответ на вопрос под номером 18, а также разъяснил: «...Права ребенка и обязанности его родителей сохраняются и после расторжения брака родителей ребенка. Исходя из этого лишение ребенка права пользования жилым помещением одного из родителей — собственника этого помещения может повлечь нарушение прав ребенка. Поэтому в силу установлений СК Российской Федерации об обязанностях родителей в отношении своих детей

¹⁴ Постановление Президиума Верховного Суда РФ от 23 ноября 2005 г. «Ответы на вопросы о практике применения судами Кодекса РФ об административных правонарушениях, жилищного и земельного законодательства, иных федеральных законов» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. № 3.

¹⁵ Доклад Уполномоченного по правам ребенка в г. Москве от 26 марта 2007 г. «О деятельности Уполномоченного по правам ребенка в городе Москве, о соблюдении и защите прав, свобод и законных интересов ребенка в 2006 году» // СПС КонсультантПлюс.

¹⁶ *Евгеньева М.* Дети улиц. Смогут ли депутаты защитить от выселения «бывших» сыновей и дочек? // Российская Газета. 2007. 31 мая.

¹⁷ Цит. по: *Невинная И.* Поправка Павла Крашенинникова // Российская газета. 2007. 3 авг.

¹⁸ Там же.

право пользования жилым помещением, находящимся в собственности одного из родителей, должно сохраняться за ребенком и после расторжения брака между его родителями»¹⁹. Как видим, спустя два года Верховный Суд РФ кардинально поменял свою позицию. Следует, однако, отметить, что действующее семейное законодательство не устанавливает обязанностей по обеспечению ребенка жильем (в рамках алиментного обязательства). При рассмотрении вопросов о выселении суды зачастую руководствуются не положениями, утвержденными Постановлением Президиума Верховного Суда РФ, а нормами ЖК РФ.

Для устранения возможности нарушения прав несовершеннолетних в 2007 г. П. Крашенинниковым был внесен в Государственную Думу и принят в первом чтении законопроект о внесении изменений в ч. 4 ст. 31 ЖК РФ. Суть изменений сводилась к невозможности признания несовершеннолетних бывшими членами семьи собственника и соответственно их выселения из жилых помещений²⁰. Однако этот законопроект до сих пор не принят.

В 2008 г. в Государственную Думу внесен законопроект о поправках в СК РФ в части защиты прав несовершеннолетних детей²¹. Проект предусматривает возможность возложения судом на родителей обязанности участвовать в дополнительных расходах по обеспечению детей благоустроенным жилищем площадью не ниже социальной нормы, в месте (населенном пункте) прежнего проживания детей. Обеспечение жилищем детей по выбору родителей (родителя) может быть осуществлено посредством покупки или аренды жилища. Однако в проекте имеется оговорка: суммы алиментов и дополнительных расходов на обеспечение детей жилищем для каждого из родителей не должны быть более половины общих доходов каждого из них. Учитывая уровень цен на жилье, возникают большие сомнения в действительности предлагаемых изменений.

Право членов семьи собственника жилого помещения на пользование этим помещением регламентируется не только Жилищным, но и Гражданским кодексом РФ. Речь идет о п. 2 ст. 292 ГК РФ, который устанавливает, что переход права собственности на жилой дом или квартиру к другому лицу является основанием для прекращения права пользования жилым помещением членами семьи прежнего собственника, если иное не установлено законом²².

Таким образом, в случае отчуждения квартиры (путем продажи, дарения) права членов семьи прежнего собственника на пользование жилым помещением прекращаются. Эта норма введена в действие 1 января 2005 г. Федеральным законом от 30 ноября 2004 г. № 213-ФЗ²³. Ранее действовавшая редакция п. 2 ст. 292 ГК РФ закрепляла прямо противоположное правило: право пользования за членами семьи прежнего собственника сохранялось при переходе права собственности к

¹⁹ Обзор судебной практики Верховного Суда РФ «Обзор законодательства и судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за третий квартал 2007 года», утв. Постановлением Президиума Верховного Суда РФ от 7 ноября 2007 г. // СПС КонсультантПлюс.

²⁰ Законопроект № 408494-4 «О внесении изменений в статью 31 Жилищного кодекса Российской Федерации и статью 19 Федерального закона «О введении в действие Жилищного кодекса Российской Федерации» // СПС Консультант Плюс.

²¹ Проект Федерального закона № 79776-5 «О внесении изменений в главы 11, 12 и 13 Семейного кодекса Российской Федерации».

²² Ограничения при отчуждении имущества предусмотрены, когда в жилом помещении проживают члены семьи собственника, находящиеся под опекой, попечительством либо несовершеннолетние члены семьи собственника, оставшиеся без родительского попечения. Если затрагиваются права или охраняемые законные интересы указанных лиц, то отчуждение жилого помещения допускается только с согласия органа опеки и попечительства (п. 4 ст. 292 ГК РФ).

²³ Федеральный закон от 30 декабря 2004 г. № 213-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» // Собрание законодательства РФ. 2005. № 1 (часть 1). Ст. 39.

другому лицу. Как отмечает В.А. Алексеев, вызывает сомнение правильность осуществленного законодателем поворота на сто восемьдесят градусов в решении данного вопроса. Теперь получается, что члены семьи собственника лишены возможности как-либо защитить свои жилищные права от действий собственника, если он принял решение об отчуждении объекта²⁴.

В настоящее время положение п. 2 ст. 292 ГК РФ позволяет недобросовестным участникам имущественного оборота обходить установления п. 4 ст. 31 ЖК РФ, предусматривающие гарантии сохранения права пользования жилым помещением на определенный срок. Такие лица теперь имеют возможность требовать от собственника обеспечения жилым помещением, если он несет алиментные обязательства в отношении бывших членов семьи. Практике известны случаи, когда отцы (мужья) дарят жилое помещение своим родителям. Затем уже бабушки или дедушки обращаются с иском о выселении к пользователям жилого помещения, в отношении которых у новых собственников нет алиментных обязательств²⁵.

Норма о прекращении права пользования жилым помещением у бывших членов семьи прежнего собственника не согласуется с вещной природой этого права. Для вещных прав характерно право следования (право следует за вещь и не зависит от воли собственника). Как указано в п. 3 ст. 216 ГК РФ, переход права собственности на имущество к другому лицу не является основанием для прекращения иных вещных прав на это имущество.

Конституционность п. 2 ст. 292 ГК РФ в прежней редакции была подкреплена правовой позицией Конституционного Суда РФ, который в Определении № 274-О от 21 декабря 2000 г. указал: «...Статьей 292 ГК Российской Федерации предусмотрено, что члены семьи собственника, проживающие в принадлежащем ему жилом помещении, имеют право пользования этим помещением на условиях, предусмотренных жилищным законодательством, и могут требовать устранения нарушений их прав на жилое помещение от любых лиц, включая собственника помещения. Тем самым гражданское законодательство наряду с правами собственника жилого помещения признает и защищает права владельцев и пользователей такого помещения, что соответствует общему конституционному принципу недопустимости нарушения прав и свобод одних лиц осуществлением прав и свобод других (статья 17 Конституции Российской Федерации)»²⁶.

Возникает вопрос: соответствуют ли законодательные изменения, ухудшающие положение пользователей жилых помещений по сравнению с прежним законодательством, ч. 2 ст. 55 Конституции, устанавливающей, что «в Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина»? Судья Конституционного Суда РФ Г.А. Гаджиев отмечает: «Решая проблемы, связанные с развитием ипотечного кредитования, законодатель путем принятия Федерального закона от 30 декабря 2004 г. № 213-ФЗ «О внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации» существенно изменил характер собственности. Путем усиления права собственности собственника квартиры практически были упразднены права пользования членов семьи прежнего собственника. Таким образом, члены семьи прежнего собственника жилого помещения были законодателем лишены гарантируемого

²⁴ Алексеев В.А. Недвижимое имущество: государственная регистрация и проблемы правового регулирования // Система Гарант Платформа F1 Эксперт.

²⁵ Доклад Уполномоченного по правам ребенка в городе Москве от 26 марта 2007 г. «О деятельности Уполномоченного по правам ребенка в городе Москве, о соблюдении и защите прав, свобод и законных интересов ребенка в 2006 году» // СПС КонсультантПлюс.

²⁶ Определение Конституционного Суда РФ № 274-О от 21 декабря 2000 г. «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Ореховой Натальи Петровны на нарушение ее конституционных прав положениями статей 135 и 136 Жилищного кодекса РСФСР» // СПС КонсультантПлюс.

Конституцией РФ права на жилище. Усилив “эгоизм”, присущий праву собственности, законодатель нарушил хрупкий баланс между правом собственности и правом пользования»²⁷.

Следует отметить отдельные попытки оспорить в Конституционном Суде РФ конституционность положений п. 2 ст. 292 ГК РФ (в редакции Федерального закона от 30 декабря 2004 г. № 213-ФЗ) и ч. 4 ст. 31 ЖК РФ.

Рассмотрев запрос Слободского районного суда Кировской области и жалобу граждан В.А. Вахрамеевой и Е.В. Кожанова, Конституционный Суд РФ в Определении от 3 ноября 2006 г. № 455-О указал, что решение вопроса о конституционности указанных законоположений связано с оценкой всего комплекса фактических обстоятельств дела, а это «не входит в компетенцию Конституционного Суда Российской Федерации, как она определена в статье 125 Конституции Российской Федерации и статье 3 Федерального конституционного закона “О Конституционном Суде Российской Федерации»»²⁸. Такие же уклончивые формулировки содержались в Определении Конституционного Суда РФ от 15 ноября 2007 г. № 815-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Митрофановой Натальи Анатольевны на нарушение ее конституционных прав пунктом 2 статьи 292 Гражданского кодекса Российской Федерации, частью 1 статьи 7 и частью 4 статьи 31 Жилищного кодекса Российской Федерации»: «...Разрешение же вопроса о том, подлежали ли вообще применению в конкретном деле заявительницы оспариваемые ею законоположения, требует уяснения правовой связи между спорящими сторонами, оценки всего комплекса фактических обстоятельств дела и не относится к полномочиям Конституционного Суда Российской Федерации, как они определены в статье 125 Конституции Российской Федерации и статье 3 Федерального конституционного закона “О Конституционном Суде Российской Федерации»»²⁹.

Таким образом, Конституционный Суд РФ, признав в 2000 г. положение п. 2 ст. 292 Гражданского кодекса (в прежней редакции) соответствующим Конституции РФ, почему-то не посчитал возможным признать неконституционным п. 2 ст. 292 Гражданского кодекса РФ в действующей редакции.

Тенденция усиления защиты прав собственника путем лишения значительной части граждан (бывших членов его семьи) прав на жилое помещение не согласуется с закрепленным Конституцией РФ правом каждого на жилище и невозможностью произвольного лишения этого права (ст. 40). Подобное положение вещей противоречит характеристике России как социального государства, в котором обеспечивается государственная поддержка семьи, материнства, отцовства и детства, инвалидов и пожилых граждан и устанавливаются гарантии социальной защиты.

Изменения жилищного и гражданского законодательства направлены на устранение ограничений права собственности, расширение свободы распоряжения своим имуществом, на облегчение имущественного оборота жилья. Анализ указанных изменений свидетельствует о расширении прав собственника, о воплощении в полной мере такого принципа гражданского законодательства, как принцип беспрепятственного осуществления гражданских прав. Вместе с тем ГК РФ установ-

²⁷ Гаджиев Г.А. Конституционные основы современного права собственности // Журнал российского права. 2006. № 12. С.30.

²⁸ Определение Конституционного Суда РФ от 3 ноября 2006 г. № 455-О «Об отказе в принятии к рассмотрению запроса Слободского районного суда Кировской области о проверке конституционности пункта 2 статьи 292 Гражданского кодекса Российской Федерации и части 4 статьи 31 Жилищного кодекса Российской Федерации, а также жалоб граждан В.А. Вахрамеевой и Е.В. Кожанова на нарушение их конституционных прав этими нормами» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2007. № 2.

²⁹ Определение Конституционного Суда РФ от 15 ноября 2007 г. № 815-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Митрофановой Натальи Анатольевны на нарушение ее конституционных прав пунктом 2 статьи 292 Гражданского кодекса Российской Федерации, частью 1 статьи 7 и частью 4 статьи 31 Жилищного кодекса Российской Федерации» // СПС КонсультантПлюс.

лишает и ограничение прав собственника: действия собственника не должны нарушать права и охраняемые законом интересы других лиц (п. 2 ст. 209 ГК РФ).

Представляется, что должен быть обеспечен баланс интересов как собственников, так и пользователей жилых помещений. Пока такого баланса нет — положение членов семьи (бывших членов семьи) собственника напрямую зависит от его усмотрения.

Многие проблемные вопросы защиты прав членов семьи (бывших членов семьи) собственника жилого помещения (в первую очередь, несовершеннолетних детей) нашли бы свое разрешение, если бы в действующем законодательстве было единое понимание члена семьи, установленное нормами семейного права. Тогда бы потерял актуальность вопрос, может ли быть «бывшим» ребенок, поскольку с позиции семейного права ребенок «бывшим» быть не может. Связь родителей с детьми определяется кровным родством, а не содержанием взаимоотношений между супругами — родителями ребенка.

Д.В. Черняева

*Старший
преподаватель
кафедры трудового
права факультета
права
Государственного
университета —
Высшей школы
экономики, кандидат
юридических наук*

Теоретические проблемы правового регулирувания забастовок и локаутов в Российской Федерации

Трудовой кодекс Российской Федерации сравнительно немногословен в вопросах регулирования протестных акций работников. В Кодексе отражена лишь основная форма подобных акций — традиционная забастовка, причем в одной из самых узких ее трактовок. Согласно ч. 4 ст. 398 Кодекса забастовкой признается исключительно временный добровольный отказ работников от исполнения трудовых обязанностей (полностью или частично) в целях разрешения коллективного трудового спора. Для того чтобы действия работников были признаны забастовкой в соответствии с Трудовым кодексом РФ, необходимо наличие следующих условий:

- факт отказа работников от исполнения трудовых обязанностей;
- временный и добровольный характер такого отказа;
- целевой характер такого отказа, ориентированный на разрешение коллективного трудового спора.

Первый вывод, который можно сделать исходя из этого определения, — любые действия работников не будут считаться забастовкой, если целью данных действий не является разрешение коллективного трудового спора. На первый взгляд, из российской трактовки понятия «забастовка» автоматически исключаются такие протестные действия, как политические забастовки и забастовки, проводимые в поддержку требований работников, по той или иной причине не оформившихся в коллективный трудовой спор.

Однако необходимо более детально проанализировать, какие виды протестных действий работников можно отнести к действиям, связанным с коллективными трудовыми спорами в соответствии с российским законодательством. Определение таких споров закреплено в ч. 1 ст. 398 Трудового кодекса РФ, согласно которой коллективный трудовой спор — это «неурегулированные разногласия между работниками (их представителями) и работодателями (их представителями) по поводу установления и изменения условий труда (включая заработную плату), заключения, изменения и выполнения коллективных договоров, соглашений, а также в связи с отказом работодателя учесть мнение выборного представительного органа работников при принятии локальных нормативных актов». Соответственно временный добровольный отказ работников от полного или частичного исполнения трудовых обязанностей может быть признан забастовкой только в том случае, если его целью является разрешение разногласий между сторонами трудовых отношений, которые:

- не урегулированы на момент отказа работников от исполнения своих трудовых обязанностей;
- их стороны — это работники (их представители) и работодатели (их представители);

- их предмет — (а) установление и изменение условий труда (включая заработную плату), (б) заключение, изменение и выполнение коллективных договоров, соглашений или (в) отказ работодателя учесть мнение выборного представительного органа работников при принятии локальных нормативных актов.

Таким образом, протестные действия работников не будут считаться забастовкой даже в том случае, когда они представляют собой временный добровольный отказ от полного или частичного исполнения трудовых обязанностей, если при этом перечисленные разногласия урегулированы лишь частично (ввиду чего их нельзя признать «неурегулированными»). Аналогичная ситуация возникает, и если предметом подобных разногласий окажутся вопросы, не упомянутые в ч. 1 ст. 398 Трудового кодекса РФ. Это возможно, например, в ситуации, когда работники решат путем отказа от выполнения трудовых обязанностей заставить работодателя расторгнуть менее выгодный для себя коллективно-договорный акт, рассчитывая впоследствии заключить новый на более привлекательных условиях. Вполне реальной представляется и ситуация, в которой протестные действия работников не будут признаны забастовкой, поскольку объектом протеста является установление и изменение таких параметров трудовых отношений, которые, согласно положениям Трудового кодекса РФ, нельзя отнести к категории «условий труда». Поскольку разногласия по подобным параметрам не могут считаться коллективным трудовым спором (см. ч. 1 ст. 398 Кодекса), то и отказ работников от исполнения трудовых обязанностей в целях разрешения данных разногласий не будет считаться забастовкой.

Но как определить, какие параметры трудовых отношений являются «условиями труда», а какие — нет? На первый взгляд, определение этого понятия в Трудовом кодексе РФ дается даже дважды:

- в ч. 1 ст. 74 — применительно к «организационным или технологическим условиям труда», где такие условия определены как изменения в технике и технологии производства, в структурной реорганизации производства;

- в ч. 2 ст. 209 — применительно к вопросам охраны труда, где условия труда определены как «совокупность факторов производственной среды и трудового процесса, оказывающих влияние на работоспособность и здоровье работника».

Однако совершенно непонятно, в какой степени эти определения являются едиными для всех остальных норм Трудового кодекса РФ (использующего термин «условия труда» непосредственно в ст. 1), и в какой степени их вообще можно считать определениями понятия «условия труда». Точно так же непонятно, можно ли использовать какое-либо из данных определений для толкования понятия «коллективные трудовые споры» в рамках конструкции, закрепленной в ч. 1 ст. 398 Кодекса.

