

Право

журнал
высшей
школы
экономики

3/2009

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. Перевалов
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

119017 Москва, ул. Малая
Ордынка, 17, офис 212
Тел.: (985) 220-99-87
<http://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.Г.Графский

Конституционализм как предмет изучения

3

С.Ю. Данилов

Экономическое направление в зарубежной
конституционно-правовой доктрине

14

И.В. Гетьман-Павлова

Шарль Дьюмулен — основоположник теории автономии воли
в международном частном праве

21

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Н.И. Соловяненко

Правовые проблемы доступа к информации о размещении
государственных и муниципальных заказов

34

В.В.Кулешов

Некоторые особенности экспедиционных услуг, связанных
с перевозкой грузов в международном сообщении

45

Л.А. Прокудина

Участие аппарата суда в осуществлении судебной деятельности

50

А.С.Шаталов

Контроль и запись переговоров на предварительном следствии:
правовые основания, тактические условия, технология проведения

57

Право в современном мире

Ю.М. Юмашев

Свобода движения товаров в ЕС (нетарифные ограничения)

75

Т.Н. Трошкина

Практика нетарифного регулирования в США: развитие
организационно-правовых основ

89

Дискуссионный клуб

М.С. Арсанукаева

Обычное право чеченцев и ингушей (XIX—нач. XX вв.)

111

Научная жизнь

Право в цифрах

Г.А.Степанова, Т.П.Фералонтова, С.А.Сафонова
Деятельность Конституционного Суда Российской Федерации
в 2008—начале 2009 гг.

131

Summary

134



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. Yerpylyova
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.: (985) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Legal Thought: History and Contemporarity

V.G. Grafski

Constitutionalism as a Subject of Research 3

S.U. Danilov

Economic School in Foreign Constitutional Doctrine 14

I.V. Getman-Pavlova

Charles Dumoulin — Founder of Autonomy Will Theory in International
Private Law 21

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

N.I. Solovianenko

Legal Problems of Access to Information about Distribution
of State and Municipal Purchases 34

V.V. Kuleshov

Some Peculiarities of Services Connected with
an International Carriage of Cargo 45

L.A. Prokudina

Function of Court Body in Trial 50

A.S. Shatalov

Control and Records of Talks During Preliminary Investigation:
Legal Background, Tactical Condition, Technology of Behaviour 57

Law in the Modern World

U.M. Umashev

The Free Movement of Goods in European Union: Non-Tariff Barriers 75

T.N. Troshkina

The Practice of Non-tariff Barriers in the USA: the Development
of Legal and Organizational Foundations 89

Discussion Club

M.S. Arsanukaeva

Customary law Chechen and Ingush (XIX—beginning of XX centuries) 111

Scientific Events

Law in Figures

G.A. Stepanova, T.P. Ferapontova, S.A. Safonova

Activity of the Constitutional Court of Russian Federation in 2008—2009 131

Summary

134



В.Г. Графский

Заведующий сектором истории государства и права, политических учений Института государства и права РАН, профессор, доктор юридических наук

Конституционализм как предмет изучения

Даже самое беглое знакомство с отечественной литературой по актуальным теоретическим вопросам правоведения наводит на мысль, что период непримиримых и принципиальных, глубокомысленных и эмоционально окрашенных дискуссий о правильном понимании права закончился без осязаемых позитивных результатов (многие участники остались при своем излюбленном мнении). Почти на пустом месте наступил черед надлежащего истолкования другого, более загадочного по смыслу термина, который именуется «конституционализм». Главная особенность последнего — его признаки и черты отыскивают в политической практике самой седой древности, а все его современные воплощения обросли столь многими и разнообразными обобщениями, что впору говорить еще об одной очень давней и никак не поддающейся внятному растолкованию теме.

Типичное восприятие темы различает две ипостаси конституционализма — теоретическую и практическую, однако при сколько-нибудь обстоятельном рассмотрении каждой из них возникает множество дополнительных и существенных ракурсов обзора и анализа. При этом упускается из виду, что в самых начальных стадиях изучения государства в аспекте идейных, структурных и функциональных свойств, которые образуют содержательный остов конституционализма, уже была обозначена одна из его существенных характеристик. Его главными параметрами всегда были особенности устойчивого и типизированного распределения власти, ее употребления в том или ином соответствии (гармонии, согласии) с представлениями о естественном и искусственном (позитивном) праве, как это наблюдается, к примеру, в политической истории Древней Греции или Рима. Именно в этот период были намечены и растолкованы два главных параметра того феномена, который мы сегодня именуем конституционализмом. Один составляет своеобразно воспринимаемое государственное устройство города-государства или империи. Другой содержит элементы требования правовых начал или фундаментальных законов, намечаемых в виде желательных или уже воплощенных на практике, включая иной раз уже имеющиеся в том или ином полисе (варварском государстве) узаконения и обычаи. Таким образом, уже в древности можно различать своего рода политическую конституцию города-государства, имеющую ряд существенных отличий от юридической конституции, которая предстает там некоей совокупностью общеустроительных законов и обычаев.

Аристотель в обсуждении типических вариантов устройства («основного характера строя») городов-государств обращал внимание на «распорядок в области

организации государственных должностей вообще, и в первую очередь, верховной власти» в ее связи «с порядком государственного управления». Именно последний он и отождествлял с государственным устройством. Не менее существенным для философа было обсуждение вопроса: «Для какой цели возникло государство и сколько видов имеет власть, управляющая человеком в его общественной жизни» (Политика. 1278b). Одновременно Аристотель подчеркивал важную роль законоположений, которые надлежащее устройство тех или иных городов-государств поддерживают и укрепляют. Он, в частности, задавался вопросом о том, «заключается ли в этих законоположения что-либо противоречащее духу и основному характеру их строя» и одновременно «соответствуют или не соответствуют... законоположения наилучшему государственному строю» (Политика. 1269a).

Для Аристотеля было азбучной истиной, что в каждом городе-государстве его полноправные сограждане участвуют или могут участвовать в выработке законов, в исполнении должностных забот и в осуществлении правосудия, т.е. говоря современным языком, имеют право участвовать в отправлении всех трех ветвей государственной власти. Именно это распределение власти и считается обычно конституцией, точнее, политической конституцией государства в ее античном истолковании, главным содержанием которой является то или иное распределение власти, образующее в конечном итоге «основной характер строя» города-государства. Впоследствии подобное восприятие и толкование конституции стало особенно близким и родным в Англии, где конституция в ее формально-юридическом смысле всегда отсутствовала и до сих пор не появилась. Зато появилась формула «правление законов» (the Rule of Law), которая опирается на известную Аристотелю политическую заповедь «правление законов, а не людей» и передается в русском переводе в несколько напыщенном виде как «господство права».

Перечитывая заново трактат Цицерона «О законах» под углом зрения истории конституционализма, О.А. Омельченко обнаружил в нем ни много ни мало наличие проекта юридической конституции государства. Он содержится в том фрагменте трактата, который назван «законы законов» и повествует о подчинении обычного (текущего) законодательства определенным общим принципам. Как отмечает комментатор, «и по содержанию эти законы не имели узконормативного характера: их положения всеобщие, касаются наиболее важных политических проблем и институтов, какими они представлялись тогда»¹. Воспроизводимая далее идея Цицерона как сохранить на века желаемое устройство², представляет собой, по нашему мнению, импровизацию на обсужденную аристотелевскую тему о надлежащем соответствии законоположений «основному характеру строя».

Критическое сравнительно-сопоставительное рассмотрение концепций конституционализма как распределения власти впервые и наиболее основательно было рассмотрено в магистерской диссертации Н.Н. Ворошилова, выпускника Казанского университета и начинающего преподавателя Демидовского юридического лица в Ярославле («Критический разбор учения о разделении властей» — 1871 г.). Идея разделения властей рассматривалась автором на протяжении всей обозримой политической истории народов и наций, начиная с древности. С этих позиций он критиковал тех исследователей, которые всю заслугу в создании учения приписывали одному Монтескье: «...Нам известно, что писатели древние, и средневековые,

¹ Омельченко О.А. Очерки западного конституционализма // Фэмис. Ежегодник истории права и правоведения. — 2005. — Выпуск 6. — М., 2006. — С. 12. Ср. также: С. 11, 13.

² Участники цицероновского диалога пришли к такому заключению: «Издать законы, соответствующие наиболее лучшему государственному устройству, и сохранить его» (Законы. 11.X.23).

и нового времени высказывали мысль о разделении властей не вскользь только, а с некоторой подробностью»³.

Разделению властей большое внимание уделял Аристотель, который видел в каждом городе-государстве наличие трех властных учреждений: общего собрания, обсуждавшего общественные дела, сословия правителей и сословия судей. В Средние века не чужд был идее обособления судебной власти от управления даже пропагандист суверенной власти Ж. Боден, который соглашался на это ради обеспечения королевского благополучия. И Руссо, вопреки своей концепции неделимого народного суверенитета, делал определенную уступку в пользу теории разделения властей. При обострении коллизий между общей и частной волями, он полагал необходимым создание особого юридического тела — трибуната, т.е. органа, стоящего над верховной волей народа, выполняющего роль хранителя и защитника законов и законодательной власти. Что касается заслуги Монтескье, то действительно, «никогда и никто до него разделение властей... не было выставлено как начало, столь необходимое для сохранения и развития свободы, никогда и никем до такой наглядности не был связан вопрос о свободе с взаимным отношением властей, как это сделал Монтескье»⁴. Аристотель, в частности, при всей широте его ума, не мог в силу условий своего времени возвыситься до идеи индивидуальной свободы, и потому «человек им понимался как орудие государства, без высшего, независимого от государства стремления, в котором он был бы абсолютная цель в себе»⁵.

В прощальном слове о рано ушедшем из жизни и подававшем большие надежды ученого коллеги Н.Н. Ворошилова по лицу Н.К. Нелидов назвал его сочинение «ценным вкладом в нашу очень небогатую политическую литературу». Н.К. Нелидов обратил внимание на главный вывод исследования, что разделение властей — термин далеко не точный и его было бы приличнее заменить выражением «разграничение властей», понимаемым как «разграничение отдельных функций государственной власти, в своем главном источнике всегда единой и неразделимой»⁶. Некоторое время спустя видный конституционалист начала XX столетия В.М. Гессен привлек внимание к тому, что Монтескье нигде не употребляет термин «разделение властей», но пишет об «обособлении властей». Как нетрудно убедиться, употребление термина «разделение властей» в русскоязычной литературе до сих пор является доминирующим.

Монография Н.Н. Ворошилова о разделении властей стала первой в ряду оригинальных и фундаментальных публикаций преподавателей Демидовского лицея по проблематике конституционализма и смежной с ней тематике правового государства как государства конституционного. Среди них выделяются работы преподавателя лицея Н.И. Палиенко, опубликовавшего в 1906 году в «Вестнике права» статью «Правовое государство и конституционализм» и в 1908 году монографию «Учение о существе права и правовой связанности государства», в которой обстоятельно рассматривался вопрос о роли суда в контроле за конституционностью законов. В какой-то мере эти вопросы затрагивались и в последней его работе — «Учение о природе государства и его единстве в современном государствоведении» (Харьков,

³ Ворошилов Н.Н. Критический разбор учения о разделении властей. Ярославль, 1871. С. 6.

⁴ Там же. С. 7.

⁵ Там же. С. 10.

⁶ Нелидов Н.К. Слово о Н.Н. Ворошилове // Временник Демидовского юридического лицея. — 1873. — Кн.5. — С. 438—4389. Подробнее см. в кн.: Егоров С.А. «На честное дело жизни»: Ярославская юридическая школа. Ярославль, 1996. Глава 5. Научные исследования и общественное служение. С. 112—254, 168—169.

1927). Заслуживают внимания и публикации Б.А. Кистяковского — «Конституция дарованная и конституция завоеванная» (1906), «Страницы прошлого: к истории конституционного движения в России», «Политическое и юридическое значение Манифеста 17 октября 1905 года», не говоря уже о его знаменитой статье «В защиту права» из сборника «Вехи» (1909). Глубокой основательностью веет от статьи Ф.В. Тарановского «Историческое и методологическое взаимоотношение истории, догмы и политики права» (Журнал министерства юстиции. 1916. № 3). Стройная логичность, сжатость и изящная прелесть стиля отличают работы А.Е. Назимова «Реакция в Пруссии» (1886) и «Теория конституционализма Рудольфа Гнейста»; сохраняют актуальность взгляды Н.Н. Полянского на роль суда как фундамента правового государства («Суд в правовом государстве и наука уголовного процесса», опубликована в Юридическом вестнике, 1916, кн. 17)⁷.