Прежде всего, не ясно, как соотносятся понятия ««организационные или технологические условия труда», определенные в ч. 1 ст. 74 Трудового кодекса РФ, и «условия труда», определенные применительно к сфере охраны труда (см. ч. 2 ст. 209 Кодекса). Что это — часть и целое, принципиально разные явления, различные аспекты одного и того же понятия? Увы, из текста Трудового кодекса РФ вывести какие-либо заключения на этот счет не представляется возможным. Соответственно использовать эти определения для толкования понятия «коллективный трудовой спор» также невозможно. В связи с этим нельзя и решить проблему — являются ли указанные действия работников забастовкой, и могут ли их участники рассчитывать на получение соответствующих трудо-правовых гарантий.

Применительно к трактовке условий труда по ч. 2 ст. 209 Трудового кодекса РФ нерешенным остается вопрос — каким образом следует определять влияние того или иного аспекта трудовых отношений работника на его работоспособность и здоровье. Точно так же непонятно, можно ли считать забастовкой временный добровольный отказ работников от исполнения трудовой функции, который направлен на разрешение разногласий между работниками и работодателем, связанных с установлением или изменением таких аспектов трудовых отношений, которые, на первый взгляд, не влияют на работоспособность и здоровье работника.

Более того, в Трудовом кодексе РФ отсутствует определение «трудовые обязанности», от исполнения которых работники отказываются в ситуации забастовки. В ч. 2 ст. 21 Кодекса установлено, что существуют некие трудовые обязанности, возложенные на работника трудовым договором, а в ч. 1 ст. 192 Кодекса — что существуют некие трудовые обязанности, возложенные на работника. Из подобных положений невозможно уяснить, что именно следует включать в понятие «трудовые обязанности». Что представляют собой данные оговорки — исчерпывающие характеристики трудовых обязанностей и их единственно возможным вид? Или законодатель таким образом указывает, что существуют как трудовые обязанности, возложенные на работника (в том числе трудовым договором), так и трудовые обязанности, существующие помимо трудового договора (в соответствии с локальными нормативными актами, конкретными коллективными договорами, возникшие у работника в силу иных причин)? Так или иначе, абсолютно непонятно, от каких именно обязанностей должны временно и добровольно отказаться работники, чтобы их действия могли рассматриваться как забастовка.

Серьезные проблемы вызывает термин «работодатели», использованный законодателем при определении коллективного трудового спора. Формулировка нормы ч. 1 ст. 398 Трудового кодекса РФ не оставляет сомнений, что это определение описывает признаки отдельного коллективного трудового спора. Однако в качестве одной из сторон упоминаются только «множественные» работодатели (их представители). Таким образом, неизбежно напрашивается логичный вывод — отдельным коллективным трудовым спором в соответствии с Трудовым кодексом РФ считаются только неурегулированные разногласия, одной из сторон которых являются императивно несколько работодателей (их представители), но никак не отдельный работодатель.

Подобный вывод неизбежно порождает далеко идущие последствия. Во-первых, получается, что разногласия работников с отдельным работодателем вообще не могут считаться коллективным трудовым спором. Во-вторых, такие разногласия — просто-напросто «явление загадочной правовой природы». Они не отражены в российском законодательстве, поскольку не подходят ни под определение коллективного, ни под определение индивидуального трудового спора (см. ст. 381 Кодекса), а никаких иных вариантов трудовых споров Трудовой кодекс РФ не предусматривает. В данном случае мы наблюдаем еще один пример, каким образом протестные действия работников, имеющие все признаки забастовки, не могут быть признаны забастовкой по нормам Трудового кодекса РФ. Отказ работников от исполнения трудовых обязанностей в целях разрешения разногласий с отдельным работодателем не будет признан забастовкой, и работники фактически лишены правовой защиты от недружественных действий работодателя.

Еще один вариант неблагоприятного развития событий — осуществление работниками протестных действий, не признаваемых забастовкой по российскому трудовому законодательству, может привести к тому, что работодатель расценит такие действия как неоднократное неисполнение работником трудовых обязанностей без уважительных причин. Соответственно работодатель может получить возможность правомерно уволить работника по основанию, предусмотренному п. 5 ч. 1 ст. 81 Трудового кодекса РФ — за «неоднократное неисполнение работником без уважительных причин трудовых обязанностей, если он имеет дисциплинарное взыскание». Возможно, что работники осуществляют такие протестные действия с оставлением своих рабочих мест и в форме, не защищенной ч. 8 ст. 401 Кодекса (например, проведение голодовки или оккупации предприятия охватывает помещения его отдельных подразделений). В такой ситуации работодатель получает возможность правомерно уволить работников за прогул, т.е. за «отсутствие на рабочем месте без уважительных причин в течение всего рабочего дня (смены), независимо от его (ее) продолжительности» либо «отсутствие на рабочем месте без уважительных причин более четырех часов подряд в течение рабочего дня (смены)» (см. подп. «а» п. 6

ст. 8 Кодекса). Для использования этой конструкции дополнительно требуется только, чтобы в трудовых договорах в качестве места работы было указано некое конкретное подразделение либо конкретное место на территории предприятия.

Не менее острой для российского трудового законодательства является проблема отсутствия четких указаний о допустимости различных конкретных форм протестных действий работников. Нельзя сказать, что Трудовой кодекс РФ совершенно игнорирует существование иных видов подобных действий. В ч. 8 ст. 401 Кодекса упоминается о праве «в установленном федеральным законом порядке проводить собрания, митинги, демонстрации, пикетирование в поддержку своих требований в период рассмотрения и разрешения коллективного трудового спора, включая период организации и проведения забастовки». Однако это положение можно трактовать прямо противоположным образом: Кодекс исключает эти действия из понятия забастовки и рассматривает их лишь как осуществляемые в поддержку требований работников в рамках коллективного трудового спора (включая забастовочные требования).

Эта оговорка дополнительно уполномочивает забастовщиков на данные виды действий, которые рассматриваются как возможные элементы забастовки.

Используя определение забастовки, приведенное в ч. 2 ст. 398 Трудового кодекса РФ, невозможно добиться однозначного толкования нормы ч. 8 ст. 401 Кодекса. Российское определение забастовки само по себе содержит множество противоречивых элементов и может предполагать различные трактовки в зависимости от оценки правового и смыслового содержания использованных понятий. По существу, законодательно не определена правовая природа собраний, митингов, демонстраций и пикетирования в поддержку требований работников в период рассмотрения и разрешения коллективного трудового спора. В связи с этим не ясно, пользуются ли участники этих акций гарантиями, которые предусмотрены для забастовщиков в ст. 414 Кодекса. Остается открытым и вопрос, пользуются ли подобной защитой работники, участвующие в забастовках солидарности, политических забастовках, голодовках протеста и прочих протестных действиях.

Законодательные пороки определения понятия забастовки в Трудовом кодексе РФ — не единственная проблема правового регулирования протестных действий работников. В данном вопросе присутствует множество иных проблемных аспектов — например, серьезные сложности заложены в нормах о признании законными протестных действий работников даже в том случае, когда они вполне оправданно и однозначно могут быть отнесены к категории забастовок. Обратившись к положениям ч. 2 ст. 409 Кодекса, перечисляющим случаи, в которых забастовка признается законной, можно убедиться, что не будут считаться правомерными и законными забастовками следующие действия работников (перечень открытый):

- забастовка, объявленная в поддержку требований работников зарубежного подразделения той же корпорации, которые в соответствии с требованиями законодательства соответствующей страны не могут или не обязаны использовать примирительные процедуры для разрешения коллективного трудового спора с данным работодателем;

- забастовка, объявленная в связи с тем, что работодатель лишь частично исполняет соглашение, достигнутое в ходе разрешения трудового спора, либо решение трудового арбитража;

- забастовка, объявленная в связи с тем, что работодатель (его представители) или представители работодателей затягивают проведение примирительных процедур, формально не уклоняясь от них.

Работники, участвующие в подобных забастовках, не только не получают гарантий, предусмотренных для участников забастовки в ст. 414 Трудового кодекса РФ, но и могут быть лишены права продолжать ее, если забастовка официально будет объявлена незаконной в порядке, предусмотренном ч. 1, 4 ст. 413 Кодекса.

Одновременно определение забастовки порождает пробелы, связанные с косвенным расширением прав работников. Например, Трудовой кодекс РФ не указывает, какой именно коллективный трудовой спор должен быть целью забастовочных действий, т.е. предмет забастовки в ст. 398 Кодекса не конкретизирован ни по месту, ни по времени. Более того, в определенной степени он не конкретизирован даже по кругу лиц, поскольку не установлено никаких ограничений на участие в забастовке работников, не являющихся стороной коллективного трудового спора, на разрешение которого она направлена. Это позволяет сделать вывод, что забастовками в Российской Федерации признаются не только первичные, но и вторичные забастовки, так как в нормативных актах не сказано, что правомерная забастовка не может быть направлена на разрешение коллективного трудового спора на другом предприятии, в другой отрасли или даже в другой стране. В Трудовом кодексе РФ не конкретизирована и форма забастовочных действий, а также отсутствует перечень лиц и фактов, против которых они должны быть направлены.

Положения Трудового кодекса РФ косвенным образом допускают проведение политических забастовок и забастовок смешанного характера, запрещенных во многих зарубежных странах. Формально такие действия вполне могут соответствовать определению забастовки, приведенному в ч. 4 ст. 398 Кодекса, поскольку их целью нетрудно провозгласить разрешение коллективного трудового спора, в том числе путем оказания давления на руководство государства. В этом случае отличие от традиционной забастовки заключается только в том, на кого эта забастовка призвана оказать воздействие. При этом необходимо иметь в виду — в определении забастовки по ч. 4 ст. 398 Кодекса ничего не сказано о том, что объектом забастовки должен быть конкретный работодатель, а не политика государства, региональных властей или какого-либо учреждения, не являющихся стороной данного спора.

Обобщая сказанное, хочется отметить — несмотря на то что Трудовой кодекс РФ косвенно допускает различные виды протестных действий работников, конкретные параметры таких действий не определены. Это порождает серьезные проблемы при толковании законодательства. Вопрос о том, следует ли считать забастовкой те или иные протестные действия и имеют ли работники право на гарантии, предусмотренные для бастующих, в ряде случаев может оказаться неразрешимым без дополнительных разъяснений законодателя. Представляется, что в отличие от законодателя стран англосаксонской правовой системы, предоставляющей простор судебному толкованию и полагающейся на судебный прецедент, российский законодатель не вправе допускать подобную неоднозначность, восполнить которую достаточно сложно, а порой и практически невозможно. В настоящее время необходимо использовать все доступные средства для совершенствования российского законодательства в данной области.

Серьезную помощь в определении и толковании понятия забастовки могут оказать международно-правовые нормы. Российская Федерация ратифицировала принятые в рамках Международной организации труда конвенции «О свободе объединений и защите права объединяться в профсоюзы» № 87 и «О применении принципов права на объединение в профсоюзы и на ведение коллективных переговоров» № 98. В этих документах, по мнению МОТ, закреплено право работников на широкий спектр протестных действий. Международная организация труда выпустила и два аналитических документа — «Свобода объединения и коллективные переговоры, общий обзор»¹ (1994 г.) и «Свобода объединения. Дайджест решений и принципов Комитета по свободе объединения Административного совета Между-

¹ Freedom of association and collective bargaining. General Survey. Report III. Part 4b. Geneva, 2006. Публикация размещена на сайте Международного учебного центра МОТ: http://training.ilo.org/ils/cd_foa/English/principles/Freedom_bargaining/Frameset.htm.

народной организации труда»² (1996 г.), в которых изложила собственное понимание права на забастовку — это право, являющееся неотъемлемым следствием права на объединение, закрепленное в указанных конвенциях.

Аналитические документы очерчивают допустимые основания и цели забастовочных действий, указывают необходимость широкой трактовки права на забастовку, включая забастовки, вызванные экономическими или социальными проблемами. За пределами данной трактовки остаются лишь политические забастовки. Однако Комитет экспертов МОТ полагает, что в период проведения коллективных переговоров не следует запрещать и забастовки, направленные против экономической и социальной политики государства, даже если такая политика затрагивает положения коллективно-договорных актов. В обоих документах подчеркивается право профсоюзов с помощью забастовки выражать протест против экономической и социальной политики государства. Одновременно Комитет считает допустимым запрет «юридических забастовок», проводимых в рамках юридического трудового спора.

В Дайджесте Комитет подчеркивает, что запрет забастовок солидарности может привести к ущемлению прав работников. Работникам должно быть обеспечено право на проведение подобных акций при условии, что исходная забастовка, послужившая причиной для забастовки солидарности, является законной. Комитет рекомендует государствам ограничивать нетрадиционные забастовки (замедление работы, сидячую забастовку) лишь в том случае, если они утрачивают мирный характер. Впрочем, в полном соответствии с традициями формулировки международных норм условия признания забастовочных действий «имеющими мирный характер» не раскрываются.

Вопрос о допустимости в нашей стране тех или иных форм протеста работников должен решаться с учетом целого ряда теоретических и практических нюансов. В частности, должны быть приняты во внимание особенности формулировки положений Трудового кодекса РФ о забастовках. Кроме того, разрешение этого вопроса во многом зависит от того, примет ли Россия трактовку права на забастовку, предложенную Международной организацией труда, либо более детально проработает собственное толкование этого права в контексте международно-правовых норм. К сожалению, официальной позиции по этому вопросу в настоящий момент в российском трудовом праве не сформулировано.

Для оптимизации понятийного аппарата, используемого в российском правовом регулировании протестных акций работников, представляется корректным обратиться к исследованию конструкций, закрепленных в законодательстве других стран. Зарубежная теория и практика правового регулирования права на забастовку, как правило, связывает ее с коллективным отказом работников от выполнения работы по трудовому договору. Такой отказ используется для принуждения работодателя к определенным действиям или решениям в рамках коллективного трудового спора или иных подобных противоречий. В отдельных странах допускаются индивидуальные забастовки, но в целом, обобщая положения зарубежного законодательства, можно выделить параметры, наличие которых позволяет расценивать коллективные действия работников как забастовку:

- это согласованные действия работников;
- следствием таких действий является изменение привычного хода выполнения трудовой функции по инициативе самих работников.

Иногда в законодательстве содержится указание на причины (предпосылки, основания) забастовки, согласно которым она считается следствием коллективного или индивидуального трудового спора³. Иногда сама забастовка именуется спором⁴.

² Freedom of Association. Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO. Geneva, 2006. Публикация размещена на сайте Международного учебного центра МОТ в Турине: http://training.ilo.org/ils/cd_foa/English/principles/Digest/Frameset.htm.

³ Art. 212 (o) of the Labour Code, en. by the Presidential Decree №. 442, 1974 (Филиппины).

⁴ Par. 655.502 of the Code of Federal Regulations (США).

Достаточно часто зарубежный законодатель указывает цель таких действий, в ряде случаев определяя ее весьма конкретно (перечень открытый):

- «принуждение своего работодателя согласиться на [какие-то] условия трудовых отношений, или содействие другим работникам в принуждении их работодателя принять [какие-то] условия трудовых отношений»⁵ (в число объектов воздействия бастующих могут включаться «организации работодателей»⁶ или «объединения или федерации работодателей»⁷); среди целей упоминаются «...принуждение... работодателя принять или не принять условия [трудовых отношений] или условия, влияющие на трудовые отношения»⁸, «достижение уступки со стороны работодателя... в отношении правомерных требований в сфере труда»⁹;

- «ограничение выработки»¹⁰, «ограничение выработки и услуг»¹¹, «ограничение выработки и эффективного предоставления услуг»¹²;

- «удовлетворение жалобы или разрешения спора в отношении какого-либо объекта взаимного интереса работника и работодателя»¹³, «разрешение трудового спора»¹⁴.

Во многих странах забастовка не имеет сколько-нибудь четкого или вообще какого-либо законодательного определения (Австрия, Бельгия, Германия, Голландия, Люксембург, Норвегия, Финляндия, Франция). Это понятие определяется в прецедентном праве или в коллективно-договорных актах. В ряде таких стран забастовка, наряду с локаутом, включена в общее понятие «промышленное действие» (Дания, Исландия, Швеция) или, наряду с другими формами протестных действий работников, объединена в понятие «коллективное действие» (Греция) и определена лишь в этом качестве.

В данном контексте уместно упомянуть и о многообразии форм протестных действий работников, сформированных мировой практикой забастовочного движения и закрепленных в законодательстве многих стран:

- политические забастовки, основанные на требованиях, имеющих сугубо политический характер, — формально запрещены в большинстве государств, за исключением Дании, Ирландии, Италии и Финляндии;

- акции солидарности, проводимые в поддержку других работников или трудящихся в их протестных действиях, признаются допустимыми при наличии определенных условий (правомерность основных протестных действий). Такие действия запрещены в Великобритании, Латвии, Люксембурге, Нидерландах; ограничены в Германии и Италии; в Испании их допустимость устанавливается компетентными органами отдельно в каждом конкретном случае;

- пикетирование, проводимое в устной форме, обычно признается допустимым в большинстве стран, где оно прямо упомянуто в законодательстве, за исключени-

⁵ Art. 1 of the Labour Relations Act, CCSM, 1987. С. 10 (Канада, законодательство провинции Манитоба); art. 2 (k.1) of the Trade Union Act, RSNS, 1989. С. 475 (Канада, законодательство провинции Новая Шотландия).

⁶ Art. 1 of the Labour Relations Code, RSA, 2000. С. L-1 (Канада, законодательство провинции Альберта).

⁷ Art. 2 (2) of the Collective Dispute Resolution Act, 1993 (Эстония).