К началу XX века в европейской литературе по конституционализму преобладал восходящий к Аристотелю политико-институциональный подход, тон в котором задавали английские историки права и политических институтов — Дайси, Мэтланд, Фримэн. Для них «конституцией является сложная совокупность законов и учреждений» (Дайси)⁸. Интересной новацией в этой традиции стал фундаментальный труд американского историка Ч. Бирда «Экономическая интерпретация конституции Соединенных Штатов» (1913), который сочетал политологический анализ конституционной истории и практики с политэкономическим и социологическим социально-групповым анализом⁹. Несколько обособленным от общей традиции оказался фундаментальный «Курс конституционной политики» Б. Константа, выдающегося французского конституционалиста первой половины XIX века¹⁰.

Сравнительно новым направлением в традиции аристотелевского конституционализма стало рационально-духовное истолкование истории фундаментальных законов и учреждений и возведение этой традиции к Платону, у которого были обнаружены «чисто рациональные» основы истолкования права как института (как закона учрежденного). Закон в этом восприятии является «единственным подлинным выразителем свободы». Именно в этой трактовке законов обнаруживают себя «образ мысли Платона и сумма его политической мудрости» (Э. Кассирер)¹¹.

Советский и постсоветский периоды в изучении конституционализма в нашей литературе содержат сравнительно мало обновлений в своей традиции анализа, основанной на формально-юридических характеристиках норм и институтов советских и зарубежных конституций (основных законов). Несколько заметней становятся новации в той традиции, которая характеризует конституцию с ее реальной (социально-политической и идейной) стороны, т.е. как исторически-конкретную или типизированную совокупность учреждений власти и управления, созданных во имя реализации определенных целей и выстроенных в определенной иерархии и соподчиненности. К этой же области новаций следует отнести методологиче-

⁷ Подробнее см.: Егоров С.А. Указ. соч. С. 152—166, 170—173, 223 и след.

⁸ См., напр.: Дайси А.В. Основы государственного права Англии. М., 1905. С. 392; Фримэн Э. Развитие английской конституции с древнейших времен. М., 1905; Maitland F. Constitutional History of England. Cambridge, 1908.

⁹ Beard Ch. An Economic Interpretation of the Constitution of the United States. N.Y., 1913.

¹⁰ Constant B. Cours de politique constitutionnelle, ou Collection des ouvrages, publiés sur le gouvernement représentatif. Ed. par E. Laboulaie. T. 1—2. Paris, 1861.

¹¹ Cassirer E. Natur- und Völkerrecht im Lichte der Geschichte und der Systematischen philosophie. Berlin, 1919. S. 217, 53. Подробнее см.: История буржуазного конституционализма. XIX век. М., 1986. С. 41 (автор главы — В.В. Кизяковский).

ски обновленный анализ институтов и норм, характеризующих конституционно-правовой статус человека и гражданина. Произошло новое обращение к трактовке естественных и неотчуждаемых прав человека и гражданина, и особую влиятельность приобрела идея общечеловеческих ценностей, которые следует воспринимать обособленно от классовых политико-правовых ценностей.

Именно на этой волне методологических обновлений группа историков Института государства и права под руководством В.С. Нерсесянца выступила с относительно новой трактовкой конституционализма, который характеризовался в единстве трех основных воплощений. Первое — конституционализм как определенная политико-правовая идея (теоретическая конструкция). Второе — конституционализм как определенное программное требование определенного политического движения (конституционные идеи и связанные с ними политические размежевания таких политических объединений, как тори и виги в Англии XIX века или федералисты и республиканцы в США конца XVIII века, а также конституционные идеи и проекты «дворянского конституционализма» в России). Третье — конституционализм как некая воплощенная в правотворческой и правоприменительной практике конституционная идея и политическая доктрина¹².

В сокращенном виде конституционализм был охарактеризован как теоретическая доктрина, идейно-политическое движение и государственно-правовая практика¹³. Для многих последующих комментаторов этой триады бесспорным выглядят первый и третий компоненты названной триады, т.е. теоретическая доктрина и ее практическое воплощение, и остается вне поля зрения средний компонент. «Конституционализм, — писали авторы названной монографии, — означает прежде всего сам факт наличия конституции и ее активного влияния на политическую жизнь страны, верховенство и определяющую роль конституции (писаной или неписаной) как основного закона в системе действующего законодательства, опосредованность политических отношений конституционно-правовыми нормами, конституционную регламентацию государственного строя и политического режима, конституционное признание прав и свобод личности, правового характера взаимоотношений гражданина и государства»¹⁴.

Существо конституционализма как политико-правовой (государственно-правовой) практики наилучшим образом изложено во второй книге тех же авторов, которая была посвящена буржуазному конституционализму XIX века. «Для конституционализма как политико-правовой практики существенное значение имеет факт наличия конституции и ее активного влияния на политическую жизнь страны, реальное функционирование конституции в системе действующего законодательства. Конституционализм предполагает, кроме того, конституционно-правовую регламентацию государственного строя и политического режима, конституционную защиту прав и свобод личности в ее взаимоотношениях с государством. Как

¹² Работы по схожей тематике и с использованием термина «конституционализм» получили широкое распространение во многих странах Европы и Америки в послевоенный период. См., напр.: Hartung F. Deutsche Verfassungsgeschichte vom 15 Jahrhundert bis zur Gegenwart. Stuttgart, 1950; Н/ Dick. The Road from Runnime: Magna Carta and Constitutionalism in America. Charlottesville, 1968; Dargo G. Roots of the Republic. A New Perspective on Early American Constitutionalism. N.Y., 1974; Problem des Konstitutionalismus im 19. Jahrhundert. Berlin, 1975.

¹³ См.: История буржуазного конституционализма XVII—XVIII вв. М., 1983. С. 3. В состав авторов вошли В.С. Нерсесянц (отв. ред.), П.С. Грацианский, В.Г. Каленский, Л.С. Мамут, О.В. Мартышин. При написании вводной статьи использованы также материалы автора этих строк. См.: Там же. С. 18.

¹⁴ Там же. С. 4.

специфический способ устройства и осуществления политической власти определенного класса (классов) конституционализм включает в себя регламентацию полномочий и деятельности государственного аппарата»¹⁵.

В приведенной аттестации конституционализма практически воспроизводится характеристика того компонента политической организации общества, который обычно именуется политической конституцией (термин приписывается Прудону) или просто конституцией. Под конституцией подразумевается форма организации и распределения власти в государстве (такое толкование организации государственной власти в виде известных трех ветвей можно вычитать у Аристотеля, что и было акцентировано В.С. Нерсесянцем в упомянутой коллективной работе). Эта же традиция сохраняет свое значение в английской литературе. Конституционно-правовое устройство характеризовалось во времена Дайси при помощи термина «закон государственного устройства» (the Law of Constitution), а не термина «конституционный закон». В более поздние времена термины «конституция» и «конституционность» воспринимаются уже в виде «сложного сочетания законов и учреждений», либо (несколько упрощенно и односторонне) в виде «системы фундаментальных принципов правительственной власти»¹⁶.

В работе 1986 года давался перечень идей и принципов той составной части конституционализма, которую авторы назвали политико-правовой идеологией и которая, по их толкованию, входила естественной частью как в теоретическую доктрину, так и в программные положения конституционалистского идейно-политического движения. К этому набору идей и начал были отнесены, в частности, представления о народном суверенитете и демократии, о разделении властей и избирательной системе, режиме парламентаризма, гражданских свободах, правовом статусе личности, законности и др.¹⁷ Некоторое время спустя, после принятия конституции России 1993 года, В.С. Нерсесянц в оправдание наличия данного компонента конституционализма писал, что конституционализм может восприниматься и в качестве общегосударственной идеологии. Он полагал, что идеологией конституционализма должна быть пронизана вся деятельность уже сформированных и еще формирующихся институтов российской правовой государственности. Для реального утверждения конституционализма необходимо сформировать надлежащую нормативно-правовую базу и механизмы защиты конституционного строя от всех правонарушений, в особенности, публично-правовой ответственности всех должностных лиц всех ветвей и уровней власти за неуважение к Конституции, нарушение конституционных норм, процедур и порядков¹⁸.

¹⁵ История буржуазного конституционализма XIX в. Редколлегия: Нерсесянц В.С. (отв. ред.), В.Г. Графский, Л.С. Мамут. М., 1986. С. 3. Интересную манеру усвоения аристотелевской темы в рамках собственной трактовки конституционализма предпринял Гегель. Следуя древнему философу, Гегель концентрируется на существующих практиках и нормах и определяет конституцию одновременно и узко (как властные учреждения и цели), и широко (включая также цели и ценности индивидов и социальных структур внутри государства). По мнению проф. П. Стилмана, ученого секретаря Гегелевского общества в Америке, конституционная мысль немецкого философа вобрала в себя элементы древних и современных конституционных идей. См.: Stillman P. Hegel's Idea of Constitutionalism // Constitutionalism: the philosophical dimension. Ed. by A. Rosenbaum. N.Y., 1988. P. 88—89.

¹⁶ См.: Garner B.A. A Dictionary of Modern Legal Usage. Second edition. Oxford, 2001. P. 284.

¹⁷ История буржуазного конституционализма XIX в. С. 3.

¹⁸ Нерсесянц В.С. Конституционализм как общегосударственная идеология // Конституционно-правовая реформа в Российской Федерации. Сб.ст. / Отв. ред. Ю.С. Пивоваров. М., 2000. С. 8.

Таким образом, общетеоретическая конструкция конституционализма вначале нашла свое наиболее фундаментальное обоснование на примере изучения всеобщей истории права, в которой наиболее плодотворным для обобщений оказался этап буржуазных революций и последующих конституционных фиксаций этих перемен¹⁹.

Российский конституционализм стал предметом усиленных и весьма многочисленных разработок в основном после принятия сегодняшней конституции²⁰.

Из общетеоретических работ последних лет заслуживают упоминания работы патриарха отечественного государственоведения и политологии В.Е. Чиркина, предложившего интересную конструкцию переосмысления или уточненного истолкования традиционных идеалов и представлений (естественные права человека, разделение властей и др.)²¹. Несколько неожиданным выглядит предложение В.И. Крусса интерпретировать конституционализм как современную (даже постсовременную) философию права. Логика такого истолкования новых возможностей конституционализма выглядит следующим образом: «Глобальная «экспансия» конституционной государственности в цивилизационном аспекте, ее гуманитарные, пацифистские, культурные достижения и... их очевидный потенциал... дают конституционализму весомые основания говорить о самых фундаментальных вопросах бытия голосом времени и на языке общечеловеческих смыслов и ценностей»²². Все вроде бы понятно, только неясно, кто же будет вещать голосом «конституционной государственности» — лица чиновно—властные, граждане—обыватели или истолкователи со стороны.

Новые аспекты конституционализма открылись в ходе осуществления и обсуждения начавшейся в 90—е годы судебной реформы. Особенно это касается тех ее сторон, которые связаны с уяснением новой роли трех ветвей судебной власти, а также ставших актуальными во всем мире путей и средств обеспечения защиты прав жертв преступных посягательств, число которых приобрело внушительные размеры, а гарантированная помощь государства оставляет желать много лучшего²³. Особый род размышлений о природе и назначении судебной власти в налаживании режима законности и справедливости вызван появлением и активностью Конституционного Суда России, включающей научно-обобщающую и комментаторскую работу самих членов российского Высочайшего суда²⁴.

¹⁹ См.: Практика буржуазного конституционализма. М., 1982; Современный буржуазный конституционализм в теории и практике. Свердловск, 1985; Мишин А.А. Государственное право буржуазных и развивающихся стран. М., 1989. С. 67 и след.

²⁰ Исключение составили работы И.М. Степанова. См.: Социалистический конституционализм: сущность, опыт, проблемы // Советское государство и право. — 1987. — № 10; Грани российского конституционализма (XX век) // Конституционный строй России. — Вып. 1. — М., 1992; Уроки и парадоксы российского конституционализма. М., 1996.

²¹ См.: Чиркин В.Е. Конституционное право: Россия и зарубежный опыт. М., 1998; Он же. Современные проблемы Российского конституционализма: переосмысление ценностей // Вестник Международного университета (в Москве). — Серия «Право». — Вып. IV. — М., 2000. — С. 45—68.

²² Крусс В. Конституционализм и философия права: к познанию проблемы // Право и жизнь. — 1998. — № 15. — С. 13.

²³ См. об этом: Бойков А.Д. Третья власть в России. Книга вторая — продолжение реформ. М., 2002. С. 126—150, 153 и след.

²⁴ См., например: Эбзеев Б.С. Конституция, правовое государство, Конституционный Суд. М., 1997; Зорькин В.Д. Россия и Конституция в XXI веке. 2—е изд. М., 2008 (в особенности разделы «Принцип разделения властей в решениях Конституционного Суда РФ», «Качество правосудия — вопрос конституционный», «Христианская этика, конституционное правосудие и национальные интересы России», «Стандарт справедливости», «Интеграция европейского конституционного пространства» и др.); Его же. Конституция и права человека в XXI веке. М., 2008 (в особенности раздел «Ценностный подход в конституционном регулировании прав и свобод», с. 25—56).

Интересный аспект восприятия конституционализма как феномена политической системы обозначает А.Н. Медушевский²⁵. Мы уже привлекали внимание к давней традиции истолкования конституции как исторически определенной формы распределения власти, которую можно воспринимать и как политическую систему. Если взглянуть на типические формы истолкования институтов и функций политической системы или политических режимов в учебных пособиях по публичному праву²⁶, мы обнаружим там почти все институты конституционного права — выборы, служащие правительственной власти (президент, премьер-министр, министры), парламент, органы судебные и консультативные, публичные свободы. Не менее существенно для обсуждения конституционализма и то, что конституционное право рассмотрено во взаимодействии с правом административным и финансовым. Роль финансового обеспечения государственной жизнедеятельности сегодня столь велика, что появились работы о финансовом федерализме²⁷, и это наряду с традиционным обсуждением разновидностей финансовых империй и финансовой олигархии как конституционно значимых для некоторых государств политических субъектов.

Литература по современному российскому конституционализму с трудом обозрима²⁸. Подводя итог обзору новейшей литературы по российскому конституционализму, О.Е. Кутафин пришел к выводу, в котором легко просматривается позиция, характерная для авторов двухтомника по истории буржуазного конституционализма. Он пишет, в частности: «Представляется, что понятие «конституционализм» можно рассматривать, с одной стороны, как теоретическую доктрину... а с другой стороны, как государственную строй, созданный в соответствии с этой доктриной. Формирование конституционализма как теоретической доктрины и основанного на ней идейно-теоретического движения исторически связано с переходом от феодализма к капитализму...»²⁹.

Непривычным выглядит в его трактовке структурный срез российского конституционализма. Российское конституционное государство рассмотрено, в частности, в совокупности таких своих основ: политические основы, экономическая, социальная и духовная³⁰. Говоря о современном российском конституционализме,

²⁵ См.: Медушевский А.Н. Демократия и авторитаризм. Российский конституционализм в сравнительной перспективе. М., 1997. С. 4.

²⁶ Мы берем за образец учебник М. Дюверже по публичному праву: Duverger M. Elements de droit public. 12—e ed. Deuxieme partie. Les institutions politiques actuelles. P., 1988. P. 101—191.

²⁷ По этой теме защищена докторская диссертация С.В. Королевым.

²⁸ По необходимости ограничимся упоминанием лишь нескольких, привлекающих внимание своим творческим и оригинальным истолкованием этой уже традиционной темы: Богданова Н.А. Категория «конституционализм» в науке конституционного права // Российский конституционализм: проблемы и решения. М., 1999. С.135—140; Ромашов Р.А. Современный конституционализм: вопросы истории и теории. СПб., 1998; Авакьян С.А. Конституционализм. Конституционное право // Энциклопедический словарь. М., 2000.С. 304—305; Сониная Л.В. Конституционализм в Российской Федерации как политико-правовой режим. Автореферат дис....к. ю. н. Екатеринбург, 2001; Арановский К.В. Конституция как государственно-правовая традиция и условия ее изучения в российской правовой среде // Правоведение. — 2002. — № 1; Кравец И.А. Российский конституционализм: проблемы становления, развития и осуществления. СПб., 2005;

²⁹ Кутафин О.Е. Российский конституционализм. М., 2008. С. 44.

³⁰ Там же. С. 198—327. Подобное расширительное истолкование конституционализма делает его похожим на истолкование основных параметров цивилизации у Тойнби, что, собственно, лишний раз подтверждает давнюю, идущую от Монтескье позицию, воспринимающую право и связанное с ним правосудие воплощением духа народного. Как писал Победоносцев в обоснование судебной реформы середины XIX века, «у всех народов...формы суда и расправы состояли в тесной связи со всеми условиями политического и народного быта, с нравами и обычаями народными». Победоносцев К.П. О реформах в гражданском судопроизводстве // Русский вестник. — 1859. — Т. 21. Июнь. — Кн. 2. — С. 546—547. Подробнее см.: Тимошина Е.В. Я вижу ясно путь и истину... (вступительная статья) // Победоносцев К.П. Курс гражданского права. Первая часть: Вотчинные права. М., 2002 (Классика российской цивилистики).

автор замечает, что он «носит в значительной мере характер мнимого конституционализма, поскольку отличается неустойчивостью, возможностью обращения вспять, очевидной вероятностью перехода конституционных по происхождению и политической терминологии феноменов в свою противоположность — авторитаризм»³¹.

Термин «мнимый конституционализм» имеет интересную историю, связанную с изучением процессов политической модернизации начала XX века в России и Германии. Именно германские и затем российские конституционалисты выявили самые характерные черты этой ситуации перемен и ввели для ее обозначения термин «мнимый конституционализм», подчеркнув «неустойчивость, обратимость данной системы конституционализма, очевидную для них возможность перехода конституционных по своему происхождению и политической терминологии феноменов в свою противоположность — авторитаризм иного типа. Эти предвидения и политические прогнозы оправдались. Мнимый конституционализм в итоге сменился иным социальным механизмом, который мы обозначили не как мнимый (т.е. открытый все же для дальнейшего развития конституционных институтов), но как номинальный, сохраняющий лишь видимость конституционных реформ. Советский и постсоветский этапы социального развития дают возможность осуществлять сравнительный подход и определять место русского конституционализма в мировой истории в более широкой перспективе»³².

М. Вебер и российские конституционалисты начала XX века прогнозировали опасность срыва конституционных реформ в России. Вебер считал российский конституционализм не вполне проявленным и называл его иронически «стыдливым конституционализмом». Мнимость, или говоря другими словами, неустойчивость и отчасти призрачность конституционных реформ в те годы определялись не только состоянием властных структур (которые субъективно противились реформам), но прежде всего объективным состоянием общества и государства. Это были такие условия, при которых теряли надежду самые смелые из реформаторов и мыслителей: неготовность общества (незрелость политической культуры), неготовность административных структур (ориентированность на бюрократическое авторитарное правление), отсутствие механизмов социального контроля, невовлеченность общества в управление крупными внутриполитическими проблемами. Население модернизирующегося общества не преодолело стереотипов политического поведения традиционного общества. Прогнозы русских конституционалистов начала века не были уверенно оптимистичными, что сказывалось и на их политической программе (например, программе конституционных демократов)³³.

В наборе понятийных конструкций конституционалистов начала прошлого века новую актуальность приобрел термин «конституционное государство». Он стал толковаться не только как синоним современного правового государства (в частности, как синоним наиболее «развитой» правовой формы организации и функционирования власти, «адекватно выражающей социально-исторически обусловленную меру свободы в общественных отношениях»³⁴), но также как воплощение «стабильного правопорядка», нацеленного на содействие и обеспечение не-

³¹ Кутафин О.Е. Указ соч. С. 7.

³² Медушевский А.Н. Демократия и авторитаризм: Российский конституционализм в сравнительной перспективе. М., 1997. С. 594.

³³ См.: Там же. С. 595.

³⁴ Четвернин В.А. Демократическое конституционное государство: введение в теорию. М., 1993. С. 76.

обходимых «условий нормальной жизнедеятельности людей»³⁵. Практически речь идет о видоизмененной трактовке конституционализма, который в данном случае передается с помощью терминов «конституционный» и «конституционность», понимаемых не в узко-правовом смысле стандартов конституционного правления и актов правительственной власти, а в расширительном смысле термина «конституционной законности» (легитимности и нормативности)³⁶.

Наиболее радикальной новацией в нашей литературе следует считать позицию, согласно которой под конституцией необходимо понимать не основной закон, а совокупность фактически существующих конституционных правоотношений. По этой логике конституционные правоотношения существуют и там, где конституции в виде основного закона нет, например, в Великобритании, которая воспринимается «отечеством конституционных учреждений». Как пишет незаурядный пропагандист этой позиции в нашем правоведении, «конституцию образует в первую очередь общность действующих правоотношений известного качества, основанный на верховенстве права и на правах личности политический строй, а не основной закон, искусно написанный»³⁷. Практически это возврат (с понятными поправками и модификациями) к старинной, восходящей к Аристотелю, трактовке конституции и конституционализма. Эти явления получили в трудах философа системную теоретическую и этико-нормативную трактовку, в пределах которой греческий синоним конституции — «политейа» — получил простейшее истолкование как совокупность родов должностей и занятий в полисе (городе-государстве) и некоторые описания особенностей практической правительственной деятельности. Но самое главное в данной трактовке заключается в том, что чисто описательное употребление этого слова ведет к признанию, что конституцией (по-другому, общим устройством) обладает каждое государство — вне зависимости от того, насколько дурно или ошибочно оно управляется.

Подводя итог, можно заключить, что конституционализм есть нечто обдуманно учреждаемое в виде институтов и норм (благодаря замыслам, идеям или программному требованию определенного политического реформаторства, движения), либо учрежденное формально (т.е. уже закрепленное законодательно и организационно в виде институциональных учреждений и процедур) и функционирующее реально (пребывающее в постоянном целенаправленном и процедурно-выверенном варианте деятельности) в целях безопасности лиц и имуществ. Главное назначение такого устройства — возведение преград произволу и насилию в любой области общенародной социальной и политической деятельности, в первую очередь, в деятельности государственных учреждений. Хорошая политическая конституция (как и хорошая телесная и духовная конституция) предназначена обеспечивать человеку самое насущное — жизнь во всех ее возможных лучших проявлениях и, не в последнюю очередь, свободу и стремление к счастью. Заслуживает внимание

³⁵ Ромашов Р.А. Конституционное государство (история, современность, перспективы развития). Красноярск, 1997. С. 65.

³⁶ Это сближение смыслов терминов «конституционность» и «конституционализм» заметно проявилось в недавней публикации об американском правоведе-конституционалисте первой половины XIX века Л. Спунере. Он критиковал американскую конституционную практику с позиций, близких анархизму, и оказал идейное влияние на европейских, в том числе русских, анархистов. См.: Белькович Р.Ю. Против государства: радикальный конституционализм Лисандера Спунера // Правоведение. — 2008. — № 6. — С. 108—127.

³⁷ Арановский К.В. Конституция России среди источников иностранного конституционного права // Правоведение. — 2008. — № 6. — С. 44.

общенародная (республиканская) направленность конституционализма, который предстает как надлежащее устройство дел частных и публичных усилиями граждан и государства на основе общенародного согласия в вопросах права и общности интересов. О том, что надлежащее устройство подобных дел всегда проблематично, было хорошо известно и философам, и политикам с незапамятных времен. Аристотель замечает: «Общепризнано, что в том государстве, которое желает иметь прекрасный строй, граждане должны быть свободны от забот о предметах первой необходимости. Но нелегко уяснить, каким образом это осуществить» (Политика. 1269а).

Конституционализм как объект научного внимания и освоения легко свести к двум-трем вечным ипостасям, другое дело его предметное обсуждение, которое усложняется и прирастает новыми областями познанного и познаваемого³⁸ вместе с изменением и необратимым усложнением политических и иных отношений человека с человеком в составе семьи, общества и государства.