⁸ Sec. 8 of the Industrial Relations Act, №. 19, 1990 (Ирландия).

⁹ Art. 2 (2) of the Collective Dispute Resolution Act, 1993 (Эстония).

¹⁰ Art. 3 of the Canada Labour Code, RS, 1985. С. L-2 (Канада, федеральное законодательство); art. 1 of the Labour Relations Act, SO, 1995. С. 1, Sch. A (Канада, законодательство провинции Онтарио); art. 1 of the Industrial Relations Act, 1973, RSNB, с. I-4 (Канада, законодательство провинции Нью-Брансуик); art. 2 of the Labour Relations Act, 1990, RSNL. С. L-1 (Канада, законодательство провинции Ньюфаундленд и Лабрадор).

¹¹ Art. 1 of the Labour Relations Code, RSBC, 1996. С. 244 (Канада, законодательство провинции Британская Колумбия); art. 7 (11) of the Labour Act, RSPEI, 1988. С. L-1 (Канада, законодательство провинции Остров Принца Эдуарда).

¹² Art. 2 (k.1) of the Trade Union Act, RSS, 1978. С. T-17 (Канада, законодательство провинции Саскачеван).

¹³ Art. 213 of the Labour Relations Act №. 66 of 1995 (ЮАР).

¹⁴ *Warnek W.* Strike rules in the EU27 and beyond: a comparative overview. Brussels, 2007. P. 32.

ем Франции;

- пикетирование, проводимое в форме физического воздействия (преграждение пути на предприятие, физическое противодействие попыткам других работников осуществлять трудовые функции), в большинстве стран запрещено;

- бойкот, осуществляемый в отношении продукции или услуг определенного работодателя, разрешен в Дании, Нидерландах, Норвегии, Португалии и Швеции;

- блокада предприятия или рабочих мест разрешена в Дании, Финляндии, Норвегии и Швеции;

- замедление работы считается допустимой формой протестных действий работников в Великобритании, Германии, Греции, Ирландии, Люксембурге, Мальте, Нидерландах, Норвегии, Португалии, Швеции, Финляндии; запрещено в Бельгии, Дании и Франции;

- работа по правилам, устанавливающим скрупулезное следование всем требованиям законодательства и локальных нормативных актов, отказ от учета нештатных ситуаций и оперативных требований работодателя, допускается в Великобритании, Венгрии, Германии, Греции, Ирландии, Испании, Кипре, Люксембурге, Мальте, Нидерландах, Финляндии и Швеции; считается незаконной в Дании, Норвегии и Франции;

- предупредительная забастовка, осуществляемая в форме краткосрочного прекращения работы, считается допустимой в Болгарии, Венгрии, Германии, Кипре, Литве, Польше, Румынии и Эстонии, однако везде при этом ограничивается по времени; в Великобритании и Ирландии допускается при соблюдении определенных условий;

- международные вторичные протестные действия работников (забастовка международной солидарности), считается правомерной формой протеста в Бельгии, Ирландии, Италии, Люксембурге, Норвегии и Швеции, при определенных условиях — в Греции; в большинстве остальных государств правомерность данного вида протестных действий напрямую зависит от правомерности основного действия, в поддержку которого проводится акция международной солидарности¹⁵.

Предложенный анализ показывает, что слепое заимствование определения понятия забастовки у зарубежного законодателя для России не только нецелесообразно, но и вряд ли возможно. Зарубежный работодатель, описывая определяющие черты забастовочных действий, во многом ориентируется на историко-правовые особенности протестных акций работников, характерных для данного конкретного государства. В ряде стран законодатель вообще делегирует полномочия по определению данного понятия судебным органам или же непосредственно сторонам коллективных трудовых отношений. Зарубежная практика не предлагает ни исчерпывающего определения понятия забастовки, ни сколько-нибудь унифицированного подхода к трактовке состава условий, необходимых и достаточных для признания действий работника забастовкой и для установления ее правомерности.

Однако вместе с тем очевидно, что в вопросе правового регулирования забастовок российскому законодателю вообще трудно что-либо позаимствовать даже у самого себя. В царской России это явление и опосредующая его правовая регламентация существенно отличались от современных реалий, а в советский период этот институт и вовсе оказался погребен под гнетом политико-идеологических конструкций. Тем не менее исследование различных правовых моделей с позиций историко-правового анализа и в рамках синхронной компаративистики позволяет сформировать комплексное представление о ключевых аспектах данного явления, выделить те параметры, которые целесообразно было бы отразить и развить в современном российском законодательстве.

Переходя к анализу теоретических проблем правового регулирования локаутов, следует отметить, что этот аспект действующего российского законодательства

¹⁵ *Warnek W. Op. cit.*

чрезвычайно далек от мировой практики регламентации подобных действий работников. Российское трудовое законодательство определяет локауты исключительно как увольнение работников по инициативе работодателя в связи с их участием в коллективном трудовом споре или в забастовке (ст. 415). Любые иные действия работодателя, приводящие к массовому высвобождению работников, в соответствии с российским законодательством локаутами не являются. Например, не считаются локаутами следующие действия работодателя (перечень открытый):

- приостановление по инициативе работодателя трудовых отношений со всеми или частью работников предприятия без расторжения соответствующих трудовых договоров и без оплаты времени простоя;
- увольнение по инициативе работодателя всех или части работников предприятия, обусловленное стремлением работодателя предотвратить возможное начало коллективного трудового спора или забастовки;
- увольнение по инициативе работодателя всех или части работников предприятия за их участие в таких спорах с данным работодателем, которые по тем или иным причинам не могут быть отнесены к категории коллективных трудовых споров;
- увольнение по инициативе работодателя всех или части работников предприятия в связи с их участием в протестных действиях, которые не могут быть признаны забастовками в соответствии с российским законодательством;
- увольнение по инициативе работодателя всех или части работников предприятия по иным основаниям, не связанным с их участием в каких-либо спорах или протестных действиях.

Отсутствие законодательной характеристики подобных действий закономерно предполагает отсутствие специальных правовых норм, обеспечивающих работникам действенную защиту от злоупотреблений работодателя. Формально российский запрет локаутов защищает работников только от одного (и далеко не самого распространенного) их вида.

Впрочем, следует отметить, что в ходе таких действий работодатель, безусловно, обязан соблюдать порядок увольнения, предусмотренный Трудовым кодексом РФ, в том числе и по вопросу о его основаниях. Правомерные основания прекращения трудового договора по инициативе работодателя предусмотрены в ст. 81 Кодекса. Особая последовательность действий работодателя в случае угрозы массовых увольнений регулируется ч. 5 ст. 74 Кодекса. Однако эти защитные меры практически не способны помочь в условиях, когда отсутствует детальная правовая характеристика действий работодателя, которые в мировой теории и практике традиционно описываются термином «локаут». Кроме того, даже такие действия, которые признаются локаутом согласно ст. 415 Кодекса, запрещены лишь «в процессе урегулирования коллективного трудового спора, включая проведение забастовки».

Как показал анализ понятия забастовки, в российское законодательство страдает неоднозначностью при определении коллективного трудового спора. Недостаточно проработанные понятия коллективного трудового спора и забастовки порождают проблемы трактовки локаута, определение которого в Трудовом кодексе фактически базируется на этих двух понятиях. В результате возникает проблема квалификации тех или иных действий работодателя как локаута.

Приведенное определение локаута устанавливает, что локауты, объявляемые работодателем вне *процесса* урегулирования коллективного трудового спора (включая проведение забастовки), никоим образом не запрещены. Вполне законным будет считаться локаут, объявленный работодателем в период, когда коллективный трудовой спор существует, однако процесс его урегулирования либо еще не начат, либо временно приостановлен, либо уже окончен. В подобных случаях работники не защищены от увольнения и не пользуются никакими специальными гарантиями, а работодатель не несет ответственности за совершение таких действий.

В экономически благоприятной ситуации работодатели обычно не склонны исполь-

зовать локауты как меру воздействия на работников или способ решения финансовых либо организационных проблем. На сегодняшний день незапрещенные формы локаута в повседневной жизни российских предприятий встречаются сравнительно редко. Как ни странно, работодатели чаще прибегают к традиционным формам подобных действий, невзирая на высокую вероятность признания их неправомерными.

Для совершенствования российских норм о локауте полезно проанализировать мировую теорию и практику правового регулирования локаутов. В зарубежном трудовом праве локаут, наряду с забастовкой, нередко включается в общее понятие «промышленное действие» (*industrial action*)¹⁶. Во многих странах подобные действия считаются полностью правомерными для обеих сторон коллективных трудовых отношений и рассматриваются как элемент равенства прав и возможностей сторон. Подобная модель правовой оценки локаута существует в Австралии, Германии, Израиле, Канаде, Мексике, Скандинавских странах, США, ЮАР, Японии.

Трудовое право зарубежных стран под локаутом обычно понимает различные действия работодателя, лишаящие работников возможности выполнять работу, которую они обязаны выполнять в соответствии с трудовыми договорами. Отвлекаясь от целевой составляющей определения локаута, можно перечислить примеры действий, которые при определенных условиях (специальная цель, соблюдение особой процедуры) могут расцениваться как локауты:

- воспрепятствование выполнению работниками работы, обусловленной их трудовыми договорами;
- прекращение или приостановление деятельности работодателем;
- закрытие места осуществления им данной деятельности;
- прекращение работодателем трудовых отношений с работниками;
- нарушение работодателем трудовых договоров;
- отказ или невозможность занять работников на любой работе, для которой данный работодатель обычно нанимает работников;
- недопущение работодателем работников на рабочие места у данного работодателя.

Как правило, законодатель описывает цель подобных действий работодателя: Закон Новой Зеландии о трудовых отношениях 2000 г. признает локаутом лишь те специфические действия работодателя, которые «совершаются в целях принуждения данных работников или оказания помощи другому работодателю в принуждении его работников к принятию [некоторых] условий трудовых отношений или подчинении требованиям этого работодателя». Аналогично, Закон ЮАР о трудовых отношениях 1995 г. определяет, что локаутом могут считаться лишь те специфические действия работодателя, целью которых является принуждение работников принять требование в отношении какого-либо вопроса, входящего в сферу совместных интересов работодателя и работника, вне зависимости от того, нарушает ли работодатель трудовые договоры этих работников в процессе или в целях осуществления данных действий. Законы и кодексы о труде большинства канадских провинций указывают, что одной из целей действий работодателя, признаваемых локаутом, может быть принуждение работников к отказу от использования каких-либо прав или преимуществ, предоставляемых им соответствующим законом, либо принуждение их к согласию на нормы об условиях труда или права, преимущества или обязанности работодателя, организации работодателей, профсоюза, совета профсоюзов или работников.

Однако указания на специальную цель таких действий отсутствуют в Законе Австралии об отношениях на рабочих местах 1996 г. В Своде федеральных нормативных актов (США) отмечается, что подобные действия предпринимаются ра-

¹⁶ См., напр.: Part V of the Trade Union and Labour Relations (Consolidated) Act of 1992, Part II of the Employment Relations Act of 2004 (Великобритания); S. 420 of the Workplace Relations Act of 1996 (Австралия); Sec. 8 of the Industrial Relations Act, No. 19, 1990 (Ирландия).

ботодателем в целях получения от работников уступки. Однако указание на предмет, по которому работодатель вправе требовать уступки подобными средствами, в американском законодательстве отсутствует.

Нет единообразия и в подходах к установлению однозначной связи между возможностью признания указанных действий работодателя локаутом и теми целями, которые при этом преследуются. В отсутствие такой связи зарубежная конструкция понятия локаута больше напоминает понятие массового прекращения трудовых отношений (увольнения) по инициативе работодателя. Именно в таком или близком к этому контексте локаут рассматривается в трудовом законодательстве Канады, Новой Зеландии и ряда европейских государств. Однако локаут, как и забастовка, не всегда рассматривается как факт проявления инициативы по расторжению индивидуального трудового договора. Напротив, в зарубежном законодательстве все чаще специально указывается, что при локауте трудовые договоры не расторгаются, а приостанавливаются, а локаут определяется через понятие приостановления трудовых отношений, работы. Такой подход доминирует в Австралии, Великобритании, США.

Безусловно, российский законодатель *предпринял попытку* урегулировать и забастовки, и локауты. Однако принятые им нормы требуют серьезной доработки. В этом вопросе можно опереться на зарубежную практику правового регулирования данных институтов, естественно, избегая при этом прямых заимствований.

Зарубежные подходы правового регулирования забастовок и локаутов отнюдь не идеальны. Они далеко не всегда исчерпывающим образом описывают действия и события, которые можно было бы рассматривать как забастовки и локауты. Отсутствуют и единообразные подходы к процедурным аспектам, правам и обязанностям сторон при осуществлении таких действий. Соответственно использование иностранных конструкций трудового права может рассматриваться как целесообразный шаг только после их серьезной аналитической обработки. В ходе такой обработки должны быть обобщены подходы к правовому регулированию забастовок и локаутов, сформировавшиеся в мировой практике. Обобщенные результаты следует детально проанализировать в контексте теории, истории и практики российского трудового права, рассмотрев в том числе и возможные последствия применения тех или иных конструкций в отечественном правовом поле.

Безусловно, в процессе совершенствования Трудового кодекса РФ необходимо заполнить максимальное число пробелов в регулировании этих институтов трудового права. В первую очередь целесообразно более однозначно определить позицию российского законодателя по вопросу правомерности различных форм протестных действий работников. Кроме того, чрезвычайно полезно открыто изложить официальную позицию Российской Федерации по проблеме трактовки понятия забастовки в контексте конвенций МОТ № 87 и № 98. Базисом для принятия решения могла бы стать трактовка этого права, предложенная Комитетом экспертов Административного совета МОТ. Данная трактовка содержится в документе, имеющем информационно-рекомендательный характер, поэтому российский законодатель вправе полностью принять или ограничить ее в соответствии со спецификой внутренних политических, экономических и социальных условий.

Определение и правовое регулирование локаутов в Трудовом кодексе РФ также требует более детальной проработки, которая может быть осуществлена в ходе совершенствования правовых норм о коллективных трудовых спорах и забастовках. В настоящее время наличествует серьезная необходимость существенного дополнения и развития российского понятийного аппарата данных институтов трудового права в контексте российских правовых традиций и общемировой практики.

Л.Р. Сюкияйнен

*Профессор кафедры
теории права
и сравнительного
правоведения
факультета права
Государственного
университета —
Высшей школы
экономики,
доктор юридических наук*

Исламское право в правовых системах мусульманских стран: от доктрины к законодательству¹

Реформы XIX в. — переломный момент в развитии исламского права

Вплоть до XIX в. практически единственным источником (внешней формой) исламского права являлась доктрина (фикх)². При этом история исламской мысли и социально-нормативного регулирования в мусульманском мире дает основания для вывода о том, что в эпоху Средневековья развитие фикха отличалось неоднозначностью и противоречивостью.

В частности, это выражалось в том, что различные школы фикха часто придерживались несовпадающих позиций по сходным ситуациям и порой остро соперничали между собой. По сути, каждый из его толков представлял собой относительно самостоятельную систему правил внешнего поведения. Лишь в рамках одной школы фикх отличался известной цельностью, единой логикой и стройностью. Однако и они нарушались несовпадением взглядов последователей конкретного толка на многие частные вопросы.

Противоречивость статуса фикха объяснялась не только разнообразием выводов доктрины. Главное заключалось в неопределенности, подвижности той роли, которую играли правила фикха в средневековых мусульманских обществах.

Вопреки широко распространенному среди мусульман представлению, что до XIX в. мир ислама был свидетелем неукоснительного действия и безраздельного господства (шариата) фикха, реальная ситуация представляется иной. Некоторые крупные мусульманские ученые Средневековья и известные современные исследователи убедительно показали, что на протяжении столетий практика реализации выводов фикха серьезно отклонялась от идеальной картины, которую рисовала традиционная исламская доктрина и, как правило, продолжает воспроизводить исламское правоведение сегодня.

Можно выделить два основных варианта отмеченного несовпадения теории и практики фикха. Во-первых, в указанную историческую эпоху наблюдались заметные расхождения между содержащимися в книгах по фикху выводами и их осуществлени-

¹ Статья подготовлена при поддержке Научного фонда ГУ ВШЭ (грант № 08-01-0066).

² О понятии шариата, фикха и исламского права, а также о соотношении между ними см.: Сюкияйнен Л.Р. Исламское право: взаимодействие юридического и религиозного начал // Ежегодник либертарно-юридической теории. 2007. Вып. 1.

ем на практике. Во-вторых, социально-нормативное регулирование в мусульманских странах никогда не ограничивалось только фикхом, а включало и иные элементы (подсистемы), которые не совпадали со строгими исламскими догмами. При этом оба проявления анализируемого феномена были тесно связаны между собой.

Конечно, мусульманские мыслители в своих рассуждениях о средневековом фикхе и несовпадении разработанного доктриной идеала с реальной жизнью не подходят к этой проблеме с последовательно правовых позиций. Но в целом их выводы могут быть распространены и на исламское право. Если даже не все правила фикха отвечают юридическим критериям, то, во всяком случае, все нормы исламского права относятся к фикху в его традиционном или современном понимании. Поэтому, например, разнообразие доктрины как источника исламского права отражалось и на содержании последнего, придавая ему плюрализм и неопределенность. Одновременно расхождения между выводами доктрины и их реализацией приводили к различиям между теорией исламского права и претворением его предписаний в жизни мусульманского общества.

Это же можно сказать и относительно места исламского права в правовых системах мусульманских стран, в которых оно играло важную (часто — центральную) роль, но все же никогда не представляло собой всего комплекса действовавших в Средние века юридических норм. История свидетельствует, что наряду с ним функционировали и другие правовые регуляторы. Известный египетский правовед Мухаммад Нур Фархат пришел к такому выводу на основе анализа деятельности системы правосудия в Египте в период его вхождения в состав Османской империи. Ученый, в частности, отметил, что установленное в теории фикха наказание за употребление алкоголя в виде телесного наказания крайне редко осуществлялось на практике. Оно, как правило, вообще не действовало или заменялось иными санкциями, которые закреплялись в законодательстве либо фактически применялись судом и другими государственными органами. Это касалось и некоторых иных уголовных наказаний, предусмотренных шариатом³.

Одновременно можно выделить несколько разновидностей норм, которые в Средние века сужали сферу действия исламского права и превращали многие его правила в абстрактные выводы, которые лишь формулировались на страницах «желтых» (называемых так из-за цвета бумаги) юридических трактатов, а на практике не действовали. Таким образом, они становились достоянием фикхадоктрины, но не приобретали статуса фикха-права.

Прежде всего речь идет о личном статусе немусульман, конкретно, о брачно-семейных, наследственных и других примыкающих к ним отношениях между лицами, исповедующими иные, нежели ислам, религии. По традиции, эти вопросы регулировались не шариатом, а принятыми той или иной немусульманской конфессией правилами. Если учесть, что во всех мусульманских странах всегда проживали достаточно многочисленные группы немусульман — христиан, иудеев, зороастрийцев, — то становится понятным, почему в брачно-семейных отношениях параллельно с исламским правом непременно действовали иные правовые регуляторы, прямо связанные с неисламскими религиозными традициями.

Такую своеобразную правовую автономию немусульманам предоставляло само исламское право, которое исходило (да и сейчас исходит) из преобладания религиозного принципа регулирования отношений личного статуса, по крайней мере, в брачно-семейных вопросах. Что же касается других элементов правовых систем, которые ограничивали область претворения фикха и соответственно исламского права, то, в отличие от регулирования вопросов личного статуса немусульман, они фактически часто действовали вопреки позиции традиционной исламской доктрины, считавшей их очевидным отклонением от требований шариата.

³ См.: Мухаммад Нур Фархат. Общество, шариат, закон. Каир, 1986. С. 23—36 (на арабск. яз.).

В первую очередь это относится к обычаям, которые играли роль важного (в ряде случаев — центрального) социально-нормативного регулятора в любом мусульманском обществе. Здесь они функционировали всегда, с первых веков ислама конкурируя с фикхом, а значит — с исламским правом. При этом следует различать несколько вариантов обычаев в их соотношении с фикхом.

Есть обычаи, обращение к которым прямо предусматривает сам фикх (например, при установлении характера и размера брачного дара, если он не установлен самими вступающими в брак лицами). Кроме того, известны обычаи, допускаемые фикхом, поскольку они не противоречат его императивным нормам (это особенно характерно для имущественных сделок).

Особое место занимают обычаи, которые хотя и вступают в прямое противоречие с выводами фикха, но в глазах мусульман фактически являются более авторитетными, чем последние. Некоторые из них (например, обычай кровной мести) исламское право не смогло преодолеть в течение веков. Исследования убедительно показывают, что исламское уголовное право очень часто уступало в соперничестве с местными обычаями. Похожая картина наблюдалась и в отдельных сторонах брачно-семейного статуса мусульман (например, в отношении брачного дара), хотя в целом он наиболее последовательно регулировался фикхом и продолжает подчиняться ему вплоть до наших дней.

Кроме обычаев, в определенный исторический момент мощным конкурентом исламского права становится европейское право, применявшееся в Османской империи в силу «режима капитуляций» (сложился в результате заключения османскими властями специальных соглашений с европейскими державами). Споры, возникшие на территории Империи между европейцами (главным образом — торговцами), разрешали не шариатские суды по фикху, а консульские суды (создавались при иностранных консульствах) по нормам права соответствующей европейской страны. Может показаться, что такой принцип не имел прямого отношения к статусу исламского права в правовых системах средневековых мусульманских стран, поскольку он касался только иностранцев. Однако со временем юрисдикция консульских судов стала охватывать рассмотрение споров европейцев с османскими подданными. Такая метаморфоза привела к еще большему сокращению пределов действия исламского права.

Наиболее значимый элемент правовых систем мусульманских стран, который в Средние века ограничивал практическую реализацию исламского права, был представлен государственным законодательством. Оно получило широкое распространение в османскую эпоху и отличалось серьезными отклонениями от положений классического фикха. Об этом говорят акты османских властей по административным, финансовым, налоговым, уголовным вопросам. В качестве примера можно привести законы султана Селима I. В результате практической реализации такого законодательства сфера действия исламского права сужалась еще серьезнее.

Отступление исламского права, прежде всего, в результате развития государственного законодательства и неуклонно расширявшейся деятельности судебных органов, которые, по сути, не подчинялись фикху, объяснялось еще одной важной причиной, непосредственно связанной с эволюцией теоретических позиций фикха. Речь идет о концепции «таклида», т.е. следования традиции. В теории она исходила из «закрытия врат иджтихада» — прекращения (по крайней мере, заметного ограничения) процесса разработки новых выводов фикха с помощью его рациональных «указателей» (источников).

По этому вопросу среди самих мусульман и многих исследователей ислама преобладают неточные представления. Широко распространенной, если не сказать господствующей, является точка зрения, согласно которой, начиная с XI в. развитие фикха (во всяком случае, его суннитского варианта) практически приостановилось.

На самом деле «закрытие врат иджтихада» означало лишь невозможность создания новых школ фикха со своей системой «указателей», теоретических конструкций и собственной логикой подхода к формулированию правил внешнего поведения. Это отнюдь не свидетельствовало о прекращении иджтихада вообще. Господство идеи таклида привело лишь к тому, что выводы традиционного фикха, по сути, приобрели статус незыблемых, фактически безошибочных и не нуждающихся в серьезном обновлении. На практике иджтихад сводился к выбору нужного взгляда среди различных позиций, уже выработанных его авторитетными последователями в предыдущие эпохи (современные мусульманские правоведы применяют выражение «иджтихад, основанный на предпочтении»). Только изредка он достигал уровня формулирования немногочисленных новых решений в рамках того или иного толка.

Вместе с тем развитие фикха в Средние века не ограничивалось обобщением ранее сформулированных выводов и робким обоснованием новых конкретных решений. В это время получили развитие некоторые общие теоретические конструкции, концепции, которые были выдвинуты еще в первые века ислама, но оказались наиболее востребованными спустя столетия. Их актуализация объяснялась тем, что с течением времени под влиянием практики и через контакты с иными правовыми культурами фикх постепенно, но неуклонно приближался к освоению правовых начал. Конечно, правила, которые обосновывал средневековый фикх, далеко не всегда отвечали строгим юридическим критериям. Однако его ориентация на эти начала постепенно становилась все более четкой.

Вывод о выделении в представленной фикхом общей исламской системе социально-нормативного регулирования исламского права в собственном смысле подтверждается опытом правового развития мусульманских стран. Он наглядно отражал эволюцию как фикха в целом в качестве исламской доктрины о конкретных правилах внешнего поведения, так и его исходных теоретических позиций. В частности, важной особенностью развития фикха в обоих его значениях — в качестве науки о правилах внешнего поведения и в смысле самих этих норм — было постепенное усиление рациональных моментов, отражавших потребности практики. Такая линия объективно способствовала накоплению в содержании фикха правовых элементов. Однако на уровне теоретических постулатов и правил, ориентированных на регулирование реальных отношений, это тенденция проявлялась по-разному.

Исходные начала доктрины (особенно «корни фикха») всегда носили преимущественно религиозный характер, зато в правилах внешнего поведения, сформулированных ею, отчетливо звучали рациональные аргументы. Но в целом историческая тенденция состояла в том, что фикх-доктрина с течением столетий, откликаясь на потребности практики, спонтанно уделяя все более пристальное внимание обоснованию подходов, которые открывали дорогу к праву. В наиболее яркой форме это выразилось в разработке общих принципов фикха, которые наглядно свидетельствовали об обособлении юридических норм от религиозно-этических постулатов шариата. В частности, известный принцип «необходимость дозволяет запрещенное» использовался для обоснования учета реальных потребностей за счет отказа от сформулированных шариатом запретов. Косвенно такая конструкция допускала отношения, которые ориентировались на правовые начала, хотя прямо и не считались соответствующими шариату, поскольку непосредственно не укладывались в рамки фикха. Иначе говоря, постепенно исламская мысль при оценке действующих правил поведения стала исходить из достаточности того, чтобы они просто дозволялись шариатом.

Сходную роль играла и концепция «хийал» — ухищрений, стратагем, — выдвинутая еще в начальный период формирования фикха, но оказавшаяся наиболее актуальной именно в Средние века.

Одновременно в рамках фикха и его «корней» получили дальнейшее развитие концепции, которые объективно позволяли использовать опыт других правовых

культур, а в XIX в. сыграли важную роль в целенаправленном теоретическом обосновании заимствования европейских правовых образцов. К ним, например, можно отнести теорию «интереса», согласно которой в основе всех правил фикха (прежде всего регулирующих мирские отношения людей) лежит удовлетворение их потребностей. Поэтому даже если точное предписание шариата в какой-либо момент перестает удовлетворять этому требованию, оно должно быть заменено другой нормой. Такое правило может быть и заимствованным и в чужой правовой культуре.

Еще одной ключевой теоретической конструкцией, открывавшей путь к реализации неисламских норм и институтов в правовых системах мусульманских стран, явилась концепция «шариатской политики». Она исходила из того, что власть несет ответственность за претворение норм шариата и должна решать все вопросы, касающиеся интересов мусульманской общины, только в его рамках. В то же время государство вправе принимать законодательство по вопросам, не урегулированным точными положениями шариата, в порядке осуществления иджитхада, если это диктуется потребностями подданных. Иными словами, теоретически власть наделяется полномочиями вводить в действие нормы, которые прямо не противоречат императивным предписаниям шариата. Этому требованию отвечают и правила, отражавшие опыт иных правовых культур, при условии, что они не вступают в конфликт с положениями Корана и сунны Пророка, т.е. не запрещают дозволенное и не дозволяют запрещенное этими источниками.

Но даже с учетом активного развития таких концепций исламская мысль теоретически продолжала исходить из безусловного верховенства шариата по отношению к государственному законодательству и обычаям. В частности, она считала приемлемыми только обычаи, не противоречащие шариату, хотя на практике соотношение между этими социально-нормативными регуляторами было прямо противоположным: нормы шариата часто применялись только в том случае, если они допускались обычаями.

Со временем теория и практика настолько далеко разошлись друг с другом, что фикх был вынужден скорректировать свои позиции. Например, получил распространение взгляд, согласно которому земная власть еще не настолько совершенна, чтобы претворять идеал, представленный шариатом. Нужды реальной политики заставляли доктрину спускаться на «грешную землю» еще ниже. В османскую эпоху стало обычной практикой санкционирование верховным судьей Империи как приемлемого с точки зрения шариата государственного законодательства, очевидно отходившего от него.

Все же, несмотря на такие подвижки в теории фикха, в целом на уровне практически действующих норм он не успевал за ходом истории. Уже в османскую эпоху фикх не в полной мере удовлетворял потребностям общественного развития многих регионов мусульманского мира. Однако даже с учетом приведенных фактов исламскому праву на протяжении столетий принадлежало центральное место в правовых системах мусульманских стран. Оно играло роль основного регулятора брачно-семейных, имущественных и нередко уголовно-правовых отношений, достаточно широко применялось при решении административно-финансовых и государственно-правовых вопросов.

Перелом наступил в середине XIX в., когда процесс становления исламского права как юридического явления, отличного от шариата, вступил в решающую фазу. Именно в это время его потенциальная способность к восприятию достижений других правовых культур проявилась в полной мере. Со второй половины XIX столетия в положении исламского права произошли серьезные изменения, коснувшиеся двух принципиальных моментов.

Прежде всего речь идет о качественно новом этапе в развитии государственного законодательства, которое, в отличие от предыдущих эпох, начало отчетли-

во ориентироваться на европейский опыт. В Османской империи это отразилось в реформах Танзимата, в результате которых было принято большое число правовых актов, представлявших собой причудливую смесь выводов фикха с нормами европейского законодательства. При этом заимствованные решения, как правило, заметно преобладали над традиционными исламскими подходами.

Такая линия получила логическое завершение в Египте, который, формально оставаясь в составе Османской империи, уже в начале XIX в. добился правовой автономии и перестал подчиняться османскому законодательству. Здесь восприятие европейских правовых образцов привело к введению в действие целого ряда отраслевых кодексов, радикально изменивших правовую систему страны. В 1876 г. вступили в силу гражданский, торговый, уголовный, гражданско-процессуальный, торгово-процессуальный кодексы, кодекс морской торговли для смешанных судов (эти органы правосудия пришли на смену ранее действовавшим консульским судам). Все они были прямо заимствованы из Европы, прежде всего из Франции. В 1883 г. начали применяться почти ничем не отличавшиеся от указанных актов шесте кодексов для национальных египетских судов.

Египетское законодательство для смешанных судов действовало вплоть до упразднения этих учреждений перед Второй мировой войной. Что касается кодексов для национальных судов, то почти все они оставались в силе значительно дольше, некоторые из них — вплоть до третьего тысячелетия. Новый уголовный кодекс был принят в 1937 г., а национальный гражданский кодекс 1883 г. уступил место следующему только в 1948 г. Еще более впечатляющим является пример национального торгового кодекса, замененного новым лишь в начале XXI в.

Современное исламское правоповедение по-разному объясняет причины рецепции в XIX в. многими наиболее развитыми мусульманскими странами европейских правовых образцов. Со счетов не сбрасывается тот факт, что данный процесс был не только подготовлен предшествующей историей правового развития, но и объяснялся особенностями исламской правовой доктрины, которая, с одной стороны, доказала способность обогащать иные правовые культуры, а с другой — была открытой к восприятию чужого опыта. Вместе с тем исламские юристы отмечают и другие факторы, объективно способствовавшие рецепции мусульманским миром европейских законодательных образцов.

Известный египетский специалист в области теории и истории исламского права и исламских политических концепций Тарек Бишри выделяет три таких обстоятельства. Во-первых, он подчеркивает, что правовые системы, сложившиеся в мусульманском мире на основе шариата, были обращены в прошлое. Они отвечали, да и то не в полной мере, условиям предыдущих эпох, которые характеризовались застоєм. Усилия отдельных правоведов, стремившихся возродить иджтихад в XVII—XVIII вв., не могли изменить общую ситуацию и вдохнуть новую жизнь в исламское право, которое оказалось не в состоянии избавиться от пут прошлого. Дело здесь не в самих исходных началах шариата, восходящих к Корану и сунне Пророка, а в ограниченности их осмысления фикхом того времени.

Во-вторых, ученый указывает на достаточно быстрое социально-политическое развитие многих мусульманских стран в XIX в. Динамичные перемены требовали соответствующих реформ правовой системы, в то время как традиционная исламская доктрина была не готова предложить нужные решения. В итоге власти Османской империи и Египта были вынуждены заимствовать необходимые правовые формы за пределами мусульманского мира. Результатом такой правовой политики стал двойственный характер правовой системы, при котором, с одной стороны, традиционное исламское право сохранило, хотя и в ограниченных масштабах, свои позиции, а с другой — заметное место в них заняло заимствованное из Европы законодательство. Эти две подсистемы практически не взаимодействовали между собой и не были достаточно скоординированы.

В-третьих, по мнению египетского исследователя, еще одним фактором стало утверждение в мусульманском мире военно-политического и экономического господства европейских колониальных держав, которое, естественно, содействовало внедрению европейской правовой культуры. При этом мусульманские страны оказались в противоречивой исторической ситуации, когда они пытались противостоять колонизаторам и в то же время были вынуждены заимствовать их достижения, в том числе и в области права⁴.

Оценивая подобные утверждения, нельзя забывать о преобладающем в мусульманском мире взгляде, согласно которому экспансия европейской правовой культуры в XIX в. объяснялась лишь политикой колонизаторов, которые силой навязывали свои законодательные образцы мусульманам. Объективный научный анализ не подтверждает такой вывод. Не отрицая фактор политического давления колониальных держав, надо признать, что рецепция европейского права рядом мусульманских стран выглядела достаточно естественно, прошла спокойно и не вызвала серьезных общественных потрясений. Такой ход событий лишь подтверждает корректность обоснования приведенных факторов, лежащих в основе восприятия отмеченными странами европейского правового опыта.

Дело не ограничивалось действующим правом. Широкая рецепция европейского законодательства непосредственно влияла на исламскую правовую мысль, которая оказалась вынужденной найти объяснение этому процессу и оценить его с позиций шариата и фикха. Такая формула, позволяющая соединить исламскую традицию с европейским подходом, была найдена. Отметим, что османское законодательство, несмотря на глубокое влияние европейской практики, официально исходило из верховенства шариата. Иными словами, власть как бы освящала воспринимаемые правовые образцы авторитетом шариата, очевидно стараясь вписать европейский опыт в исламскую традицию. Правда, в этом выражался подход османского законодателя, который отнюдь не всегда находил поддержку у исламских правоведов. Поэтому более показательным является пример Египта, где заимствованное европейское законодательство было признано укладывающимся в рамки фикха самой исламской правовой мыслью.

Дело в том, что национальные кодексы 1883 г. были направлены на заключение мусульманским правоведом в университет «Аль-Азхар». Их вывод, который еще несколькими десятилетиями раньше был бы невероятным, в новую историческую эпоху звучал вполне естественно. Авторитетные факихи пришли к выводу, что большинство норм нового законодательства в той или иной форме уже зафиксировано различными толками фикха. Если отдельные положения законодательства и неизвестны традиционной доктрине, то они, во всяком случае, не противоречат императивным положениям шариата и отвечают общим интересам мусульман. Кроме того, закрепление этих правил в виде статей законодательных актов упрощает их единообразное применение судом, что также соответствует интересам мусульманского сообщества. Иными словами, основанные на европейских образцах акты были признаны допустимыми с точки зрения шариата⁵.