³⁸ Интересную попытку обсудить позитивные и обременительные варианты воздействия новейших средств и «потоков» массовых коммуникаций (газеты—мобильники—телевещание) на пользование свободой слова или печати (согласно Первой поправке к Конституции США) предприняли авторы сборника «Конституционализм: философское измерение». Заглавие раздела об этой проблеме, написанном философом Вильямс—колледжа Розмари Тонг, говорит само за себя — «Приручение технологического императива: конституционализм в двадцать первом веке». Речь идет о том, что современные технологии нередко «ослабляют Конституцию» и что именно они делают возможным «такими способами адаптировать конституционные ценности индивидуальной свободы, справедливости и безопасности и к таким обстоятельствам, которые никогда не обсуждались создателями Конституции». Tong R. The Taming of the Technological Imperative: Constitutionalism in the Twenty—First Century // *Constitutionalism: the Philosophical Dimension*. Ed. by A.S. Rosenbaum. N.Y., 1988. P.222.

С.Ю. Данилов

*Профессор кафедры
конституционного
и муниципального
права
факультета права
Государственного
университета —
Высшей школы
экономики,
доктор исторических
наук*

Экономическое направление в зарубежной конституционно- правовой доктрине

Глобальный экономический кризис начала XXI в. поставил правовую науку наряду с другими социальными науками перед необходимостью дальнейшего переосмысления вопросов, связанных с государственным регулированием экономики. Социальные науки на данном этапе их развития стараются объединить усилия в решении вставших перед ними задач, в том числе связанных с определением роли конституционного государства в экономическом развитии. Предметом настоящей статьи является анализ экономического направления в конституционно-правовой мысли зарубежных стран. Выработанный в рамках этого направления подход может иметь значение для дальнейшего развития российской науки конституционного права.

Возникновение экономического направления обусловлено общим расширением конституционно-правового регулирования экономических отношений. Конституции «второго поколения» (начиная с Веймарской) отводят все большее внимание регулированию процессов, протекающих в сфере экономики. Например, Конституция Франции 1958 г. в ст.34 закрепила использование государственного программирования экономики. В статьях 130 и 131 Конституции Испании 1978 г. установлено, что государство вносит вклад в экономическое развитие и обязано планировать экономическую деятельность. Аналогичные положения содержатся в действующих конституциях Бразилии, Греции, Индии, Швейцарии, Южно-Африканской Республики. Закрепление экономической составляющей конституции имеет место и в странах новой демократии в Восточной Европе и Центральной Азии в 1990—2000-х гг. Обновление конституционного строя, последовавшее в данный период минимум в 25 государствах, повсеместно сопровождалось расширением конституционного регулирования экономических отношений.

В связи с этими процессами возросла потребность доктринального анализа экономических положений конституционных актов. Даже в тех странах, в которых данные нормы не установлены на конституционном уровне (например, в США), доктрина ставит своей целью исследовать, насколько положения конституции, принятой еще в доиндустриальный период, эффективны в условиях постиндустриального развития. Ученые стараются выяснить степень действенности конституционных норм и механизмов с точки зрения их влияния на экономические процессы. «Конституции предусматривают и закрепляют многие институты, которые могут влиять на общую продуктивность экономического организма страны, на параметры государственного аппарата, даже на уровень коррупции»¹. В определенной

¹ Persson S., Tabellini M. The Economic Effects of Constitution // Constitutional Political Economy. — 2007. — № 16. — P. 309.

степени анализ конституционного регулирования экономических отношений стал проявляться и в российской конституционно-правовой доктрине².

Необходимо оговориться, что результативность такого подхода определяется тем, насколько конституционно-правовая доктрина способна расширить методологию исследования доминирующего в ней нормативно-правового подхода. Рассмотрение проблем, возникающих на стыке научных исследований, требует выхода за рамки исключительно нормативно-правовой методологии. В тех странах, где социологическая юриспруденция получила своевременное развитие, такие исследования являются более успешными³. С другой стороны, конституционно-правовые нормы, регулирующие экономическое развитие, анализируются и учеными-экономистами. Методика экономической науки способствует дальнейшему развитию анализа эффективности конституционно-правовых норм и механизмов.

Сложившееся в конституционной доктрине экономическое направление объединяет и юристов-конституционалистов, и изучающих конституционное право экономистов, и адептов других наук (далее — «экономисты—конституционалисты»)⁴. Ими рассматривается как влияние, оказываемое состоянием экономики на конституционные институты, так и обратные процессы. В результате в научной литературе стали утверждаться новые термины — «конституционная экономика», «экономическая конституция», «фискальная конституция», «монетарная конституция», «конкурентный федерализм» и т.д.⁵

Специфика экономического направления в конституционной доктрине — в том, что его последователи исходят из посылки, что современное государство уже состоялось как правовое, конституционное и социальное. Соответственно анализируются только страны с высоким уровнем правового развития. Страны, находящиеся на пути к становлению правового государства и определяемые как «минималистские государства», обычно не становятся предметом изучения⁶. Реальные

² См., напр.: Андреева Г.Н. Экономическая конституция в зарубежных странах. М., 2006; Баранова К.К. Бюджетный федерализм и местное самоуправление в Германии. М., 2001; Баренбойм П.А., Лафитский В.И., Мау В.А. Конституционная экономика. М., 2006; Данилов С.Ю. Конституционная экономика в зарубежных странах. М., 2008.

³ См., напр.: Изензее Г., Кирхгоф Й. Государственное право Германии. М., 1994; Allan T. Constitutional Justice. A Liberal Theory of the Rule of Law. N. Y. — Oxford, 2001; Hodgins B. Where Economy and Constitution Meet in Canada. Montreal, 1981; Taft R. Political Control of Economy. Princeton, 1988; Vanssay de X. Freedom and Growth. Do Constitution Matter? // Public Choice. — 1994. — № 8.

⁴ По данным электронного журнала «Конституционная политическая экономия», среди его авторов юристы составляют около 20%, политологи и социологи — около 30%, экономисты — порядка 40%, специалисты в области других дисциплин (истории, психологии, математики) — около 10%. По странам мира авторы распределяются так: США — 32%, Канада — 16%, Италия — 14%, Германия — 9%, Испания, Польша, Франция и ЮАР — по 5%, прочие страны — 4%. Основателем направления считается близкий к Чикагской научной школе экономист и социолог Дж. Бьюкенен. Видными представителями направления являются также С. Колл, Р. Макгуайр, М. Табеллини, Р. Холкомб.

⁵ Blume L., Voight S. Economic Efficiency of Human Rights // Kyklos. — 2007. — № 60; Brennan G. The Expressive Constitutionalism // Constitutional Political Economy. — 2002. — № 13; Buchanan J.M. The Constitutional Economics. Houston, 1989; Buchanan J.M. The Collected Works. Vols. 8–9. Indianapolis, 2001; Griffin N. Constitutional Economics and European Legal Integration // Constitutional Political Economy. — 2006. — № 17; Holcombe R. From Liberty to Democracy. Transformations of American Government. Ann Arbor, 2002; McGuire R.G. To Form a More Perfect Union. A New Economic Interpretation of the American Constitution. Oxford, 2003; Norton S. Cost of Diversity. Property Rights and Growth // Constitutional Political Economy. — 2000. — № 11; Persson S., Tabellini M. The Economic Effects of Constitution. Cambridge (Mass.)—London, 2007; Vanssay de X. et al. Constitutional Foundations of Economic Freedoms // Constitutional Political Economy. — 2005. — № 16; Voight S. The Constitutional Political Economy. Chaltenham, 2003.

⁶ Coll S. The Origins and Evolution of Democracy. An Exercise in History from a Constitutional Approach // Constitutional Political Economy. — 2008. — № 8. — P. 340; Samuels J. The Interrelations between Legal and Economic Processes. A Consideration of the Reactions // Ibid. — 2008. — № 8. — P. 323–324.

сдержки и противовесы в государственном управлении, открытость («прозрачность») принятия решений экономисты-конституционалисты рассматривают в качестве обязательных условий оптимального развития современной многоотраслевой постиндустриальной экономики⁷. При этом ученые не питают иллюзий, что, даже следуя данным условиям, конституционное государство может искоренить циклические кризисы, устранить социальное неравенство и безработицу. Однако государство в состоянии препятствовать криминализации экономики, смягчать проявления регионального неравенства, а в кризисные времена — поддерживать смешанную экономику, не нарушая вместе с тем конституционной законности. Наиболее серьезные экономические успехи были достигнуты современными государствами именно в таком качестве.

Применение количественных, математических методов и критериев исследования позволяет экономистам-конституционалистам давать новые оценки эффективности конституционно-правовых институтов и повышает достоверность обобщений и выводов, сделанных традиционной конституционно-правовой наукой. Несомненный интерес представляют результаты проведенного учеными на материалах 85 стран исследования связи между состоянием экономики, избирательными системами и формой правления⁸.

Для пропорциональной избирательной системы характерно деление государственной территории на крупные многомандатные округа, а для мажоритарной — на мелкие одномандатные. По наблюдениям экономистов-конституционалистов в первом случае политические партии и избиратели сосредотачиваются на общегосударственных проблемах, во втором — на более узких вопросах местного развития. В результате во время выборов по пропорциональной системе больше внимания отводится публичному сектору экономики и социальным программам, во время выборов по мажоритарной системе — состоянию частной экономики. Традиционное следствие применения пропорциональной избирательной системы — формирование коалиционных правительств. Обычно это правительства меньшинства, которые из-за межпартийных разногласий часто опаздывают с принятием неотложных политико-административных мер. Острее всего это отражается на бюджетно-финансовой стратегии государства. В странах с пропорциональной системой бюджетный дефицит поэтому оказывается в среднем на 2% больше, чем в странах с мажоритарной системой, способствующей образованию однопартийных правительств.

Экономисты-конституционалисты установили, что при применении на выборах свободных партийных списков, когда избиратели голосуют в первую очередь за кандидата, уровень коррупции в государственном управлении в целом ниже, чем при использовании связанных партийных списков, оставляющих избирателям меньше возможностей для влияния на персональный состав выборного органа⁹.

Что касается вариантов формы правления, то в политическом процессе президентского государства яснее проявляется деление общества на многочисленные социальные группы с дифференцированными интересами — демографические, региональные, профессиональные. В связи с этим социальные расходы (соответственно, и налоги) в пересчете на душу населения оказываются в президентском государстве несколько выше, чем в парламентском. Расчеты экономистов-конституционалистов показывают, что парламентское государство в сравнении с

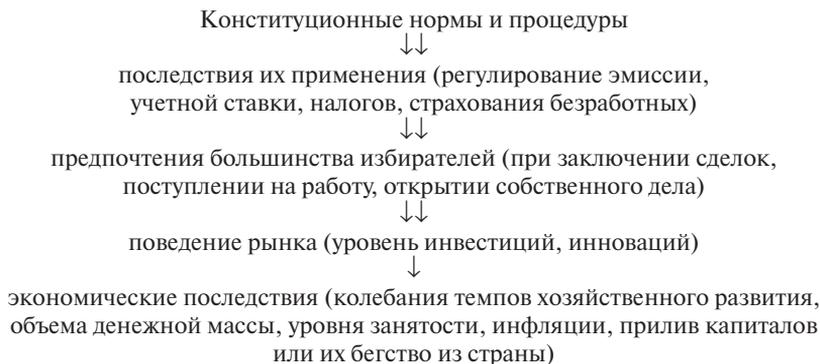
⁷ Metelska-Szaniawska K. The Constitutional and Economic Reform in Transition. An Empirical Study // Constitutional Political Economy. — 2008. — № 8. — P. 9—10.

⁸ Сами экономисты-конституционалисты употребляют иные термины — они классифицируют государства в зависимости от «права законодательного органа на отстранение правительства от власти».

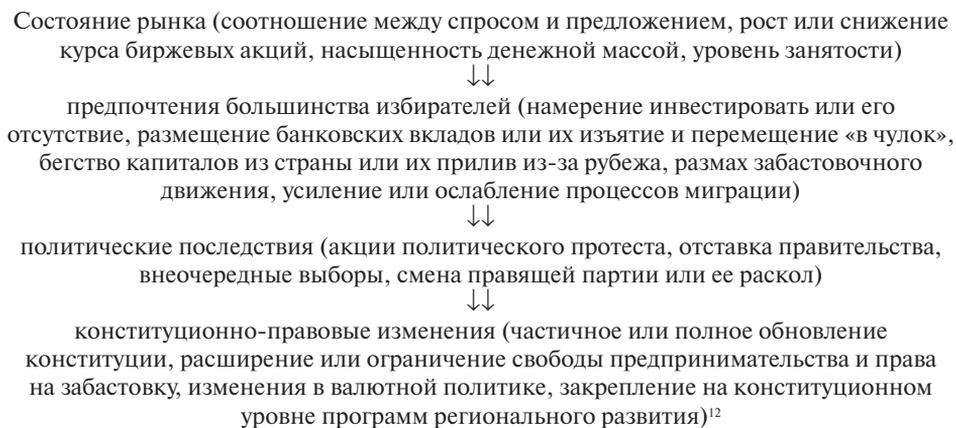
⁹ Voigt S. Op.cit. P. 28.