Восприятие иностранного опыта в XIX в. отразилось на исламском праве не только в качестве «внешнего фактора», который заставил ислам уступить свои многие позиции законодательству европейского образца и одновременно вынудил исламскую мысль искать теоретическое оправдание этого процесса в шариате. Продолжая действовать рядом с «импортированным» законодательством, исламское право одновременно не могло не испытывать влияния европейской культуры.

⁴ См.: *Тарек Бишри*. Правовые позиции между исламским шариатом и позитивным правом. Каир, 2005. С. 5—6 (на арабск. яз.).

⁵ См.: *Али Али Мансур*. Формы правления и администрации в исламском шариате и позитивном законодательстве. Сравнение шариата с конституционным и административным правом. Бейрут, 1971. С. 18—19 (на арабск. яз.).

Можно согласиться с выводом Тарека Бишри, что в это время исламская и европейская правовые формы не были тесно увязаны между собой. Но нельзя не заметить, что обращение к европейскому опыту серьезно модифицировало исламское право изнутри, радикально изменив его содержание и форму. В этом заключалось еще одно направление эволюции места исламского права в правовых системах мусульманских стран под воздействием европейской правовой культуры.

Указанная тенденция прежде всего выразилась в кодификации фикха, т.е. в принципиальном изменении характера источников исламского права. Самым ярким образцом нового облика исламского права стала упоминавшаяся Маджалла, принятая в 1869—1876 гг. в Османской империи. По своему содержанию этот акт был сводом выводов фикха (в основном ханафитского толка) по имущественным, обязательственным и судебно-процедурным вопросам, а по форме — гражданским и гражданско-процессуальным кодексом в европейском понимании.

Введение в действие Маджаллы явилось завершающим шагом на многовековом пути к кодификации фикха. Известно, что еще на начальных этапах развития исламского государства предпринимались попытки придать выводам фикха законодательную форму. Однако до XIX в. высшей степенью государственного признания и систематизации решений доктрины было лишь не прямое официальное санкционирование норм определенной школы фикха. Это достигалось, в частности, путем фактической связанности шариатских судов положениями того или иного толка доктрины. Важным рубежом стало государственное признание одной из ее школ в качестве обязательной для судов. В Османской империи с определенного момента такой статус приобрел ханафитский толк фикха. Примером может служить трактат Ибрахима Халаби «Слияние морей», который на практике обладал, по существу, обязательной силой для османских судов.

Но только Маджалла стала первой официальной кодификацией фикха и переломным моментом в превращении исламского права из доктринального в статутное, имеющее форму закона. Иначе говоря, с ее принятием доктрина начала уступать роль основного юридического источника исламского права нормативно-правовому акту. Естественным итогом такой трансформации стало радикальное изменение его соотношения с государством и позитивным законодательством.

Принципиальное значение для такой эволюции имела ст. 1801 Маджаллы. Она предусматривала, что если законодатель выбрал из различных выводов фикха такой, который, на его взгляд, наиболее полно отвечает всеобщим интересам, то суд не вправе применять иные решения. В результате суд лишился права на иджтихад и оказался связанным положениями законодательства, закреплявшими выводы фикха. Поскольку даже заимствованные из Европы акты исламская мысль была склонна оценивать как систематизацию фикха или, по крайней мере, как свод не противоречащих ему норм, то толкование исламского права и применение выводов фикха оказались в зависимости от закона.

До Маджаллы исламская мысль, хотя бы теоретически, исходила из верховенства шариата (практически — фикха) по отношению к государству и позитивному законодательству. С принятием этого акта соотношение между ними поменялось на прямо противоположное. Теперь уже не принятые государством законы нуждались в их формальном освящении шариатом, а место исламского права в правовой системе стало определяться властью через принятие нормативно-правовых актов. Без такого санкционирования исламское право уже не могло считаться юридически обязательным.

Указанные реформы привели к глубоким изменениям в статусе толков фикха и значении иджтихада, который приобрел иное значение и получил новую форму. Сохранив свою роль в качестве основания доктринальных выводов и оценок, он постепенно начал выполнять важную функцию в деятельности государственных законодательных органов при разработке актов кодификации фикха, что особенно характерно для современного исламского права.

Современное исламское право: особенности и тенденции развития

Проведенные в XIX в. реформы до сих пор предопределяют основные тенденции развития современных правовых систем мусульманских стран, а также статус исламского права как их важного элемента. В результате этих трансформаций к концу указанного столетия сфера действия исламского права в наиболее развитых регионах мусульманского мира стала ограничиваться главным образом регулированием отношений личного статуса мусульман. В иных отраслях оно продолжало функционировать, как правило, неполно и непоследовательно.

С того времени, естественно, ситуация не оставалась постоянной. Однако в целом произошедший в XIX в. перелом, выразившийся в существенном сокращении рамок претворения исламского права, предопределяет его позиции и в современных правовых системах мусульманского мира. Конечно, это в равной мере не распространяется на все рассматриваемые страны. Имеются и исключения, наблюдаемые и противоположная тенденция — усиление позиций исламского права.

В целом исламское право играет далеко не одинаковую роль в современном правовом развитии мусульманского мира. Правовые системы некоторых стран ориентируются главным образом на шариат (фикх), в то время как в других реализуется модель светского государства, законодательство которого по своему характеру практически целиком основано на европейских традициях. Иными словами, наблюдается большое разнообразие правовых систем современных мусульманских стран. Но в наши дни ни в одной из них исламское право не является единственно действующим и во многих случаях даже не выступает центральным элементом правовой системы. В то же время исламское право не утратило в современном мусульманском мире своей роли комплекса юридических норм, хотя и действующих в модифицированном — по сравнению со Средневековьем — виде.

Взяв за основу масштабы действия норм исламского права в традиционной форме доктрины и степень его влияния на позитивное законодательство, можно выделить несколько групп правовых систем современного мусульманского мира.

Первую группу составляют страны региона Персидского залива и Аравийского полуострова — Саудовская Аравия, ОАЭ, Катар, Йемен, Иран, а также Пакистан и Судан. К ним примыкают Малайзия и Нигерия. Здесь исламское право продолжает действовать очень широко, охватывая как частное, так и публичное право. В ряде указанных стран оно является стержнем правовой системы. Именно эти два фактора — особая роль исламского права в публично-правовых отраслях и его статус в качестве главного элемента правовой системы — характеризуют современное правовое развитие отмеченных стран. Исламское право действует здесь как в форме доктрины, так и в виде системы нормативно-правовых актов. Приведем несколько примеров, подтверждающих этот вывод.

Саудовская Аравия остается единственной мусульманской страной, где исламское право продолжает применяться главным образом в традиционной форме доктрины. Многие ключевые отрасли права до сих пор не кодифицированы. Это относится прежде всего к таким элементам правовой системы, которые целиком ориентированы на нормы фикха (шариата). В частности, в Королевстве пока не приняты ни семейный, ни уголовный кодексы.

Центральное место исламского права в саудовской правовой системе закреплено Основным низамом (регламентом) о власти 1992 г. Провозглашая конституцией страны Коран и сунну Пророка Мухаммада (ст. 1), Основной низам признает их источником выносимых в Королевстве фетв (ст. 45) и предусматривает, что государство отвечает за претворение шариата (ст. 23). Регламентарная власть принимает низамы в соответствии с предписаниями шариата (ст. 67).

Эти принципы положены в основу действующих в Саудовской Аравии нормативно-правовых актов. Низам о правосудии 2002 г. постановляет, что в своих

действиях судьи подчиняются лишь предписаниям шариата и соответствующих низамов. Детализируя это положение, низам о шариатском процессе 2001 г. предусматривает, что при рассмотрении дел суды применяют нормы исламского шариата, закрепленные Кораном и сунной Пророка, а также принятыми низамами, которые не противоречат указанным шариатским источникам. Аналогичная норма содержится и в низаме об уголовном процессе 2002 г.

В Саудовской Аравии принято немало законодательных актов (низамов), прямо основанных на положениях традиционного фикха (шариата) и подтверждающих их центральное место в правовой системе страны. К ним можно отнести низам о ведомстве жалоб 2008 г., низам о контроле за предписанным и пресечением запрещенного шариатом, низам о процедуре «байа» (избрания главы государства) 2007 г. Банковская и страховая системы Королевства также полностью подчинены требованиям шариата, что закреплено соответствующими низамами.

Вместе с тем в целом исламское право действует в указанной стране преимущественно в форме доктрины, а нормативно-правовые акты (низамы), согласно официальной концепции, регулируют лишь организационные и процедурные вопросы реализации его норм. Поэтому, например, принятие низама об уголовном процессе в отсутствие уголовного кодекса не должно вызывать удивление.

В других странах данной группы центральное место исламского права в правовой системе также закреплено на конституционном уровне, хотя и в различной форме. Конституция Йеменской Республики 1991 г. (с последующими изменениями и дополнениями) провозглашает шариат источником всего законодательства, а конституции ОАЭ 1996 г. и Катара 2004 г. называют шариат основным источником законодательства. Аналогичное по смыслу положение предусматривает и переходная конституция Судана 2005 г., хотя его формулировка учитывает тот факт, что на юге страны, где проживают преимущественно немусульмане, исламское право может не применяться.

Приоритетные позиции исламского права получили детальное закрепление в текущем законодательстве, ориентирующем суд на преимущественное применение шариата. Закон ОАЭ о Верховном федеральном суде 1973 г. предусматривает, что данный судебный орган применяет нормы шариата, федеральное законодательство и принятые в отдельных эмиратах законы, соответствующие предписаниям шариата, обычаи, принципы естественного права и нормы иностранного права, которые не противоречат положениям шариата. Закон о судебной системе 1978 г. обязывает все федеральные судебные органы обращаться к нормам шариата, федеральному законодательству и иным законам, а также к не противоречащим шариату обычаям и общим принципам права.

Принципиальное положение о соотношении исламского права и позитивного законодательства закрепляет и Кодекс гражданских правоотношений ОАЭ 1986 г., в соответствии с которым в основу понимания, формулирования и толкования его статей положены нормы и принципы фикха. Иначе говоря, в ОАЭ действует прежде всего исламское право, а применение законодательства и иных источников зависит от их соответствия или, по крайней мере, непротиворечия шариату. Особая роль последнего в правовой системе этой страны подтверждена и одним из решений апелляционного суда Абу-Даби, в котором указывалось, что к публичному порядку относится все, связанное с религией, а значит — и исламское право.

Аналогичная ситуация наблюдается в Судане. Действующий здесь Закон об основах судебных решений 1983 г. предусматривает, что при молчании закона судья применяет положения Корана, сунны Пророка и другие традиционно признаваемые источники фикха, а также его общие принципы. Обращение к судебным прецедентам и обычаям допускается только при условии их непротиворечия шариату, его принципам и конкретным выводам фикха. Кроме того, этот акт (не

имеющий аналогов в других мусульманских странах) обязывает судью при толковании норм применяемого законодательства исходить из того, что законодатель не имел в виду вводить нормы, противоречащие шариату в части установленных им точных запретов или дозволений. Одновременно судья должен толковать все содержащиеся в законодательстве термины, понятия и формулировки только в соответствии с положениями шариата, его общими принципами и общим духом, а также с принятой в фикхе методологией.

На близкие критерии ориентируется и правовая система Пакистана. Конституция 1973 г. предусматривает, что все действующие законы должны быть приведены в соответствие с предписаниями ислама, закрепленными Кораном и сунной Пророка, и никакое вновь принимаемое законодательство не может им противоречить. Для реализации этих предписаний в Пакистане создан специальный Совет исламской идеологии, имеющий конституционный статус. Кроме того, Закон о претворении шариата 1991 г. детально регламентирует верховенство шариата в правовой системе страны, закрепляет правила толкования законодательства в свете шариата, очерчивает общие ориентиры исламизации системы образования и экономики.

Ключевая роль исламского права в правовых системах всех указанных стран наглядно выражается в том, что уголовное право здесь основано на предписаниях шариата и фикха. По сути, это является едва ли не самой яркой чертой, отличающей позиции исламского права в данной группе государств.

Вторую группу составляют правовые системы практически всех других арабских стран за исключением Туниса. Конституции некоторых из них (Египта, Кувейта, Бахрейна) закрепляют статус шариата или его принципов как основного источника законодательства. Однако в целом исламское право здесь не играет роли стержня правовой системы. Его позиции ограничены главным образом регулированием брачно-семейных и наследственных отношений. Правда, в последние десятилетия в указанных странах активно развиваются исламские предпринимательские институты — банки, страховые компании, инвестиционные фонды, — правовые основы организации и деятельности которых ориентируются на сочетание законодательства европейского типа с положениями исламского права.

Вместе с тем даже в этих странах наблюдается тенденция усиления роли исламского права на уровне правовой системы в целом. Показательным является пример Египта. В мае 1980 г. в конституцию 1972 г. было внесено изменение, в соответствии с которым принципы шариата ныне провозглашены не просто одним из источников законодательства, а его главным, ведущим источником. В египетском парламенте создана специальная комиссия для контроля за тем, чтобы ни один из принимаемых законов не противоречил принципам шариата.

Анализ современных правовых систем мусульманских стран под углом зрения влияния на них шариатского наследия ставит ряд вопросов, касающихся нынешнего состояния исламского права. В частности, для его характеристики важнейшее значение имеют те изменения, которые происходят в форме и технико-юридическом содержании современного исламского права в результате кодификации отдельных его отраслей, включения его норм, принципов и институтов в законодательство.

В настоящее время есть основания говорить о формировании своего рода современного исламского права, которое по своим принципам и содержанию ориентируется на исходные начала традиционного фикха, а по форме испытывает глубокое влияние европейской правовой традиции. Едва ли не главное отличие ныне действующего исламского права от его традиционной модификации заключается в его соотношении с позитивным законодательством. В современных правовых системах исламское право сравнительно редко выступает в традиционной форме доктрины, которая остается ведущим его источником в немногих странах и лишь применительно к отдельным отраслям. В большинстве случаев его нормы закреп-

ляются в принимаемом государством законодательстве. В итоге доктрина (фикх) в качестве основного источника исламского права уступает место законодательству, а отличающиеся плюрализмом взгляды различных школ заменяются однозначными и абстрактными нормами, которые очень часто не сводятся к одному определенному толку и исходят из иного понимания иджитхада.

Кодификация шариата (точнее — фикха), включение его положений в нормативно-правовые акты или даже принятие «исламского» законодательства ставят вопрос о значении такой трансформации для самого исламского права и его роли в современных правовых системах. Иными словами — допустимо ли считать положения такого законодательства исламским правом, а как новую его форму (юридическим источником) рассматривать нормативно-правовой акт?

Ответ на этот вопрос не может быть однозначным, поскольку сама поставленная проблема имеет несколько сторон. При рассмотрении ее необходимо прежде всего, учитывать роль исламского права в целом. В правовых системах отдельных стран (Саудовской Аравии, Судана, Йемена, Пакистана, Ирана) исламское право продолжает оставаться ведущим элементом, определяющим их основополагающие начала и общую направленность. Такие системы в целом сохраняют исламский правовой характер. Действующее здесь законодательство, которое прямо закрепляет институты и ведущие принципы мусульманского права, можно считать источником (внешней формой) последнего.

В большинстве мусульманских стран, где исламское право не занимает центрального места в правовой системе, ситуация иная. Как правило, здесь его нормы и институты действуют в форме законодательства. Значение последнего для самого исламского права различно. Например, отношения личного статуса в этих странах исламское право на протяжении веков регулировало в традиционном виде доктрины. Теперь все основные ее выводы, касающиеся данной отрасли, закреплены в нормативно-правовых актах. При этом предусматривается, что в случае молчания закона судья обращается к выводам определенного толка фикха. Учитывая данный факт, такое законодательство следует рассматривать в качестве самостоятельной формы исламского права. Необходимо также учитывать такой важный социально-психологический фактор, как отношение к указанным нормативно-правовым актам мусульманских юристов, которые, как правило, считают их формой систематизации самого исламского права.

Иной характер имеют нормативно-правовые акты, которые хотя и воспринимают единичные исламские правовые положения, но в целом не отличаются исламской направленностью. Это относится, в частности, к современному гражданскому законодательству большинства мусульманских стран. Его отдельные статьи, сформулированные с учетом выводов исламской правовой доктрины, являются скорее не предписаниями самого исламского права, а нормами, которые ведут от него свое происхождение (в лучшем случае). Главное в том, что эти нормы подчинены общему смыслу законодательства, имеющего мало общего с исламским правом, и поэтому во многом лишились своей традиционной специфики. Не случайно гражданские кодексы, как правило, ставят применение выводов исламской правовой доктрины в качестве субсидиарного источника в зависимости от их соответствия общим принципам гражданского законодательства.

Следует также учитывать, что принятие законодательства, закрепляющего положения шариата и ориентирующегося на его общие принципы, ведет к серьезным изменениям технико-юридического содержания исламского права, характера его норм и соотношения их с религиозными правилами поведения. Традиционно эти нормы в большинстве случаев носили казуальный характер, представляли собой индивидуальные решения конкретных споров и выражались в противоречивых выводах доктрины. В результате отмеченной трансформации предписания современ-

ного исламского права приобретают привычный для законодательства вид единообразных общих правил поведения.

Подводя итог сказанному, еще раз отметим отличительные особенности современного исламского права. Прежде всего бросается в глаза превращение статута в его основной источник при сохранении за доктриной субсидиарной роли. Одновременно характерной чертой современного исламского права является отказ от связанности определенным толком фикха (как при кодификации его норм, так и в ходе применения доктрины в качестве его источника). Необходимо также иметь в виду серьезное изменение соотношения материального и процессуального исламского права, которое теперь очень часто применяется нешариатскими судами и без учета традиционных правил фикха.

Эти и другие изменения свидетельствуют о прямой зависимости современного исламского права от государства, его заметной секуляризации и превращении в систему юридических норм, действующих при условии их официального властного признания, одной из форм которой является исламское законодательство. Вопрос о позитивном (статутном) исламском праве является ключевым для толкования и реализации предписаний конституций многих мусульманских стран, провозглашающих шариат или его принципы основным источником законодательства, находится в центре широко обсуждаемой в этих странах проблемы «претворения шариата» и кодификации фикха.

Становление современного исламского права ставит немало теоретических проблем и актуализирует давно известные фикху концепции. Речь, в частности, идет о соотношении шариата и фикха, необходимости или недопустимости их кодификации, новой трактовке теории шариатской политики. Вместе с тем в современном исламском праве особое значение приобретает учет неизменных и подвижных (гибких) положений, конкретных норм и общих принципов.

Немало теоретических споров вызывает вопрос о сочетании связанности государства императивными нормами фикха и возможности заимствования зарубежного опыта. Сам феномен кодификации норм фикха, включения исламских правовых принципов, норм и отдельных институтов в основанное на заимствовании европейских образцов законодательство — яркий пример позитивного диалога исламской и европейской правовых культур. Есть все основания утверждать, что на современной правовой карте мира сформировалось статутное позитивное исламское право, тесно взаимодействующее с другими правовыми семьями.

Правовые системы современных мусульманских стран крайне разнообразны по той роли, которую играет в них исламское право: от ориентации на шариат (фикх) до конструкции, по сути, светского государства. Опыт правового развития данного региона актуален для изучения различных моделей сочетания в исламе религиозного и юридического начал, между которым нет прямой жесткой зависимости. Эта особенность позволяет объективно подойти к анализу роли ислама и перспектив исламской правовой культуры в светском государстве, что представляет несомненный теоретический и практический интерес для многих стран, в том числе и России.

Б.А. Куркин

Доктор юридических наук, профессор Московского государственного индустриального университета

Идеологема прав человека и ее интерпретация в современной отечественной правовой теории

«Проповедовать мораль легко. Обосновывать ее трудно». Эти слова А. Шопенгауэра как нельзя более подходят и к теоретическому обоснованию доктрины «прав человека».

В настоящее время концепция прав человека стала несущим элементом политического либерализма, его краеугольным камнем, а также метафизической системой. В самом деле: что есть права человека? Чем отличаются они от субъективных прав? Только тем, что некие права когда-то кем-то было решено признать в качестве фундаментальных и неотъемлемых? Но в таком случае мы имеем дело по философскому «гамбургскому счету» не с «онтологией», а с некой идеологемой.

В середине—конце 1990-х гг. в академических кругах имела место дискуссия о содержании понятия прав человека, однако сколь-нибудь ощутимых результатов в ее ходе достигнуто не было¹.

Попытки определить их как нечто, качественно отличающееся от субъективных прав, ни к чему, в сущности, не привели. Гораздо логичнее было бы предположить, что содержание понятия прав человека носит сугубо конвенциональный характер, т.е. права человека — это те права, которые решено было признать в качестве таковых.

Показательно, что, осуществляя радикальный разрыв с предшествующей — советской — традицией, российская правовая наука, прыгая из «царства необходимости в царство свободы» также столкнулась с проблемой обоснования прав человека, получив в качестве исследуемого и интерпретируемого объекта соответствующие разделы Конституции РФ. Вновь встал ребром вопрос об «онтологии» прав человека². Тогда адептами нового российского конституционализма была из-

¹ См.: Права человека. История, теория и практика. М., 1995. С. 39; Права человека: учебник для вузов. М., 1999. С. 3; Рудинский Ф.М. Наука прав человека и проблемы конституционного права. М., 2006. С. 41.

² Любопытное обстоятельство. Вспоминает судья Европейского суда по правам человека А.И. Ковлер: «Могу засвидетельствовать как участник Конституционного Совещания: работа над “правозащитной” частью Конституции была как бы отдана “на откуп” сторонникам либерально-демократического проекта, в то время как над “институциональной” частью трудились адепты сильной президентской власти. Это обусловило известное противоречие между демократическим и авторитарным элементами в российской Конституции». См.: Ковлер А. И. Конституционные основы новой российской государственности // Становление новой российской государственности: Реальность и перспективы. М., 1996. С. 23—34. Интересно, каковы были бы комментарии к Конституции и каков был бы образ российского конституционализма, случись между этими группами рокировка?

влечена из запасников теория «естественных прав» человека, и опять на краткий миг пробудился интерес к идее «естественного права»³.

Примечательно, что идеи естественного права при обосновании идеи прав человека (прав личности) и правового государства уже были однажды использованы русскими правоведом-либералом Б.Н. Чичериным, П.И. Новгородцевым, Б.А. Кистяковским, В.М. Гессеном, Л.И. Петражицким, С.Л. Франком и др. в конце XIX — начале XX в.⁴ Апелляция современных российских прав человека к естественному праву — это, в сущности, «римейк-дайджест» уже когда-то апробированного (хотя бы и на уровне теории).

Что же касается развития юридической науки в советский период, то проблематика прав человека исследовалась в основном под углом зрения субъективных прав личности. Позднее — в ракурсе правового (конституционно-правового) статуса личности. В теории права тогда господствовало позитивистское понимание права, в силу чего субъективные права личности (права человека) с логической неизбежностью рассматривались в качестве октроированных государством, а не в качестве «естественных» и неотчуждаемых.

В настоящее время естественно-правовое обоснование конституционализма характерно для работ ведущих теоретиков отечественного конституционализма и общей теории права, в частности, С.С. Алексеева, М.В. Баглая, О.Е. Кутафина, Е.А. Лукашевой, М.Ф. Рудинского и др.⁵ Расхождения в их взглядах по поводу «онтологии» основных прав малосущественны. Так, М.В. Баглай пишет, что свобода и права человека — «акт природы, а при религиозном подходе — Творца»⁶. Правда, такое обоснование осуществляется путем простой отсылки к «естественному праву» без расшифровки содержания последнего, и ценность его едва отлична от нулевой.

Использование в Конституции естественно-правовой конструкции прирожденных прав и свобод человека было направлено, как полагал В.С. Нерсесянц, «против ранее господствовавших в нашей теории и практике представлений об октроированном (дарованном сверху официальными властями) характере прав людей. **Антиэтатический смысл** данной конструкции очевиден: основные права и свободы принадлежат каждому по безусловному естественному основанию (в силу природного факта рождения), а не в зависимости от диктуемых государством условий, не по усмотрению, воле и решению властей. Определенная **стилизация под естественное право** призвана здесь продемонстрировать исходную и безусловную свободу, правомочность и правосубъектность любого индивида в его отношениях со всеми остальными — государством, обществом, другими индивидами»⁷.

С критикой теории «естественного права» с сугубо атеистических позиций выступил известный философ А.В. Зиновьев. В современной политико-правовой теории, отмечал он, «врожденность и неотъемлемость» прав человека считается чем-то само собой разумеющимся. Эта «врожденность и неотъемлемость» зафиксирована, в частности, во Всеобщей декларации прав человека, принятой Генеральной Ассамблеей ООН в 1948 г. С практической и исторической точек зрения идею «врожденности и неотъемлемости прав человека» можно рассматривать в

³ В ряду последних публикаций, посвященных проблематике естественного права, следует отметить работы: *Козлихин И.Ю.* Позитивизм и естественное право // Государство и право. 2000. № 3; *Пивоваров Ю.С.* Естественное право и социальная этика в XX столетии // Право XX века: идеи и ценности. М., 2001; *Рассказов Л.П., Упоров И.В.* Естественные права человека. СПб., 2001; *Мартышин О.В.* Метафизические концепции права // Государство и право. 2006. № 2 и др.

⁴ Из последних работ на эту тему см.: *Омельченко О.А.* История политических и правовых учений. М., 2006.

⁵ *Баглай М.В.* Конституционное право Российской Федерации. М., 2001. С. 117; Государственное право Российской Федерации / под ред. О.Е. Кутафина. М., 1996. С. 92.

⁶ *Баглай М.В.* Указ. соч. С. 157.

⁷ *Нерсесянц В.С.* Философия права. М., 1997. С. 376.

качестве некой регулятивной политической идеи, юридической фикции, поскольку сама идея права — писаного и неписаного, подразумеваемого, «естественного» — есть продукт исторического развития человеческой культуры, а отрезок времени, когда они стали предметом анализа и дискуссии, исчезающе мал по сравнению со всей предшествующей историей человечества»⁸.

В свою очередь Л.С. Мамут предложил использовать к правам человека подход, выражающийся в формуле «права приобретаются»⁹. «Утверждение, согласно которому обладателями любого своего права субъекты становятся исключительно через его приобретение, направлено против распространенных стереотипных мнений, будто права субъекта возникают по милости некоего сверхприродного начала, будто они — благодеяние государей (законодателей, госаппарата и т.п.), будто права субъекта изначально заложены в его биосоциальной природе, будто эти права независимо от воли, сознания и действий субъекта имплантируются в него совокупностью тех общественных отношений, в сфере которых он существует. Приведенные мнения уязвимы для серьезной критики»¹⁰.

Вообще-то для серьезной критики в этом мире многое уязвимо, а посему и угроза впасть ненароком в солипсизм всегда актуальна. Формула «права приобретаются» малосодержательна, поскольку «приобретаться» может лишь нечто, уже существующее, а потому следующий вопрос — откуда возникает это уже существующее нечто.

Формула «права приобретаются» пригодна для Гражданского кодекса, но не объясняет генезиса прав человека и не предназначена для такого объяснения.

Вот, в сущности, и вся идейная база, на которой в настоящее время строится в отечественной правовой науке доктрина «неотчуждаемых прав человека». Можно согласиться с мнением Н.И. Матузова, что «тезис о естественном и самостоятельном характере прав человека в современной юридической литературе является общепризнанным»¹¹.

В истории политической мысли было немало различных по смыслу, значению и содержанию вариантов теории естественного права. Тем не менее в работах, посвященных теории прав человека, естественно-правовой подход к их обоснованию связывается почти исключительно с именами Гоббса, Локка, Руссо, Монтескье¹². Принципиально иной по смыслу, содержанию и значению естественно-правовой подход к анализу феномена права был осуществлен, как подчеркивают В.А. и В.В. Роговы, в трудах Отцов Церкви¹³.

Естественный закон в его православной интерпретации — «это тождественный и единосущный закону Божьему, данному в первоначальных заповедях. И речь в них идет об обязанностях человека перед Богом, а не о домысленных протестантами правах человека и не о теории прав человека под пером европейских «просветителей»¹⁴. На это же обстоятельство, хотя и в несколько ином ракурсе, обращал внимание и выдающийся немецкий философ Р. Гвардини¹⁵.

⁸ Зиновьев А.В. Запад. М., 2000. С. 242.

⁹ Мамут Л.С. Социальное государство с точки зрения права // Государство и право. 2001. № 7. С. 9.

¹⁰ См.: Право и права человека в условиях глобализации (научная конференция) // Государство и право. 2006. № 2.

¹¹ См.: Матузов Н.И. Теория и практика прав человека в России // Правоведение. 1998. № 4.

¹² См., напр.: Права человека. М., 2004.

¹³ Рогов В.А., Рогов В.В. Древнерусская правовая терминология в отношении к теории права. (Очерки IX — середины XVII вв.). М., 2006; Рогов В.А. Право-пространство-время в богословии и средневековой Руси. М., 2007. Так, «уже Св. Ириной значительно раньше классической римской юриспруденции ввел в христианскую теорию понятие “естественного права” именно как систему “должного” для человека, как выходящую за юридические рамки концепцию всеобъемлющей ответственности перед Богом» (Рогов В.А., Рогов В.В. Указ. соч. С. 223).

¹⁴ См.: Рогов В.А., Рогов В.В. Указ. соч. С. 225.

¹⁵ См.: Гвардини Р. Конец нового времени // Вопросы философии. 1990. № 4. С. 152—159.

Идея прав человека в их доминирующей ныне интерпретации — порождение западного общества эпохи Нового времени, именуемой с недавних пор эпохой «модерна». С течением времени религиозное содержание естественных прав подверглось обмирщению в европейской политико-правовой доктрине, получив законченную безрелигиозную, атеистическую окраску в эпоху Просвещения. Неизбежным следствием этого стала возможность неограниченно произвольной интерпретации сущности и содержания естественных прав. Результаты этого процесса мы сегодня наблюдаем на Западе.

Право в его либеральной версии ограничивается исключительно регулированием внешнего поведения. Доступ к внутреннему миру человека для него закрыт, и потому «основным вопросом» западного либерального государства и права становится легальность, а не моральность. Внеморальность политики, замена всеобщей этики контролем принятых в парламенте законов превратились в кредо государственности и демократии западного типа, устранивших из политики понятие греха (а по сути и совести — провозглашение «свободы совести») и заменяющих его исключительно понятием права: «Разрешено все, что не запрещено законом».

«Естественных правом» объявлено право на содомию, самоубийство и все то, что прежде у всех народов и во все времена считалось постыдным и губительным как для души, так и для тела. В сущности, в позитивном законодательстве закреплена и агрессивно воплощается право на духовную и физическую дегенерацию. Примером тому могут служить законы и референдумы, легализующие однополые браки, эвтаназию и т.д.¹⁶ Тем самым грубейшим образом попираются права тех, кто хотел бы защитить своих детей и внуков от складывающейся «диктатуры дегенератов».

В этом тоже заключена жесткая либеральная логика. Если есть лишь земное человеческое «Я», то нет никаких моральных и философских ограничений на человеческое своеволие. Остается получить лишь санкцию закона. Нечеловеческое или недочеловеческое превращается силою закона в норму. Так, агрессивно и последовательно «правам меньшинств» придается статус «фундаментальных прав человека». Будем и под эти «права» подводить соответствующую «онтологию»?

Западноевропейский подход к естественным правам человека

Современная западная конституционно-правовая теория в сущности давно отошла от идеи естественно-правового обоснования прав человека и стремится толковать их преимущественно в сугубо позитивном, позитивистском плане¹⁷. Известное исключение составляет итальянский конституционализм, в котором основные права (хотя и с весьма существенными оговорками) интерпретируются в качестве некой «метапозитивной» ценности¹⁸. Процесс позитивизации прав человека характерен и для стран англосаксонской правовой семьи, на что обратила внимание И.Ю. Богдановская¹⁹.

Сложнее дело обстояло дело в Германии, причем по не зависящим от немецких теоретиков причинам. Отрицая позитивистский подход к идее основных прав, конституционалисты ФРГ, толкующие Основной закон и черпающие в нем философско-правовую базу для своих построений, избегали и избегают по сию пору апелляции к «естественному праву» и тем более к христианскому вероучению при обосновании идеи неотъемлемых основных прав личности как независимых от государства.

Естественного права (после Нюрнбергского процесса) приходилось чураться в силу политической необходимости (дабы не вызывать «нечистых духов» минувшего). Но и от позитивистского обоснования прав человека — «основных прав» — тоже приходилось

¹⁶ <http://korrespondent.net/world/123129>.

¹⁷ См. подробнее: Защита прав человека в современном мире. М., 1993.

¹⁸ Кариола А. Основные права и свободы по Конституции Италии // Защита прав человека в современном мире. С. 53.

¹⁹ См.: Богдановская И.Ю. Источники права на современном этапе развития «общего права»: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 92—94.

открещиваться: те же Нюрнбергские (как и иные последующие законы) принципы были легальными и с точки зрения юридического позитивизма безупречными. По всему выходило, что и «естественное право», и юридический позитивизм для обоснования идеи прав человека не годились — чтобы не спровоцировать опасных аллюзий.

«Основные права, — отмечает известный конституционалист и в прошлом председатель Конституционного суда ФРГ К. Хессе, — не «заданы природой», т.е. не имеют догосударственного и доправового характера, поскольку обеспечиваются только при позитивном государственном правопорядке. Без правового обеспечения, оформления и ограничения государством, без правовой защиты основные права не смогли бы предоставить индивидууму конкретный реальный статус свободы и равенства и выполнить свои функции в жизни общества». Без взаимосвязи с другими факторами конституционного строя «они смогли бы осуществляться не как “естественный” статус, а только как важная составная часть демократического государственно-правового строя в целом»²⁰.

Выход из возникающей коллизии теории конституционализма ФРГ узрели в придании основным правам статуса «философско-правовой ценности» наивысшего порядка. Однако в таком случае конституционалисты оказались вынуждены разъяснять, почему основные права вопреки историческим и объективным фактам образуют такую систему. Неясно также, как эта система соотносится с «общей системой ценностей конституции»: будут ли эти системы идентичными, а если нет, то какие еще «системы ценностей» помимо основных прав содержит в себе общая система ценностей конституции²¹.

Однако попытка онтологизировать права человека в качестве высшей ценности тоже несет в себе «семя тли». Еще Ницше показал проблематичность философии ценностей, которые, как известно, имеют свою судьбу. На всю проблематичность интерпретация прав человека в качестве непреходящих ценностей обращал внимание и К. Шмитт: «Если рассматривать основные права как ценности, то сразу же возникает вопрос о том, почему эти ценности (равенство, свобода мнений и т.д.) должны рассматриваться в качестве таковых лишь по отношению к государству? Логично было бы распространить такое отношение к ним и на правоотношения, возникающие между гражданами. У ценности своя логика»²².