президентским характеризуется (при прочих равных условиях) несколько более низким уровнем налогообложения и более высоким уровнем производительности экономического сектора¹⁰.

К элементам новизны в экономическом направлении относится рассмотрение двустороннего характера связи между конституционно-правовыми нормами и процедурами (механизмами), с одной стороны, и состоянием экономики — с другой¹¹. В предложенной системе координат выстроена схема взаимодействия элементов современного конституционного государства и рыночной экономики. Сложившаяся между ними связь «сверху вниз» предстает в изображении экономистов-конституционалистов в следующем виде:



Связь между экономикой и конституцией «снизу вверх» действует таким образом:



Некоторые противоречия, присущие развитию конституционного демократического государства, подмечены экономистами-конституционалистами с должной

¹⁰ Joireman S. Colonization and the Rule of Law. Comparing the Effectiveness of Common Law and Civil law // Constitutional Political Economy. — 2004. — № 15. P. 325—326.

¹¹ Pearl S. Discussion, Construction and Evolution. Mr. Buchanan and Hayek on Constitutional Order // Constitutional Political Economy. — 2007. — № 18. — P. 64.

¹² Metelska-Szaniawska K. Op.cit. P. 17—18.

точностью. Конституции XX в. закрепили существование социального государства — или, по определению экономистов-конституционалистов, «государства распределяющей демократии». Но это государство принесло с собой разрушение трудовой этики, распад целых социальных слоев (крестьянства, ремесленников), застойную безработицу, хроническую инфляцию¹³. Проблемы соотношения финансовой (монетарной) политики с конституционными нормами привлекают особое внимание многих экономистов-конституционалистов.

Созданное экономистом-конституционалистом Д. Бьюкененом учение о «монетарной конституции» порождено широко распространенным подозрением, что «государство распределяющей демократии» злоупотребляет данными ему финансово-налоговыми полномочиями. В значительной степени данное учение выросло из положений известного американского либертарно-консервативного мыслителя Ф. фон Хайека, который доказывал, что перераспределение общественного продукта органами власти оборачивается «дорогой к рабству» — подчинением общества государству¹⁴. В отличие от Хайека экономисты-конституционалисты не призывают вернуться к «минималистскому государству». Главный предмет их критического разбора — не государственное регулирование экономики в целом, а уязвимые стороны фискальной политики, которые проявляются в неспособности или нежелании «государства распределяющей демократии» справиться с инфляцией. Экономисты-конституционалисты исходят из предположения, что управление публичными финансами в наше время превратилось в обязанность, ибо в современном плюралистическом, взаимозависимом обществе правительству приходится угождать множеству «экономических агентов», действующих в нескольких амплуа одновременно.

По мнению экономистов-конституционалистов, лидеры западного мира и официальные экономисты «подчиняются не закрепленным на конституционном уровне правилам фискальной политики так, словно последние обладают высшей юридической силой. Можно подумать, что по отношению к фискальным органам государства конституция не обладает прямым действием». В сущности, здесь выражен протест против устойчиво сохраняющегося разрыва между юридической и фактической конституцией в силу опережающего развития последней. Мишенью критики экономистов-конституционалистов является и сочетание высокого уровня налогообложения со значительными темпами инфляции. Но и к существующим конституционным нормам и процедурам как таковым отношение у сторонников данного учения критическое, ибо эти нормы часто фиксируют только индивидуальные права и свободы. Основой оптимизации конституционных норм должны стать не «тревоги частных лиц насчет их будущего статуса, а их экономическая и социальная взаимозависимость»¹⁵. Данное положение — при всей его расплывчатости — имеет несомненные точки соприкосновения с теорией солидарности, восходящей к идеям некоторых европейских конституционалистов рубежа XIX—XX вв.¹⁶

¹³ Amico D. James Buchanan on Monetary Constitution // Constitutional Political Economy. 2007. N18. — P.303.

¹⁴ См. подробнее: Хайек Ф. Право, законодательство, свобода. М., 2009.

¹⁵ Coll S. Op.cit. P. 311.

¹⁶ Ср.: Дюги Л. Конституционное право. Общая теория государства. СПб., 1908. С. 57, 236. «Жизненный элемент всякого общества есть солидарность. Правовая норма, рожденная социальной солидарностью, приобретает черты, свойственные самой солидарности. Сказать, что государство должно обеспечить свое существование, значит сказать, что оно должно содействовать социальной солидарности и, следовательно, праву, рождающемуся из этой солидарности... Закон, находящийся в очевидной и абсолютной оппозиции к элементам социальной солидарности, социально не существует», — подчеркивал он. См. также: Современное буржуазное государственное право. Критические очерки // отв. ред. Туманов В.А. Т. 1. Буржуазная наука государственного права. М., 1987. С. 25—27.

Бьюкенен и его последователи предлагают заменить стихию рыночных цен «графиком движения цен», т.е. установить постоянно действующий общеобязательный контроль над ценами и закрепить его на конституционном уровне. Государственным органам будет вменено в обязанность заблаговременно информировать население обо всех предстоящих движениях цен на товары и услуги. Ключевые слова проекта — это «предсказуемость» и «стабильность». По мысли экономистов-конституционалистов, такая мера в максимально возможной степени учтет интересы всех слоев населения, уставших от инфляции. Она приведет экономический компонент конституции в равновесие с ее политико-правовыми компонентами и принесет обществу такую же цивилизующую пользу, как, например, введение правил дорожного движения.

Однако будет ли наряду с контролем над ценами установлен контроль над доходами (прибылями и зарплатой), какими призваны быть санкции против нарушителей контроля (административными, уголовными), будет ли при «графике движения цен» изменен статус общественных объединений (начиная с профессиональных и предпринимательских союзов) — экономисты-конституционалисты не уточняют. Они не дают объяснений, как совместить объемлющий контроль над ценообразованием со свободой предпринимательской деятельности, которую большинство экономистов-конституционалистов считает аксиомой и без которой проблематично существование смешанной экономики и конституционного государства. Настроенные главным образом на функциональный анализ конституционализма, эти ученые не придают необходимого значения анализу институциональной составляющей конституционно-правовой проблематики. Несомненная упрощенность присуща их проектам «монетарной конституции», механизм воплощения которой в жизнь не продуман экономистами-конституционалистами ни юридически, ни политически.

Вместе с тем вызывает одобрение отрицательное отношение адептов экономического направления к отрыву науки от жизни. Экономисты-конституционалисты рассматривают предмет изучения в динамике, широко используют новый понятийный аппарат и математические методы исследования. Неизбежность распространения конституционного государства они выводят не из теории прав человека, а из практических потребностей экономического развития.

Экономический взгляд на проблемы конституционного права позволяет теоретикам и практикам выработать более емкое представление об эффективности не только конституционно-правовых норм, но и права в целом, и сравнительного правоповедения в частности. К примеру, экономисты-конституционалисты предложили новый метод сопоставления особенностей двух самых распространенных правовых семей — романо-германской семьи и семьи общего права. Для этого они взяли за основу критерий связи между правовой семьей и защитой права частной собственности — «интенсивность денежного оборота» (ИДО; английская аббревиатура — СИМ). Такой критерий дает возможность проводить точные измерения, предлагать поддающиеся проверке оценки прав частных собственников и степени их защищенности. Коэффициент ИДО выражает соотношение между денежными средствами, находящимися в данный момент вне банков, и всей денежной массой, обращающейся на территории страны. Величина ИДО пропорциональна опасности, в которой находится право частной собственности, и наоборот. Экономисты-конституционалисты не без оснований подчеркивают, что найденный ими критерий базируется на исторически сложившейся репутации финансовых учреждений и государства в целом, доверии или недоверии к ним со стороны большинства. Такое доверие не может быть создано искусственно.

Оценки, к которым пришли исследователи, красноречивы сами по себе. В странах общего права, которое «в меньшей степени подвержено злоупотреблениям», ИДО в среднем оказался приблизительно в 4 раза ниже, чем в странах романо-германского права¹⁷. Правда, такие исследования кардинально не меняют сложившихся в конституционно-правовой доктрине представлений о государственных институтах, однако являются полезным дополнением их характеристик. Эти дополнения должны быть приняты во внимание и учеными-юристами.

Внимательного рассмотрения заслуживает системный, комплексный подход к проблемам права и экономики, который разработан экономистами-конституционалистами. Системный подход позволяет преодолевать ведомственные барьеры, сложившиеся в науке, и изучать разнопорядковые явления постоянно меняющейся действительности в их взаимосвязи¹⁸. Ценность и практическая полезность подобного подхода возрастает в связи с необходимостью поиска путей и средств выхода из глобального экономического кризиса.

¹⁷ Joireman S. Colonization and the Rule of Law. Comparing the Effectiveness of Common Law and Civil Law // Constitutional Political Economy. — 2004. — № 15. — P. 331.

¹⁸ «Наличие или отсутствие правового государства, правления при помощи закона — это ключ к пониманию дифференциации, которая сложилась в уровне экономического развития членов международного сообщества. Она неразрывно связана со зрелостью или незрелостью как конституционной политической демократии, так и экономического организма различных стран. Эффективность работы конституционно-правовых институтов имеет большое значение как в пределах национальных границ, так и в международном сообществе. Государство, которое обеспечивает своим гражданам равное обращение и полноценную защиту, подвергается наименьшей опасности внутреннего вооруженного конфликта», — резонно отмечают экономисты-конституционалисты (Amico D. Op.cit. P. 315).

И.В. Гетьман-Павлова

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

Шарль Дюмулен – основоположник теории автономии воли в международном частном праве¹

В XVI в. развитие первой доктрины международного частного права — итальянской теории статутов — переместилось во Францию. Учения постглоссаторов послужили отправным пунктом для развития коллизионных доктрин французских юристов. Многие бартолисты (преемники основоположника науки конфликтного права Бартоло да Сассоферрато) были французского происхождения или работали на территории современной южной Франции. Необходимо отметить, что в то время экономическая и политическая ситуация во Франции была иной, нежели в Северной Италии. Франция находилась в состоянии феодальной раздробленности. В наибольшей степени феодальные отношения продолжали господствовать на севере страны. Расцвет активности французских постглоссаторов пришелся на период, когда отдельные провинции объединялись в политически единое государство, последующую абсолютную монархию.

Политическое объединение Франции в XV—XVI вв. не привело к единству гражданского права. Париж, Бордо, Бургундия, Бретань, Нормандия и другие провинции имели свои собственные обычаи («кутюмы»). В XII в. местные обычаи большей частью получили письменное закрепление в городских статутах, которые содержали, однако, в основном нормы публичного права (уголовного, процессуального); «юридические определения гражданского права встречаются в них очень редко и в весьма слабой степени»². Развитие гражданского оборота создавало коллизии кутюмов. В признании прав, возникших под действием разноместных обычаев, главным образом нуждались купцы и банкиры, которые стремились к созданию единого национального рынка. Городская буржуазия, сконцентрированная прежде всего в Париже, была заинтересована в политико-правовом объединении страны. Буржуазия стала естественным союзником королевской власти в борьбе за подчинение местных феодалов и сокращение их привилегий.

Интерес к вопросам коллизии законов во Франции во многом был обусловлен богатством разнообразием и спецификой источников гражданского права: в пределах политически объединенных провинций действовали обособленные кутюмы; эти кутюмы на протяжении XV—XVI вв. подверглись официальному редактированию. Общее распоряжение о редактировании кутюмов королевства издано было Карлом VII в 1454 г. Стоит отметить, что редакции отдельных сборников растягиваются на

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

² Карасевич П.Л. Обычное право Франции в историческом его развитии. М., 1875.

десятилетия в течение второй половины XV и всего XVI вв., однако в некоторых случаях датируются и более ранними годами XV в.

На почве дробности источников гражданского права жизненная практика неизбежно порождала вопросы конфликтного порядка³. Для Франции XVI в. при наличии различных кутюмов и отсутствии единого гражданского права основное значение имели не межгосударственные, а межобластные (интерлокальные) коллизии. Кроме того, римское право — в отличие от Северной Италии — во Франции не обладало силой закона и, самое большее, просто влияло на создание кутюмов.

Во Франции XVI в. огромную роль в разработке вопросов межобластных коллизий сыграл Шарль Дюмулен (Кароль Мулин, Чарльз Димулин — Charles Dumoulin, Carolus Molinaeus, Moulin, Molinaeug; 1500—1566), автор многочисленных комментариев к кутюмам. Впоследствии его творчество получило самую высокую оценку: «одно из самых крупных имен французской юриспруденции XVI в.»; крупнейший юрист, французский преемник Бартоло; самый видный из преемников постгlossаторов во Франции; «выдающийся французский юрист, занимающий в ряду французских юристов XVI в. особенное место»; высший из авторитетов старофранцузского обычного права⁴. Вплоть до самой смерти Карл Дюмулен считался «ученейшим человеком своего времени» в области гражданского и обычного права Франции. «В своих комментариях Парижских нравов он так превосходно соединяет римское право с французским, что юристы, жившие после него, принимали его за образец». Французские юристы XIX в. считали Дюмулена отцом новой практической юриспруденции и ставили имя его рядом с именем знаменитого Я. Куяция: «Французское законоведение получило, при появлении Карла Дюмулена, такое же движение, как римское при Куяции»⁵.

Карл Дюмулен был адвокатом в парижском парламенте, но рано удалился от дел и посвятил себя «кабинетной» работе. Как юрист—практик Дюмулен считается представителем третьего сословия; его учение отражало интересы мелких и средних собственников, интересы купцов, заинтересованных в преодолении правового партикуляризма. Дюмулен первый выступил за введение единого права на всей территории Франции, за создание условий беспрепятственного общения между всеми физическими и юридическими лицами⁶. Будучи гугенотом, в 1544 г. он был вынужден бежать из Парижа, опасаясь преследований по религиозным мотивам. Преподавал в Тюбингенском университете (Германия).

Сочинения Дюмулена проникнуты стремлением преодолеть феодальную раздробленность в праве, усилить влияние королевской власти и умалить значение церковных судов. Борьба с феодализмом и защита королевской власти составляют его главную славу⁷. Это отразилось и в консультациях Дюмулена. Он высту-

³ См.: Макензи. Римское право сравнительно с законами Франции, Англии и Шотландии. М., 1864.

⁴ См.: Брун М.И. Очерки истории конфликтного права. Пг., 1915; Лунц Л.А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002; Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М., 1924; Мандельштам А.Н. Гаагские конференции о кодификации международного частного права. Т. I—II. СПб., 1900; Мережко А.А. Наука международного частного права: история и современность. Киев, 2006; Мэн Г.С. Древнее право, его связь с древней историей общества и его отношение к новейшим идеям. СПб., 1873; Kalensky P. Trends of private international law. Prague, 1971.

⁵ Макензи. Указ. соч.

⁶ См.: Бендецкий Т. Международное частное право. М., 2004; Лунц Л.А. Указ. соч.; Крылов С.Б., Перетерский И.С. Международное частное право. М., 1940.

⁷ См.: Брун М.И. Указ. соч.

пал против церковной юрисдикции и доказывал неприемлемость постановлений Тридентского собора. Резко осуждал провозглашенный церковью запрет взимать проценты по займам⁸. Утверждал, что источник прав короля — это закон, закон и власть — выше короля; король — не вотчинник королевства, а только правитель; все сеньориальные суды допустимы только в силу делегации от королевской юстиции; феодальные повинности имеют одиозный характер и кутюмы, на которых они основаны, подлежат ограничительному толкованию. Кутюмы, противоречащие естественному праву, вообще не подлежат применению.

Как большинство современных ему юристов, Дюмулен считал естественное право действующим французским правом; к природе и ее законам он относился с «большой горячностью». Панегирики Дюмулена относительно естественного права «отличаются особенными риторическими оборотами»⁹. Римское право Дюмулен полагал писаным разумом, но допускал действие принципов римского и канонического права лишь постольку, поскольку они могут признаваться и применяться в силу своего внутреннего превосходства. Все сочинения Дюмулена представляли собой развитие традиции римской классической юриспруденции, требовавшей индивидуализации отношений, которые подлежали правовой регламентации.

В 1539 г. появилось первое издание сочинения Дюмулена о ленах; самое знаменитое его сочинение — это «Комментарии к обычаям» (*Notes sur toutes les coutumes*). Комментарии Дюмулена представляют собой изложение общего французского обычного права; автор имел в виду подготовить сближение и обобщение обычаев, составить из них единый закон. В 1715 г. французский юрист Мервилль написал на основе этого сочинения алфавитное извлечение об обычном праве. Комментарии Дюмулена положили начало обработке национального права посредством сравнения кутюмов всей Франции. Благодаря его сравнительному методу облегчилось понимание отдельных обычаев и выяснился дух общего обычного права, его основные начала и отдельные институты. «Такое благотворное направление в юриспруденции имело огромное влияние на пересмотр и исправление обычаев во второй половине XVI в.; исправления часто делались согласно указаниям и воззрениям Дюмулена»¹⁰. Он написал обширные замечания на редакцию старинных обычаи Бурбонне 1521 г. (первая редакция — 1493 г.). В своих комментариях к редакциям обычая Ниверне и Этампа ученый, как и многие другие французские авторы, «высоко чтившие юридические обычаи, знатоки обычного права», указывал на поспешность, небрежность, односторонность и пристрастие, которые внесли редакторы в такую важную работу. Дюмулен написал комментарии почти ко всем кутюмам Франции и требовал их объединения в одной кодификации.

Наиболее обширные исследования и замечания Дюмулен посвятил сборнику обычаев Парижа (в редакции 1510 г.). Содержание этих обычаев вырабатывалось постепенно под влиянием римского и канонического права. Уже в начале XIII в. на территории Парижа феодальное право имело более развитый характер, чем в других французских провинциях. В 1330 г. французский юрист Дюбрель собрал самые важные решения, процессуальные обычаи и акты Парижского парламента 1322—1330 гг. и составил судебник «*Stylus curiae parlamenti auctore Guillelmo do Brolio, le style du parlement par Dubrueil*». Это был первый трактат по процессуальному праву, пользовавшийся высокой популярностью в среде юристов—практиков.

⁸ См.: Вольф М. Международное частное право. М., 1948.

⁹ Мэн Г.С. Указ. соч.

¹⁰ Карасевич П.Л. Указ. соч.

В 1495 г. советник Улузского парламента профессор Офрери сделал свои замечания и пояснения на судебник Дюбреля, присоединив к нему решения архиепископа Тулузского (этот комментарий был издан в 1515 г.). В 1558 г. Дюмулен подготовил «превосходное издание»¹¹ судебного Дюбреля с комментариями Офрери.

В XVIII—XIX вв. обычаи Парижа получили значение общепарижского права; они применялись во всех провинциях для восполнения пробелов местного законодательства. Это произошло прежде всего потому, что парижские обычаи соединяли в себе разнообразные начала римского права и естественной справедливости. Дюмулен — апологет римского и естественного права — уже в XVI в. полагал возможным применить и распространить обычаи Парижа на всю Францию, отстаивая мысль о единстве законодательства для всей страны. Париж представлял собой центр торговли; применение его обычаев в Бретани, Нормандии и других областях подтверждало идею Дюмулена о преодолении юридического партикуляризма.

Учение Дюмулена о коллизиях законов изложено в его комментариях к Кодексу Юстиниана, который был издан во время пребывания ученого в Тюбингене. Конфликтным нормам посвящена диссертация «*Conclusiones de statutis et consuetudinibus localis*»¹². Дюмулен пользовался методологией постглоссаторов; как и его предшественники — итальянцы, он излагал свое учение при комментировании *Lex Sinctos Populus*. Средневековые ученые обсуждали проблемы международного частного права, ссылаясь на отрывок из *Corpus iuris civilis*, начальные слова которого гласили: «*Sinctos populos quos clementiae nostrae regit imperiim*» («все народы, управляемые властью нашей императорской милости»). Эта фраза давала основание для толкования, что лицо, не подчиненное «милостивой власти» данного суверена, не подпадает под действие какого-либо из его законов. В течение нескольких столетий этот отрывок оставался общим местом разных доктрин о коллизии законов. Подобный консерватизм, по мнению М. Вольфа, «когда речь идет о вопросе чистой систематики, вполне соответствует тому типичному юридическому методу, по которому развивалась статутарная теория; хотя все то, что великие итальянцы разрабатывали, было ново и не имело своим источником римское право, они все же претендовали на то, что они только развивали нормы, скрывавшиеся в *Corpus iuris*. Каждая их мысль должна была быть подтверждена цитатами из кодекса, Дигест или из *Corpus iuris canonici*, хотя бы эти цитаты фактически ничем не подкрепляли их позиции». Средневековых ученых можно сравнить с английскими судьями, создающими новое право под видом разъяснения того, что уже является правом¹³. Уместно отметить, что уже в терминологии статутариев слово «статут» утратило значение закона итальянских городов, а приобрело более широкое значение закона вообще, близкое по значению к понятию объективного права¹⁴.

Как пишет М.И. Брун, «рядом с практическим мотивом жива была университетская традиция, в силу которой при комментировании кодекса Юстиниана профессор по поводу конституции о св. Троице излагал свое учение о коллизии статут-ов. Верности этой традиции мы обязаны тем, что прославленный французский юрист Дюмулен, читая курс в Тюбингенском университете (1554), дал законченное изложение своих мнений о коллизиях законов». В своих лекциях Дюмулен «обнаруживает две писательские физиономии: как тончайший аналитик, он продолжа-

¹¹ Там же.

¹² Мандельштам А.Н. Указ. соч.

¹³ Вольф М. Указ. соч.

¹⁴ Мережко А.А. Указ. соч.

ет дело итальянских постглоссаторов; и в то же время у него выступают элементы теории статутов»¹⁵.

«Две писательские физиономии» Дюмулена — это две части его учения. Все статуты, касающиеся существа отношения, следует разделить на две группы: 1) вопросы, которые могут быть обусловленным волей сторон; 2) вопросы, которые регулируются только законом. Предшественники Дюмулена (вслед за Бартоло) утверждали, что при выборе статута для суждения о существовании договора решающий голос принадлежит закону места его заключения. «Дюмулен заметил, что это значит рубить с плеча». Надо различать, идет ли речь о том, что зависит от воли сторон и что может быть ими изменяемо, или же о том, что всецело зависит от власти закона. В первой части учения, т.е. в вопросах, зависящих от воли сторон, Дюмулен выступает как свободный аналитик; во второй части (вопросы, зависящие от власти закона) он использует теорию статутов¹⁶.

Итальянская теория статутов отражала две противоположные концепции — систему личного и систему территориального права. Во Франции XVI в., как ранее в Италии XIV—XV вв., существовала необходимость сочетать многообразие правовых систем и одновременно — единых принципов правосудия. Дюмулен был верным приверженцем традиций итальянской школы и придерживался ее методологии, но он жил в эпоху, когда складывалась принципиально иная, территориальная система международного частного права¹⁷. Как и его итальянские предшественники, Дюмулен делил все кутюмы (статуты) на личные и реальные и исходил из их противопоставления; одновременно он вносил в теорию статутов свои поправки и ограничения. Он солидарен с итальянскими бартолистами в стремлении расширить действие местных кутюмов за пределы их территории, придать им экстерриториальный характер. В этом отношении ученый был верным сторонником французских королей, создававших абсолютную монархию. Однако в то время и в социальных отношениях, и в праве господствовала феодальная раздробленность — каждая провинция придерживалась своих собственных кутюмов, как доказательства своей национальной специфики. В XVI в., когда все кутюмы были отредактированы на письме, эта приверженность еще более укрепилась. «Тогдашний юридический афоризм гласил: “Все кутюмы реальны”, т.е. в пределах провинции действует только ее кутюмы и действуют безраздельно; за пределами дано провинции они силы не имеют»¹⁸. Более стабильные, развитые формы социальной организации закрепились «в виде территориально устойчивых государств»¹⁹.