Как подчеркивал Шмитт в своей работе под многозначительным названием «Тирания ценностей», «облеченная в субъективность свобода подменяется объективностью ценностей, являющаяся объективностью лишь по видимости. Ибо тот, кто ссылается на ценности, не может ничего противопоставить стремлению к переоценке, дискредитации или сомнению в той или иной ценности»²³. Действительно, что мешает суверену пересмотреть статус этих норм-ценностей, и существуют ли для этого непроходимые преграды? Это обоснование принципов-ценностей становится, по Шмитту, слабым звеном данной версии прав человека, и здесь слабо помогает даже придание этим правовым ценностям статуса «трансцендентальных».

Конечно, продолжает Шмитт, можно было бы рассматривать конституционные нормы в качестве выражения «системы ценностей» или «естественно-правовой системы» (поскольку речь идет об основных правах). Однако неизбежным следствием и расплатой будет обесценивание самого текста конституции и ее понятийной структуры. Обретаем же мы в итоге ценности «позитивного» и «над-позитивного» свойства, для сомнения в стабилизирующей роли которых опыт последних десятилетий (причем, не только Германии) дает немало поводов»²⁴.

²⁰ Хессе К. Основы конституционного права ФРГ. С. 150.

²¹ Но это было уже «делом техники» и внимания на это обстоятельство никто особо уже не обращал.

²² Schmitt C. Die Tyrannei der Werte. Hamburg, 1979. S. 33.

²³ Ibid. S. 37.

²⁴ Ibid. S. 33.

Итак: либо основные права — это ценности, которые подлежат одинаковой правовой защите как в отношениях между гражданами и государством, так и между самим гражданами, либо в одном случае основные права — это непреходящие вечные ценности, а в другом — субъективные преходящие права. Такова, по Шмитту, нелегкая ситуация, в которую попадают интерпретаторы конституции в качестве системы ценностей.

Идея примата прав человека в российском конституционализме

Рецепцию принципа примата прав человека, осуществленную в российском конституционализме, можно рассматривать в качестве своеобразной презумпции «виновности государства» по отношению к гражданину. Государство, как отмечает известный конституционалист Й. Изензее, «втискивается в прокрустово ложе конституционных обязанностей, при этом гражданин наделяется свободой по отношению к государству, а через гражданина — и все общество»²⁵.

Принципиальное недоверие к государству как к потенциальному «тирану» корреспондируется в либеральной конституции с принципиальным доверием к гражданину и его свободам. В этом опять-таки присутствует либеральная логика, поскольку гражданин в либеральном представлении является источником государственной власти и ее самоцелью, которая как таковая несравнима и несоизмерима с целевой организацией, коей является государство. Разумеется, речь идет о чисто идеологическом тезисе, а не о реальном положении вещей — обязанностей гражданина по отношению к государству еще никто и нигде не отменял.

В духе этой либеральной логики прописана гл. 2 Конституции РФ, посвященная правам и свободам человека. Статья 2, в частности, гласит: «Человек, его права и свободы являются высшей ценностью. Признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства».

Столь радикальная позиция имеет в своей подоснове весьма определенную антропологию. Антропологию, присущую либерализму.

В.А. Четвернин понимает эту прокламацию в том смысле, что «в демократическом конституционном государстве отдельный человек, его права и свободы представляют собой высшую ценность и по общему правилу имеют приоритет по отношению к общим или государственным интересам, правам нации (народа)»²⁶. Безусловные субъективные права — это, с точки зрения автора, абсолютные права по отношению к компетенции правительств и административных органов. Основными правами и свободами гражданина ограничен, в соответствии с позицией В.А. Четвернина, «и сам государственный суверенитет». Логическим развитием подобного подхода могло бы стать признание примата прав человека над правом вообще.

Идея «приоритета прав человека» часто встречается и других комментариях к Конституции. Г.Д. Садовникова пишет: «Закрепление прав и свобод человека как высшей ценности означает, что во взаимоотношениях человека, общества и государства приоритет принадлежит правам и законным интересам человека»²⁷.

Иными словами, если человек — высшая ценность, то и его права ценности того же — наивысшего — порядка, «предшествующие конституции» и имеющие примат даже над государственным суверенитетом.

Это, безусловно, крайне радикальная и сугубо идеологическая позиция, вызвавшая известную оторопь даже в самом либеральном лагере. «Подобные “новаторские” заключения, — отмечает О.В. Мартышин, — демонстрируют, как далеко отходит ком-

²⁵ Isensee J. Bürgerfreiheit und Bürgertugend // Der Preis der Freiheit. Köln, 1998. S. 20.

²⁶ Четвернин В.А. Демократическое конституционное государство: введение в теорию. М., 1993. С. 6.

²⁷ Садовникова Г.Д. Комментарий к Конституции Российской Федерации (постатейный). М., 2000. С. 15—16.

ментарий не только от текста, но и от смысла Конституции. Речь идет, по существу, не о толковании, а о придании нового содержания Конституции, об ее изменении»²⁸.

Однако на радикальный ответ теории возникает и не менее радикальный вопрос: «А есть ли вообще в этом мире что-то, что превыше прав человека?» Или права человека вообще «над миром»? Связаны ли его права с правами будущих поколений? Связаны ли его права с правами ушедших поколений?

При такой «концептуализации» ни одно государство просто не сможет существовать при мало-мальски серьезном испытании. Принцип превосходства прав личности над правами государства при его практической реализации неминуемо ведет к распаду государства и, следовательно, краху прав личности, поскольку без государства защищать их попросту становится некому.

«Человек» и тем более его права, как справедливо отмечает В.И. Карпец, не могут быть «высшими ценностями» просто потому, что таковыми не являются. Высшие ценности всегда трансцендентны, «иноприродны» и «нездешни». Даже советские идеология и право провозглашали трансцендентные ориентиры, что позволяло им поддерживать свое существование, «питаясь извне»²⁹.

Объявляя человека высшей ценностью, мы неизбежно должны определить некую абсолютную ценность и ее человеческие параметры. Провозглашая человека «высшей ценностью», становится уже невозможно уже уйти от вопроса о качестве этого человека. Падший человек — тоже человек. Он будет «высшей ценностью»? Модусы человечности вообще беспредельны.

Налицо чисто идеологический лозунг, не имеющий к реальной жизни никакого отношения. Как справедливо отмечает О.И. Генисаретский, «идеи всемирного гражданского общества, прав и свобод человека — это утопия, пафос которой — в агрессивном отрицании всего самобытного (в особенности — разных «образов человечности»). В концепции прав человека прямо отражены только те человеческие качества, которые характеризуют человека как автономного, свободного и правоспособного индивида, как частное лицо, представляющее только самого себя, поскольку ему изначально присущи его человеческая природа и выводимые из нее неотчуждаемые права. За этносами, культурами и религиями не признается собственной природы, отличной от индивидуально-человеческой, а следовательно, не признается ни их автономии, ни свободы, ни прав»³⁰.

Следует отметить, что за редчайшим исключением подавляющее большинство российских авторов, пишущих о политическом либерализме, оставляют в стороне этот философско-антропологический аспект либеральной правовой идеологии³¹.

²⁸ Мартышин О.В. Идеино-политические основы современной российской государственности // Государство и право. 2006. № 10. С. 33.

²⁹ Карпец В.И. Русь Мерovingов и корень Рюрика. М., 2006. С. 142—143.

³⁰ См.: Генисаретский О.И. Навигатор: методологические расширения и продолжения. М., 2002. С. 440.

³¹ При возникновении современного общества в результате Реформации, Просвещения и буржуазных революций, отмечает С.Г. Кара-Мурза, «возникло новое представление о человеке — свободный индивидуум. **Ин-дивид** — это перевод на латынь греческого слова **а-том**, что по-русски означает неделимый. Человек стал атомом человечества — свободным, неделимым, в непрерывном движении и соударениях. При этом каждый имел в частной собственности свое тело. Оно стало самым исходным, первичным элементом частной собственности, и в обладании ею все были равны. В России сам смысл понятия «индивид» широкой публике даже до сих пор неизвестен — это слово воспринимается как синоним слова «личность», что совершенно неверно». (Кара-Мурза С.Г. Советская цивилизация. Книга первая. От начала до Великой Победы. М., 2002. С. 335).

Показателен комментарий, который дают крупнейшие теоретики конституционализма ФРГ к Преамбуле Основного закона, в которой говорится, в частности, об ответственности германского народа «перед Богом и людьми». Слова об «ответственности перед Богом и людьми» не следует, по их мнению, толковать в узкорелигиозном плане; они в большей мере означают «признание существования предшествующего государству и обязательного для всех без исключения минимального морально-культурного стандарта с привязкой его к надпозитивному праву и отказ от любых форм тоталитарного отправления власти» (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar. Baden-Baden, 1999. S. 34).

Тем самым уже и Господь Бог фактически сведен до уровня «морально-культурного стандарта».

В настоящее время идеология прав человека стала несущим элементом политической теории либерализма, метафизической системой и неким, по меткому замечанию В.И. Карпеца, «квази-религиозным культом»³².

Общепринятая концепция прав человека является регулятивной либеральной идеей, имеющей в своем основании специфически западное представление о человеке, государстве и естественном праве, распространяемое на иные культуры и цивилизации. Идеология прав человека в ее господствующей — либеральной — интерпретации не имеет ничего общего с христианским взглядом на человека и общество, на права личности, противореча ему в самых своих метафизических основаниях.

Современные российские исследования в области теории прав человека ведутся в большинстве своем в рамках не имеющей сколь-нибудь серьезного научного обоснования евроцентристской парадигмы, воспринятой многими отечественными специалистами в качестве истины в последней инстанции. В связи с этим неудивительно, что наиболее глубокие и свежие идеи в области понимания права и прав человека выдвигаются представителями философии, культурологи, социологии, не связанными западными либеральными догмами.

³² Карпец В.И. Указ. соч. С. 143.

И.Г. Шаблинский

*Профессор кафедры
конституционного
и муниципального права
факультета права
Государственного
университета —
Высшей школы
экономики,
доктор юридических наук*

Новый Комментарий к Конституции Российской Федерации¹

15-летняя годовщина Конституции Российской Федерации — подходящий повод для нового издания комментария к ней (предшествующие издания выходили в 1996 и 2002 гг.). Рецензируемую книгу оправданно и уместно рассматривать не только и не столько как сборник теоретических размышлений по поводу конституционных норм, но как свод правовых позиций Конституционного Суда, раскрывающих и толкующих смысл указанных норм. Источником этих позиций служат прежде всего постановления, принятые Судом в связи с запросами о толковании конкретных статей Конституции. Авторами комментария широко привлекаются и другие решения Суда, а также обширный нормативный материал. Эта особенность работы в значительной мере обусловлена тем, что большинство ее авторов — работники секретариата Конституционного Суда. Их труд опирается на обобщение и детальный анализ 17-летней практики Суда, в том числе и практики последних шести лет — учтены решения, принятые до 1 августа 2008 г. (даты сдачи книги в печать).

В комментарии представлены и позиции, являющиеся результатом официального толкования Конституции, и позиции, которые можно рассматривать как авторские. Последние выявляют определенную динамику российской конституционно-правовой мысли, вызывая интерес с научно-теоретической точки зрения.

В связи с этим имеет смысл поразмыслить: что важнее и плодотворнее с точки зрения целей любого комментария — авторские рефлексии или тщательный учет и подбор соответствующего нормативного материала? Если говорить о практических целях, то никаких сомнений не возникает — читателю важнее интерпретации конституционных норм, которых придерживаются органы государственной власти, особенно если эти позиции уже нашли свое выражение в законах и судебных решениях. Однако необходимо важное уточнение: комментируется не какой-либо кодекс, а Конституция РФ — документ, позволяющий понять не только (и не столько) состояние правового регулирования в конкретной сфере, но состояние правовой системы как таковой, весь спектр отношений власти и общества. Тем более, что есть интересный повод — 15-летие принятия Конституции. По сути, у авторского коллектива была

¹ Рецензия на книгу: Комментарий к Конституции Российской Федерации / под общ. ред. Л.В. Лазарева. 3-е изд. М.: Проспект, 2009.

возможность попытаться подвести определенные, пусть и предварительные итоги действия базового правового документа. Подчеркнем — документа, впервые в российской истории закрепившего принципы приоритета прав человека, федерализма, разделения властей и самостоятельности каждой из них, идеологическое и политическое многообразие, правовой характер государства (здесь необходимо вынести за скобки опыт конституционных поправок 1990—1992 гг.).

Вопрос можно поставить и более конкретно: должны ли были авторы комментария попытаться оценить эффективность действия Конституции с точки зрения воплощения перечисленных принципов? С одной стороны, такая задача может показаться излишней, поскольку комментарий к нормативному акту — это не собственно анализ правоприменительной практики, это несколько иной жанр. С другой стороны, кому нужен комментарий, оторванный от реальности? В принципе, опыт таких комментариев нам, безусловно, знаком. Автор настоящей рецензии прекрасно помнит целый ряд роскошно изданных комментариев к Конституции СССР. Можно предположить, что авторы рецензируемой работы не стремились к добросовестному воспроизводству подобного опыта. В этом случае их исследовательский интерес должно вызывать то, что через 15 лет после принятия Конституции действие принципов разделения властей и федерализма фактически мало заметно, а воплощение принципа политического многообразия на практике более всего похоже на постепенное восстановление монополизма. Впрочем, возможно, кто-то из авторов комментария придерживается совершенно иного мнения.

С теоретической точки зрения представляется важным комментарий к ст. 10 Конституции, формулирующей принцип разделения властей. Автор комментария (В. Кикоть) указывает, что «противоречие в России двух тенденций — “за” и “против” разделения властей, а также тенденций федерализма и унитаризма, централизации и децентрализации, демократизма и бюрократизма, по-видимому, объясняет и не вполне четкий, компромиссный характер ст. 10. В ней говорится, что “государственная власть осуществляется...” (таким образом, одна власть и без указания, что ее носителем является сам народ РФ, а не тот или иной орган государства)... Отклонения от принципа разделения властей в РФ в последние годы стали случаться все чаще, постепенно образуя систему конституционного права, порой не согласующуюся с действующими основными принципами и важными положениями Конституции...» (с. 71, 73).

В связи с этим интересен комментарий к п. «и» ч. 1 ст. 102, предусматривающей компетенцию Совета Федерации. Речь идет о порядке назначения на должность Председателя, заместителя Председателя и аудиторов Счетной палаты, установленном поправками к Федеральному закону «О Счетной палате» в 2004—2007 гг. В настоящее время назначения на все указанные должности осуществляются по представлению главы государства. Комментарий сформулирован весьма осторожно, но позиция автора (Б. Струн) достаточно ясна: «До этого Регламент Совета Федерации предусматривал, что кандидатуры на должности заместителя Председателя Счетной палаты РФ и ее аудиторов предлагаются комитетами, комиссиями Совета Федерации. Комиссия Совета Федерации по взаимодействию со Счетной палатой давала заключения по каждой кандидатуре, формировала список кандидатов и представляла его на заседание Совета Федерации. Этот порядок, на наш взгляд, лучше отвечал назначению Счетной палаты как органа, содействующего палатам Федерального Собрания в осуществлении контроля за исполнением федерального бюджета... Исполняется федеральный бюджет Правительством РФ, которое действует под руководством Президента РФ, и контроль Счетной палаты как органа Федерального Собрания не должен ни в коей мере ставиться в зависимости от кадровых решений Президента» (с. 601).

С этой оценкой вполне можно согласиться. Соответствие названных поправок к Федеральному закону «О Счетной палате» конституционному принципу разде-

ления властей вызывает серьезное сомнение. Впрочем, данную проблему, вполне возможно, еще предстоит изучить Конституционному Суду.

Интерес представляет также комментарий к ст. 14 Конституции, устанавливающей светский характер российского государства. В этом фрагменте учтены, в частности решения Европейского Суда по правам человека. Полностью можно согласиться, что «если конституционное равноправие верующих граждан и религий соблюдается, то констатация количественного преобладания той или иной религии в Конституции этой страны не противоречит правам и свободам человека в данной сфере» (с. 90). Более того, «в некоторых странах устанавливаются государственные религии, количественно преобладающие, но не ограничивающие религиозной свободы иных вероисповеданий. Такова, например, англиканская церковь в Англии...» (там же). Главное, чтобы ни одна из церквей не стремилась «создать для себя преобладающее правовое положение в общегосударственном или региональном масштабе, используя многовековую традицию части населения и полуофициальную поддержку властей» (там же).

Мы акцентируем особое внимание на этих фрагментах, так как затронутые в них темы представляют на сегодняшний день наиболее болезненные точки российского конституционализма. В первую очередь, это относится к проблематике разделения властей и функционирования механизма сдержек и противовесов. Фундаментальный смысл всякой реальной конституции — ее способность действительно ограничивать политическую власть. Если конституция не способна выполнить эту свою основную функцию, то любой ее комментарий теряет всякий практический смысл. Мы, впрочем, исходим из того, что российский конституционализм, переживающий сегодня не самую лучшую пору, все же обладает солидным потенциалом развития.

В главах комментария, посвященных статьям, устанавливающим основы судебной системы в Российской Федерации (автор — Е. Абросимова), особый интерес представляет характеристика условий (сформулированных Пленумом Верховного Суда РФ) для непосредственного применения норм Конституции.

Выделяя фрагменты работы, способные стать предметом полемики, можно обратиться к комментарию ч. 3 ст. 80, устанавливающей правомочия главы государства определять основные направления внутренней и внешней политики. По мнению авторов комментария, «в связи с особым положением главы государства, избранного народом, следует признать обязательность его официальных взглядов на политику, общие концепции в законотворчестве» (с. 498).

Для кого и в каком смысле обязательны «официальные взгляды Президента на политику»? Ответ на этот вопрос представляет определенные трудности, прежде всего в связи с особенностями конструкции комментируемой нормы, которая была объектом серьезных дискуссий еще в октябре 1993 г. Авторы комментария признают, что сказанное не означает «директивности по отношению к Федеральному Собранию, поскольку в системе разделения властей парламент как орган законодательной власти, реализующей политику в законах, самостоятелен».