В своей диссертации Дюмулен проводит различие между статутами, определяющими форму акта, и статутами, касающимися его содержания. Статуты, касающиеся содержания, относятся к актам, которые обусловлены либо законом, либо волей сторон. Дюмулен выделил специальную категорию статутов материального права, ни при каких обстоятельствах не зависящих от воли сторон, а обусловленных только законом («*a sola potestate legis*»). Эти статуты делятся на реальные и личные

¹⁵ Брун М.И. Международное частное право: Курс, читанный в Московском коммерческом институте, 1910/11. М., 1911. Под теорией статутов М.И. Брун понимает учение статутариев XVI—XVIII вв.

¹⁶ Там же.

¹⁷ Нольде Б.Э. Очерк международного частного права // Лист Ф. Международное право в систематическом изложении. Юрьев, 1912.

¹⁸ Брун М.И. Международное частное право.

¹⁹ Mills A. The private history of international law. <http://login.westlaw.co.uk/wluk/app/document?rs=WLUK1.0&vr>

в зависимости от того, что именно является объектом статута — вещь или лицо. Дюмулен следует в русле методологии Бартоло («о чем говорит статут»), одновременно он почему-то называет критерий Бартоло «игрой слов» («*verbalis est*») ²⁰. При этом сам Дюмулен не предложил никакого другого критерия деления статутов. По мнению многих исследователей, теория статутов Дюмулена чрезвычайно противоречива ²¹. По-видимому, на самом деле ученому в принципе была чужда мысль, будто всю задачу конфликтного права можно свести к разграничению между статутами о вещах и о лицах. Интуитивно он чувствовал недостатки подобного подхода, но не имел возможности предложить какой-либо иной.

Как и все бартолисты, Дюмулен утверждает, что реальные (вещные) кутюмы (например, объект которых — недвижимость) обязательны для всех лиц, находящихся на данной территории. Персональные (личные) кутюмы (например, относящиеся к дееспособности) имеют экстерриториальный характер, «следуют за лицом» ²². Кроме деления статутов на личные и реальные, Дюмулен придерживается концепции Бартоло о льготных и стеснительных статутах, и вслед за ним утверждает территориальность статутов, противоречащих римскому праву.

Если налицо реальный статут, то всегда компетентен закон места нахождения вещи. Эта привязка применяется к любому имуществу — как движимому, так и недвижимому. В «Комментариях к кутюмам Оверне» Дюмулен отмечает, что подчинение движимостей личному закону (*lex domicilii*) — это «только кажущееся исключение, так как движимости считаются всегда находящимися в месте жительства лица» ²³. Расположение слов в статуте, его словесная редакция не имеют никакого значения. Если статут говорит, что «имущества женщинам не достаются» или что «женщины не наследуют», то он всегда применяется к вещам, лежащим на его территории, все равно, будут ли женщины подданные статута или иностранки. Данное правило имеет строго императивный характер. Формально Дюмулен вроде бы прямо полемизирует с Бартоло («буквальное толкование Бартоло»), но одновременно сразу же опровергает самого себя: это абсолютное правило может быть смягчено законодателем, если тот желает обратиться только к собственным подданным. Таким образом, например, английские законы о наследовании иногда могут не применяться к английским недвижимостям, принадлежащим иностранцу. В итоге теория Дюмулена смыкается с теорией Бартоло.

Личный статут управляет вопросами право- и дееспособности и определяется на основе критерия места жительства (домицилия). Личный статут всегда имеет в виду только подданных и никогда не касается иностранцев, все равно, расширяет ли он дееспособность или ограничивает ее. Если статут говорит, что договоры несовершеннолетнего (лица, не достигшего 25 лет, — «*minor 25 annis*») не имеют силы без согласия родственников и судебного утверждения, то это применимо только к лицам, подвластным юрисдикции статута и только в пределах его территории. Однако если закон не позволяет несовершеннолетнему заключать договоры (статут имеет стеснительный характер), то такой запрет не может затрагивать несовершеннолетних иностранцев, контрагирующих на территории статута, даже когда предмет договор — местная недвижимость. Но дальше «Дюмулен впадает в окончатель-

²⁰ Макензи. Указ. соч.

²¹ Брун М.И. Международное частное право; Мандельштам А.Н. Указ. соч.

²² Лунц Л.А. Указ. соч.

²³ Мандельштам А.Н. Указ. соч.

ное противоречие»²⁴. Статут, запрещающий дарения между супругами, не влияет на иностранное имущество: он противоречит *iuri communi* (под которым понимается не римское, а общепанцузское право) и не устраняет личных ограничений, не имеет льготного характера. При этом такой статут абсолютно территориален — иностранные супруги не могут дарить друг другу земли, расположенные в сфере действия статута. Получается, что стеснительный статут, лишаящий несовершеннолетнего права взять на себя какое-либо обязательство, не распространяется на иностранных несовершеннолетних (они могут распоряжаться частью чужой территории), а вот иностранным супругам это почему-то возбраняется.

Дюмулен, безусловно, чувствует очевидную непоследовательность и противоречивость своих рассуждений. Он поклонник общего права (и римского, и общепанцузского), а стеснительные статуты этому праву не соответствуют. Нужно также заметить, что *ius commune*, о котором говорит Дюмулен, в каждой французской провинции было различным, и неизвестно, что конкретно нужно понимать как общее право. Возможно, несоответствие общему праву и стеснительный характер статута представляют собой действительное основание непоследовательности ученого. Чтобы преодолеть собственные противоречия, Дюмулен создает «гибридный» статут — лично-вещный. Этот статут связывает только подданных, поскольку является личным, и имеет строго территориальный, ограниченный характер, поскольку является реальным. В отличие от недееспособности несовершеннолетнего, недееспособность пупила (подвластного сына) имеет экстерриториальную силу, поскольку это вытекает из римского права.

Однако вопрос о праве подвластного сына составлять завещание разрешается совершенно иначе. Дюмулен подчеркивает, что статут, декларирующий это право, является преимущественно личным и устраняет «стеснения личности». Такой статут противоречит *iuri communi*, поэтому он касается только подданных, но имеет силу и для иностранной недвижимости (т.е. сын семейства вправе завещать имущество, находящееся за границей). По-видимому, Дюмулен оценивает этот статут как «льготный дозволильный». Различное отношение к дееспособности несовершеннолетнего, с одной стороны, и подвластного сына — с другой, объясняется различным характером статутов.

Уместно вспомнить, что Бартоло утверждал экстерриториальную силу только для льготных запретительных статутов; его самый известный ученик Бальди де Умбальди признавал внеземельный характер льготных дозволильных статутов, касающихся исключительно лиц. Дюмулен расширяет круг экстерриториальных законов за счет льготных дозволильных статутов, касающихся вещей (иностранной недвижимости)²⁵.

Экстерриториальную силу Дюмулен обосновывает соображениями общественного блага и естественной справедливости, требованиями общего права. В качестве примера упоминается нормандский статут, по которому жена после смерти мужа может отменить продажу своего наследства, совершенную при участии покойного супруга. Этот статут обусловлен подчиненным положением нормандских женщин и имеет повсеместную силу. Одновременно статут не затрагивает парижанок, даже если дело касается нормандских земель, поскольку отсутствует разумное основание для его действия по отношению к иностранцам.

²⁴ Там же.

²⁵ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

Дюмулен отстаивал господство личного статута, он вообще проявлял склонность к «персонализации статутов», но ход истории направлял правовую доктрину в сторону территориального принципа²⁶. Как и другие французские юристы, Дюмулен находился под влиянием этого принципа. Возможно, именно поэтому теория Дюмулена о личном статуте состоит из сплошных противоречий. Он утверждает, что статут, запрещающий несовершеннолетнему завещать недвижимое имущество, всегда имеет реальный характер, — статут не является преимущественно личным, а издан исключительно с целью сохранить наследственные владения в семье. Признавая общий реализм кутюмов, Дюмулен по вопросу об имущественных отношениях супругов высказался таким образом, что этот реализм подрывался в корне: «Если супруги вступили в брак в области парижских кутюмов, то те права на общие имущества, которые по этим кутюмам принадлежали жене, распространяются и на имущества, лежащие в области нормандских кутюмов, и притом не только, когда супруги заключили предбрачный договор, но даже когда вступили в брак молчаливо, но только в области кутюмов, по которым признается право жены на имущество»²⁷.

Ги Кокиль считал Дюмулена сторонником абсолютной территориальности. Такой вывод был сделан при толковании комментариев Дюмулена к «Консультациям» итальянского бартолиста XV в. Александра Тартаньи. Именно в этом сочинении Дюмулен отвергает «буквальное толкование» Бартоло и пишет, что все статуты реальны. А.Н. Мандельштам считает это мнение совершенно неправильным и доказывает его неосновательность: «Александр говорил только о стеснительных статутах, а Дюмулен, идя далее, применяет формулу Александра к наследственному праву. Но это не значит, что Дюмулен все статуты считает реальными... он позволяет самому закону о наследствах ограничить свою сферу действия одними подданными»²⁸. Возможно, ученый позиционировал реальный статут как правило, а личный — как исключение. Скорее всего, однако, что Дюмулен пытался, но даже для самого себя не смог однозначно определить единый критерий, который следовало бы использовать при разрешении конфликтных вопросов.

Основное внимание Дюмулен уделяет статутам, определяющим содержание акта и обусловленным волей сторон. Главным достижением Дюмулена в науке международного частного права считается теория свободы воли при заключении договоров. Шарль Дюмулен — основоположник теории автономии сторон, создатель доктрины, допускающей, что договаривающиеся стороны могут сами избрать закон, регулирующий их отношения по договору. В той части своего учения, которая посвящена определению компетентного закона для решения вопросов договорных обязательств, он не имеет предшественников и является безусловным и общепризнанным новатором²⁹. Применительно к контрактам ученый выдвинул новый принцип — стороны могли применить к договорам кутюмы, избранные ими самими. Теория автономии воли у Дюмулена прежде всего нацелена на защиту интересов торгового сословия — преодоление юридического партикуляризма в соответствии с частным соглашением субъектов, чтобы обычаи, например, Парижа (центра торговли) могли применяться в Бретани, Нормандии и других провинциях.

²⁶ Mills A. Op. cit.

²⁷ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

²⁸ Мандельштам А.Н. Указ. соч.

²⁹ Макаров А.Н. Указ. соч.; Бендевский Т. Указ. соч.; Вольф М. Международное частное право. М., 1948; Мережко А.А. Указ. соч.; Крылов С.Б., Перетерский И.С. Указ. соч.; Kalensky P. Op. cit.

Открытие Дюмулена заключается в том, что он провозгласил волю сторон господствующей привязкой в области контрактов. До него все ученые вслед за Бартоло утверждали, что при выборе статута для суждения о существовании договора решающий голос принадлежит закону места его заключения. Правда, в трудах итальянского бартолиста XV в. Роха Курция присутствовала мысль, что нерегулярными последствиями контракта могут подчиняться закону места его исполнения на основе «молчаливой» (подразумеваемой) воли сторон. Однако Курций ни в коем случае не утверждал право свободы выбора компетентного закона сторонами договора. Фундаментальным началом считался закон места заключения договора (*lex loci conclusionis*), и до Дюмулена никто не пытался это оспорить. Дюмулен заметил, что необходимо различать — идет ли речь о том, что зависит от воли сторон и может быть ими изменено, или о том, что всецело зависит от власти закона.

В своей юридической аргументации Дюмулен использовал закон «*Si fundus*»³⁰. В комментарии к этому закону ученый впервые поднимает проблему выбора закона сторонами контракта. В отличие от Роха Курция, Дюмулен исследует этот вопрос отнюдь не в целях обосновать возможность субсидиарного применения права места исполнения контракта (вместо права места его заключения). По его мнению, в сфере обязательственного права высший закон — это воля сторон. К договорам должно применяться право, которое стороны сами хотели бы применить. Если из договора это право обнаруживается недостаточно явно, необходимо обращать внимание на обстоятельства, при которых воля сторон была выражена. Важно выяснить то право, которое было в мыслях контрагентов; то право, которое они подразумевали, хотя определенно и не назвали; о котором они хотя и не высказались, но которое, по всей вероятности, имели в виду³¹. Все вопросы, зависящие от воли сторон, должны исследоваться посредством свободного анализа. В области контрактов Дюмулен освобождает волю сторон от всяких ограничений со стороны закона, выводя эту волю из обстоятельств дела. Необходимо подчеркнуть, что в большинстве случаев Дюмулен рассматривал выбор закона только как предпосылку (*a posteriori explanation*) обоснованного и справедливого решения. Он не определял автономию воли в качестве самостоятельного, отдельного критерия разрешения коллизий, отвечающего требованиям логики и правосудия.