В реальной действительности при расхождениях Президента и большинства Государственной Думы, скажем, во взглядах на концепцию того или иного закона (что нередко имело место в 1995—1999 гг.), директивные указания депутатам были, мягко говоря, малопродуктивны. В контексте реального разделения властей подобная постановка вопроса вообще неуместна ни в теоретическом, ни в практическом смысле. В то же время позиции главы государства, безусловно, воплощаются в деятельности Правительства. В комментарии указывается: «Императивность действий Президента полностью проявляется во взаимоотношениях Президента с Правительством, которое... осуществляет... полномочия, исполняя указы Президента» (с. 499).

Несмотря на отмеченную связь комментария с правовыми позициями Конституционного Суда, авторы в отдельных случаях, формулируя свою позицию, вступают в полемику с некоторыми конкретными судебными решениями — например, с решения-

ми о конституционности отмены поста президента Республики Мордовия (1993 г.) и о конституционности нового порядка наделения полномочиями глав субъектов Российской Федерации (2005 г.). Это свидетельствует о том, что, опираясь на официальные толкования, авторы не отказываются от собственной позиции.

Не следует забывать, что комментарий к Конституции представляет собой издание, которое носит не только аналитический, но и информационно-справочный характер. В рамках комментария к статьям Конституции, устанавливающих федеративное устройство государства, представляется уместным приведенный авторами точный перечень субъектов Российской Федерации, ставшими в 2004—2008 гг. участниками объединительных процессов. Уместно и упоминание в комментарии к ст. 11 действующих договоров о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и некоторыми ее субъектами.

Следует обратить внимание на одну встреченную в комментарии ошибку, точнее, даже опечатку, которую, однако, можно воспринять как очередной повод для размышлений: на с. 13 упоминается об «узурпации государственной власти... аппаратом Российской компартии (большевиков), в 1925 году переименованной в КПСС...». На самом деле — в 1952 г. Представляется, что читателей, принадлежащих к поколению, не изучавшему в вузах «Историю КПСС», данная опечатка может ввести в заблуждение. Авторы комментария (равно как и рецензент) указанный курс, разумеется, изучали. Нам должно быть особенно ясно, что грань, за которой российская наука конституционного права начнет незаметно повторять судьбу советского государствоведения, может оказаться очень и очень зыбкой.

Итак, представляется, что российские государствоведы смогут найти в рецензируемой работе немало актуальных поводов для размышлений над нормами Конституции, а практические юристы — хорошо структурированный нормативный материал. Оба эти аспекта комментария к Конституции представляют большой интерес и значимость.

Н.А. Голубева

*Заместитель начальника
Контрольно-аналитического
управления Высшего Арбитражного
Суда Российской Федерации*

Статистика в арбитражных судах

В.Е. Звягинцев

*Начальник Аналитического отдела
Контрольно-аналитического управления
Высшего Арбитражного Суда
Российской Федерации*

Статистические показатели — один из основных критериев оценки деятельности арбитражных судов. Они позволяют изучать динамику процессов, характеризующих рассмотрение различных категорий дел, сравнивать результаты работы с итогами предыдущих периодов, с аналогичными показателями других регионов. На этой основе можно объективно оценивать состояние судебной деятельности по разрешению экономических споров и выработать пути дальнейшего совершенствования правосудия.

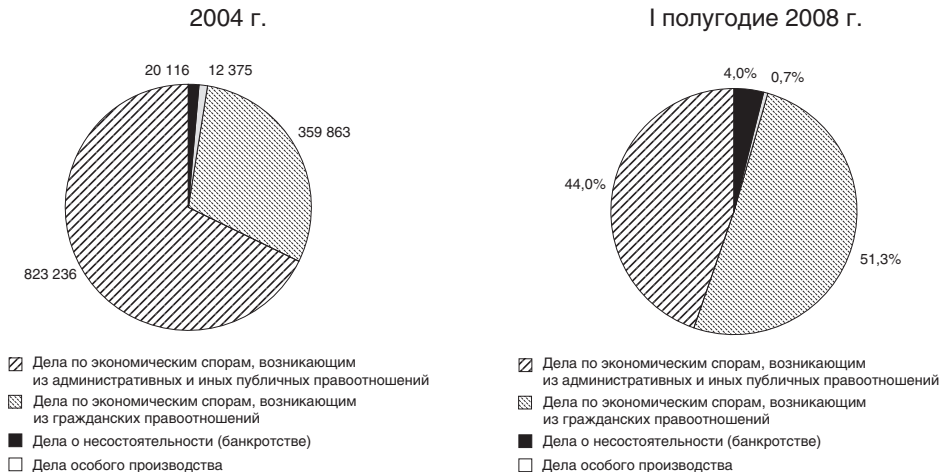
За три последних года (2005—2007 гг.) арбитражными судами рассмотрено почти 3,5 млн дел по первой инстанции, 350 тыс. дел в апелляционной и 190 тыс. дел в кассационной инстанциях. В Высшем Арбитражном Суде Российской Федерации (далее — ВАС РФ) за это же время рассмотрено 50 тыс. заявлений о пересмотре судебных актов в порядке надзора. За указанный период количество рассмотренных дел сократилось на 41,5%. Эта тенденция обусловлена введением в действие Федерального закона от 4 ноября 2005 г. № 137 — ФЗ, в котором предусмотрены меры по совершенствованию административных процедур урегулирования споров. Это привело к ожидаемому резкому сокращению числа поступающих заявлений по спорам, связанным с применением налогового законодательства, а именно — дел о взыскании налоговыми органами обязательных платежей и санкций на незначительные суммы.

Совершенствование действующего законодательства повлекло изменения и в составе разрешаемых арбитражными судами споров. Если в 2004—2005 гг. доля дел, рассмотренных по спорам, возникающим из административных правоотношений, составляла около 70%, то по данным за первое полугодие 2008 г. — только 44%.

Статистические данные арбитражных судов в определенной степени отражают и состояние экономики страны. Статистика предусматривает показатели, освещающие деятельность не только судов, но и деятельность других государственных органов — налоговых, таможенных, органов, исполняющих судебные акты.

По данным статистики с 2965 в 2005 г. до 4818 в 2007 г. возросло число рассмотренных судами дел по спорам, связанным с применением таможенного законодательства. Изменился характер споров по делам, связанным с применением налогового законодательства. Если в 2005 г. основную часть этих дел (87%) составляли дела о взыскании обязательных платежей и санкций, то в первом полугодии 2008 г. их доля уменьшилась до 42%. Напротив, отмечается увеличение удельного

веса дел по спорам об оспаривании нормативных и ненормативных актов налоговых органов (2005 г. — 11%, 2006 г. — 21%, 2007 г. — 52%, первое полугодие 2008 г. — 52% к числу дел, связанных с применением налогового законодательства).



На основе анализа статистических материалов выявляются проблемные вопросы на стыке компетенции арбитражных судов, федеральных органов государственной и исполнительной власти, позволяющие выработать пути совместного решения этих проблем.

Одна из важных функций статистики — организаторская, управленческая. Это своего рода база для постоянного контроля за работой судов, для повседневного оперативного руководства их деятельностью. Систематический анализ соблюдения процессуальных сроков рассмотрения дел позволил добиться, что на протяжении ряда лет в установленные законом сроки рассматривается 94—97% дел в судах первой инстанции, около 90% дел — в судах апелляционной инстанции, 98—99% дел — в судах кассационной инстанции.

Данные судебной статистики оказывают большую помощь при обобщении судебной практики, в ходе законопроектной работы.

Сказанное определяет высокие требования, предъявляемые к судебной статистике. В своей работе суды руководствуются принципами официального статистического учета (полнота, достоверность, научная обоснованность, своевременность предоставления и общедоступность официальной статистической информации; применение научно-обоснованной официальной статистической методологии, соответствующей международным стандартам и др.).

Судебная статистика в арбитражных судах организуется в соответствии с Федеральным конституционным законом «Об арбитражных судах в Российской Федерации», Федеральным законом «Об официальном статистическом учете и системе государственной статистики в Российской Федерации», Регламентом арбитражных судов Российской Федерации и приказом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 19 ноября 2007 г. № 135 «Об утверждении форм статистической отчетности, карточек первичного учета судебных дел, методических рекомендаций по ведению статистического учета и составлению статистических отчетов».

Согласно ст. 45 ФКЗ «Об арбитражных судах в Российской Федерации» непосредственное ведение и анализ судебной статистики возлагаются на аппарат арбитражного суда. Практически эти задачи решают работники образованных в

большинстве судов отделов анализа и обобщения судебной практики, законодательства и статистики. Работа производится в автоматизированном режиме с использованием единой методики формирования отчетов. С 1 марта 2008 г. во всех судах введены в эксплуатацию новые системы автоматизации судопроизводства, разработанные ЗАО «ИК «Кодекс» и ЗАО «КРОК инкорпорейтед».

В Аналитическом отделе Контрольно-аналитического управления Высшего Арбитражного Суда РФ осуществляются сбор, обработка поступающих из судов статистических отчетов по итогам работы за полугодие и год. На этой основе составляются сводные отчеты и пояснительная записка к сводному статистическому отчету о работе арбитражных судов, готовятся аналитические таблицы по различным вопросам. Статистические материалы представляются в Федеральную службу государственной статистики (Росстат), направляются для использования в работе председателям арбитражных судов, размещаются на интернет-сайте ВАС РФ.

Новым этапом в работе по дальнейшему совершенствованию судебной статистики должно стать постепенное внедрение информационных технологий для получения статистических данных из арбитражных судов в режиме «он-лайн».

LEGAL THOUGHT: HISTORY AND CONTEMPORARITY

V.E. Chirkin

LEGAL PERSON IN PUBLIC LAW

Though the distinction between public and private law has been known from the Roman law times, the conception of a legal person in these spheres is disputable in the countries with various legal traditions. For a long time the term public law has not been used in Russian law and by legal doctrine. Nevertheless, the legal reform makes it necessary to develop this category. The legal person in public law has features similar to those the legal person in private law possesses, but at the same time there are some distinctions. Distinct features of a legal person exist in public law in Russian and foreign legislation. There is a tendency to make difference between these categories though there are features similar to legal persons in public and private law.

I.V. Getman-Pavlova

THE SOURCES OF THE INTERNATIONAL PRIVATE LAW: ITALIAN POST-GLOSSATOR BALDI DE UBALDI

Baldi de Ubaldi (1327—1400) is a famous European lawyer of the Middle Ages. He was one of the famous representatives of the school of post glossatories known as the author of commentaries to Justinian Code as well as a practical lawyer. Baldi suggested classification of jus gentium into personal law by bodies, things and circumstances, so making in fact a background for the division of law into public and private parts. He also developed statute theory which argued the similar character of the personal and the exterritorial.

RUSSIAN LAW: CONDITIONS, PERSPECTIVES, COMMENTARIES

N.N. Efremova

THE EVOLUTION OF THE RUSSIAN JUSTICE (THE COURT REFORMS OF XVIII—XIX CENTURIES)

In the article the author analyzes the main periods of the judicial reforms in Russia and presents the generalization of some trends and traditions of such development. The justice surely has social value as a factor of civilization, progress and renovation. An outline of judicial reforms permits to look at the process of modernization of courts structures, activities and its results during various historical periods. The author demonstrates that practically at every stage of Russian history conducting judicial reform was not an easy thing to do. Nevertheless, these reforms mainly achieved their goals and appeared to be a success of universal, Western-born legal values.

L.A. Prokudina

LEGAL PROCEEDINGS IN THE ARBITRATION COURTS

The arbitration courts have become an important part of the Russian legal system. The question concerns the distinct features of the legal proceeding in these courts in comparison with traditional courts of civil jurisdiction. At present there are new tendencies which make the proceedings in the arbitration courts more professional. Such trends will permit to improve justice in the proceedings of regulating economic conflicts, to cut down the terms of legal review of cases. It is especially important for citizens' activities in the economic sphere.

M.U. Orlov

THE LIMITS OF THE EXECUTIVE BODIES LAWMAKING IN THE TAX SPHERE

According to the Tax Code of the Russian Federation the executive bodies have limited powers in tax regulation. The taxation is connected with limitation of the property right. The point is that in practice the legislative limitations for the executive lawmaking are not realized adequately. The author also argues that in real life it is very difficult for a person to appeal against the act adopted by an executive body ultra vires legislative limitations.

N.V. Rostovtseva
THE LEGAL STATUS OF THE MEMBERS OF THE FAMILY OF THE LODGING PROPRIETOR

After adoption of the Housing Code the position of the several categories of individuals, including family members and former family members of the lodging proprietor, has worsened. The author considers that it is necessary to develop legislation defending their rights.

D.V. Chernyaeva
THEORETICAL PROBLEMS OF STRIKE AND LOCKOUT LEGISLATION IN RUSSIA

The Russian Labour Code is rather chary concerning employees' collective actions. Actually, it deals only with one form of such actions – a traditional strike, and in the narrowest meaning of the term. And as far as lockouts are concerned the Code is even more stingy. All this brings about a question of sufficiency of statutory protection of employees participating in actions that are not considered to be strikes, or affected by employer's actions that are not regarded as lockouts. This article contains analysis of some theoretical aspects of the Code provisions concerning strikes and lockouts and their practical consequences in comparative context, with allusions towards international labour standards and foreign labour legislation. The author also makes some suggestions concerning areas and ways of eliminating the corresponding doctrinal and legislative lacunas in the Russian labour law.

LAW IN THE MODERN WORLD

L.R. Sykiainen
ISLAMIC LAW IN THE MODERN LEGAL SYSTEMS OF MUSLIM COUNTRIES: FROM LEGAL DOCTRINE TO LEGISLATION

When Islamic law had been formed during centuries it was developing within different schools of Islamic legal doctrine which played role of its main source. The sphere of Islamic legal norms implementation was limited by local customs, legal traditions of nonmuslims, positive legislation and European law according to "capitulations treaties.

In 19-th century political and legal reforms changed deeply the role of Islamic law as well as its relations with state and positive legislation. At present Islamic law is still one of main elements of legal systems of Muslim countries. In some of them it plays the leading role while in others it is subordinate to positive legislation based on European legal patterns. Now the contemporary Islamic law has already emerged. It differs from the traditional Islamic law, its form and contents. The positive Islamic legislation is the most specific feature of the contemporary Islamic law.

DISCUSSION CLUB

B.A. Kurkin
IDEOLOGEMA OF HUMAN RIGHTS AND ITS INTERPRETATION IN MODERN RUSSIAN LEGAL THEORY

The problem of natural law rights has been periodically discussed in Russian liberal legal literature. The new wave of discussion has begun after adoption of the Russian Constitution of 1993. The author analyzes the western conceptions of human rights and compare them with distinct approach in Russian legal thought.

BOOK REVIEW

I.G. Schablinski
THE NEW COMMENTARIES TO THE RUSSIAN CONSTITUTION

The author gives analysis of the new book «Commentaries to the Constitution of the Russian Federation» (Moscow, 2009).

LAW IN FIGURES

N.A. Golubeva, V.E. Zvyagintsev
STATISTICS IN THE ARBITRATION COURTS

The article contains the statistical data on the activity of the arbitration courts in Russia in the first half of 2008.

Требования к оформлению текстов статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях.

На первой странице следует указать название статьи, ФИО автора, ученую степень, ученое звание, место работы, должность, контактные телефоны, e-mail.

Объем статей от 1 до 1,5 а.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 а.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Статьи должны сопровождаться краткой аннотацией на русском и английском языках.

Рукописи направляются по адресу: 109017, Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, оф. 212 (с приложением дискеты) или по e-mail: lawjournal@hse.ru.

Рукописи не возвращаются.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При наличии замечаний рукопись возвращается автору на доработку.

Автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата за публикацию рукописей не взимается.

Редакция исходит из согласия авторов на размещение их статей в электронном виде.

Позиция редакции необязательно совпадает с мнением авторов.

Перепечатка материалов только по согласованию с редакцией.

Ответственный секретарь *И.В. Гетьман-Павлова*

Художник *А.М. Павлов*

Компьютерная верстка *О.А. Иванова*

Корректор *Е.Е. Андреева*

Подписано в печать 11.12.2008. Формат 70x80/16

Усл. печ. л. 8. Тираж 600 экз.

Отпечатано в типографии

Тираж изготовлен при содействии ООО «МАКС Пресс»

Факультет права

Государственного университета — Высшей школы экономики — качественное юридическое образование экономической направленности

Факультет готовит юристов для крупных юридических компаний, бизнеса и органов государственной власти, а также преподавателей и исследователей для образовательных и научных организаций.

Важнейшими направлениями подготовки являются: гражданское и предпринимательское право, финансовое право, экономика, международное частное и международное публичное право, иностранные языки; углубленное изучение специальных курсов, ориентированных на практическую деятельность юриста; научные исследования.

Занятия проводятся ведущими профессорами, учеными-юристами и практиками.

Факультет сотрудничает с Университетом Париж-1 Пантеон Сорбонна по программе «Юридическое сопровождение экономической деятельности». На 4-м и 5-м курсах занятия на факультете проводятся профессорами из Сорбонны. По окончании занятий студенты получают диплом Магистра права 1-й степени (Master 1). Диплом Магистра права 2-й степени (Master 2) студенты могут получить, проучившись 1 год в Париже.

Факультет предоставляет студентам возможность по окончании 4-го курса продолжить свое образование на факультете права, экономики и финансов Университета Люксембурга по финансово-правовой и международно-правовой специализациям.

Проучившись год в Люксембурге, включая стажировку в Страсбурге, **студенты получают диплом магистра европейского права.**