Дюмулен поясняет свою мысль на конкретных примерах. Тюбингенский гражданин, путешествуя по Италии, продает свой дом, находящийся в Тюбингене или Аугсбурге (Германия); статут места заключения сделки требует, чтобы продавец выставлял двух поручителей на случай эвикции вещи и отвечал в двойном размере. Применение статута места заключения Дюмулен характеризует таким образом: «Кто станет утверждать, что для продавца обязателен итальянский статут, тот не понимает практики»³². Продавец может отвечать по обычаю своего domicilia (тюбингенскому или аугсбургскому праву) или по общему праву, но только не по итальянскому статуту. Иная ситуация, если тюбингенский гражданин, находясь в Тюбингене, продает в дом, расположенный в Женеве (где действует свой статут об ответственности продавца). Продавец должен отвечать по закону места заключения договора (по тюбингенскому статуту), потому что это место одновременно

³⁰ Kalensky P. Op. cit.

³¹ Макаров А.Н. Указ. соч.

³² Брун М.И. Коллизионные нормы в юриспруденции XIV—XX вв. о состоянии лица. М., 1915.

представляет собой домициль обоих контрагентов³³. Если тюрингенец специально приехал в Женеву, чтобы продать находящийся там дом своему соседу — тюрингенцу, то договор также должен регулироваться по закону места его заключения (по женевскому праву), так как в данном случае домицилий обоих контрагентов — это Женева³⁴. Если же домицилы контрагентов не совпадают, то нужно обратиться к другим обстоятельствам, «по-доброму и по справедливости», чтобы, в частности, под предлогом неопределенности закона не могло иметь место ограбление.

Например, доказано, что продавец — тюрингенец, заключая сделку о продаже женевского дома во время своего пребывания в Милане, получил разъяснение о том, каков обычай Женевы, и не возражал, а просто согласился продать; этого достаточно для вывода, что он молчаливо действовал согласно женевскому обычаю. Другой пример — доказано, что продавец не случайно находился в Тигуре, а отправился туда специально, чтобы найти покупателя; возможна презумпция, что продавец изначально навел справки о тигурских обычаях. Если тюрингенец нарочно отправился в Женеву для того, чтобы продать находящийся дом, то нужно предполагать, что он подчинился женевскому праву. Дюмулен резюмирует свою мысль: «В таких случаях дело не столько в применении обычая или статута, сколько в соблюдении молчаливого соглашения или же договора, предполагаемого обычаем или статутом»³⁵. Впоследствии эта мысль приобрела характер общего положения, которое широко использовалось в XIX в. для обоснования теории автономии воли сторон.

Доказывая доминирующую роль автономии воли, Дюмулен особо акцентировал внимание на том, что место заключения контракта часто имеет случайный характер, особенно если договор заключается в месте общего проживания контрагентов. Место заключения договора — это только одно из обстоятельств, которые могут послужить к выяснению воли сторон. Необходимо обращать внимание на все, относящееся к делу; может иметь значение и домициль контрагентов (как прежний, так и настоящий); если домицилы у контрагентов разные, то следует обратиться к другим обстоятельствам. Таким образом, для определения компетентного права нужно принимать во внимание все факты, руководствуясь принципом справедливости, а «право содержится в молчаливой и вероятной воле сторон». Никто из предшественников Дюмулена (ни Бартоломео Салицет, ни Рох Курций) не сумели признать, что предположение о законности *lex loci conclusionis* может быть опровергнуто обстоятельствами дела. Доктрина Дюмулена отрицает императивный характер принцип *lex loci conclusionis*; он стал первым юристом, который выступил против априорной жесткости коллизионного регулирования в сфере обязательственного права: «Дюмулен первый понял, что при выборе компетентного закона для обсуждения обязательства, вытекающего из договора, нет никакой возможности останавливаться всегда только на одной и той же местной привязке правоотношения»³⁶. Он предлагал и отстаивал принцип гибкого коллизионного регулирования при рассмотрении проблем конфликта законов в сфере обязательственного права. Его позиция полностью воспринята современной юридической практикой, поскольку такое решение изначально соответствовало потребностям международной торговли.

³³ В современном законодательстве — презумпция общего домицилия.

³⁴ Мережко А.А. Указ. соч.

³⁵ Брун М.И. Международное частное право.

³⁶ Там же.

Дюмулен разграничивал коллизионное регулирование договора в целом и коллизионное регулирование его последствий. И договор в целом, и его последствия определяются по «независимому закону», избранному сторонами, но сфера выбора закона должна отличаться. Если воля сторон явным образом не выражена, то ее следует вывести из обстоятельств дела, и закон, установленный таким образом, должно применить к непредвиденным последствиям контракта. Здесь наиболее рельефно можно увидеть, насколько далеко Дюмулен ушел от своих предшественников — в частности, Бартоло писал, что непредвиденные последствия всегда определяются согласно закону места представления (т.е. места исполнения) договора.

Новаторство Дюмулена состоит не только в том, что он утверждал автономию воли как фундаментальный, непреложный закон в сфере обязательственных отношений, но и в том, что в то он сформулировал постулат о молчаливой, подразумеваемой воле сторон. П. Каленский писал, что Дюмулен выдвинул еще один принцип, «которым так часто злоупотребляют сегодня в поиске гипотетической воли сторон в большинстве юридических систем, а именно, что воля сторон — если она явно не выражена — должна определяться соответственно обстоятельствам дела»³⁷. Молчаливой, подразумеваемой воле сторон посвящены консультации Дюмулена (написанные ранее его Комментария к Кодексу Юстиниана).

В *Consilium LIII* ученый «обращается к ежедневно возникающему вопросу о предбрачном договоре, который считается заключенным не там, где стороны договорились, а в месте домицилия мужа»³⁸. Но как быть, если супруги впоследствии поменяли место жительства? Бытовала позиция, что следует применить закон последнего совместного места жительства супругов на момент смерти мужа. С точки зрения Дюмулена, такое решение — это явная несправедливость. Во многих французских провинциях действовал обычай, согласно которому мужу в случае смерти жены и в отсутствие детей ничего не достается, поскольку приданое возвращается в семью жены. Муж — уроженец такой провинции — мог специально переселиться с женой в другую провинцию, по кутюмам которой он наследовал бы все приданое. Дюмулен утверждал, что это неправильно, потому что между сторонами существует *молчаливый договор*, в силу которого муж может рассчитывать только на то, что ему следует по статуту домицилия, который *предвидели и предполагали стороны*. Таким образом, брачный контракт должен подчиняться закону первого места жительства мужа. Было бы несправедливо, чтобы муж имел возможность посредством произвольной перемены домицилия нарушить имущественные интересы жены. «Вступая в брак, жена молчаливо подчинилась закону первого брачного домицилия»³⁹. Дюмулен считал, что молчаливо сделанное брачное предложение имеет ту же важность, что и явное предложение; при этом он упомянул аргументацию, основанную на «звуковой» причине: «Всегда остается та форма, которая однажды отпечатана», т.е. всегда следует защищать однажды благоприобретенное право. Более того, статут первого домицилия распространяет свою силу даже на недвижимое имущество супругов, находящееся за границей. В данном случае статут получает экстерриториальную силу не как закон, а как молчаливый договор.

Дюмулен утверждал, что если супруги вступили в брак в провинции, где действуют парижские кутюмы, то те права на общее имущество, которое по этим кутюмам принадлежало жене, распространяются и на имущество, находящееся в

³⁷ Kalensky P. Op. cit.

³⁸ Брун М.И. Коллизионные нормы в юриспруденции XIV—XX вв. о состоянии лица.

³⁹ Мандельштам А.Н. Указ. соч.

провинции, где действуют нормандские кутюмы. Это правило распространяется не только на ситуации, когда супруги заключили брачный договор, но даже когда они вступили в брак молчаливо (но только в тех областях, кутюмы которых признают права жены на имущество). Таким образом, только от воли сторон зависит выбор тех разноместных законов, которым они хотят подчинить свои отношения. Это означало, что молчаливо, под видом соответствия с волей сторон, кутюм одной провинции «проникает» в другую, т.е. становится личным, экстерриториальным. Позиция Дюмулена в данном случае полностью соответствует духу учения итальянских бартолистов, «у которых не было никакого специфического расположения к вещным или личным статутам, но которые охотно расширяли сферу применения личных статутов, когда считали это справедливым»⁴⁰.

Теория статутов у всех представителей школы бартолистов отличается особым духом справедливости, заменяющим для нее всякий метод. «Итальянская доктрина» учила разрешать все конфликты при помощи материального принципа — «идеи справедливости»⁴¹. Как и его предшественники, Дюмулен ставит принципы справедливости и доброй совести на первое место. Это вытекало из общих принципов римского права; это не потеряло актуальности и в наше время. Но следует безусловно согласиться, что «идея справедливости получает в разные эпохи разное содержание; вряд ли когда-нибудь существовал юрист, который строил бы свои нормы на том, что он сам считал несправедливым»⁴². Мерило справедливости, прилагаемое теорией статутов к разрешению конфликтов законов, имело субъективный, условный характер. Подобно всем бартолистам, Дюмулен не был готов объективно определить задачи международного частного права. Однако его формулировка о праве сторон свободно выбирать применимое право не только посредством специального соглашения, но и в соответствии с их молчаливым или даже гипотетическим соглашением, способствовала решению многих проблем, являющихся результатом неоднородного деления личных статутов.

Конструируя свои умозаключения, Дюмулен (как вообще глоссаторы и постглоссаторы) исходил из содержания материально-правовых норм и к ним подбирал коллизионные принципы. В XIX в. относительно значения этого ученого в истории науки международного частного права сформировалось два противоположных мнения: одни считали его последним из юристов школы Бартоло или постглоссаторов; другие видели в нем первого из школы французских статутариев. По мнению М.И. Бруна, обе позиции являются ошибочными. Дюмулена нельзя считать родоначальником французской теории статутов: различие между реальными и личными статутами уже в XIV в. встречается в трудах французского юриста Иоанна Фабера. Дюмулен вводит теорию статутов только в вопросы, зависящие от власти закона. Нет оснований причислять ученого и к итальянским комментаторам, потому что его теория о толковании договоров у них не имела прецедентов. Его исследование вопросов, зависящих от воли сторон, не имеет отношения к теории статутов, но чрезвычайно важно для всей науки международного частного права⁴³.

А.Н. Мандельштам, признавая Дюмулена инициатором учения об автономии воли, одновременно утверждал, что в области «личных и семейных прав он, вопреки установившемуся мнению, не только не является новатором, но стоит зна-

⁴⁰ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

⁴¹ Мандельштам А.Н. Указ. соч.

⁴² Брун М.И. Очерки истории конфликтного права.

⁴³ Брун М.И. Международное частное право.

чительно ниже бартолистов»⁴⁴. П. Каленский отмечал, что некоторые авторы часто не в состоянии охватить значение учения Дюмулена и пытаются уменьшить его заслуги как создателя принципа автономии воли⁴⁵. В современной литературе Дюмулена иногда оценивают как основоположника особого «французского подхода», который придавал большое значение личному праву, опирался на намерения сторон и ознаменовал начало заката статутарного подхода⁴⁶.

Дюмулен значительно обогнал своих предшественников — юристов XIV—XV вв. (которых он сам упрекал в том, что они судят «грубо и без разбора»). Его выдающиеся качества проявились не только в области международного частного права. Комментарии ученого к парижским «кутюмам», его настойчивые утверждения о необходимости создать для Франции единый кодекс и «его теория денег, которая, возможно, является основанием современной номиналистической теории», представляют собою огромный вклад в правовую науку⁴⁷. Ученому удалось сформулировать собственную доктрину конфликтного права: при решении коллизионного вопроса по контрактам необходимо отдавать предпочтение праву, избранному сторонами. Если стороны явно и недвусмысленно свою волю не выразили, то следует отыскать право, которое они имели в виду, т.е. воссоздать предполагаемую волю путем толкования текста договора и иных обстоятельств дела.

⁴⁴ Мандельштам А.Н. Указ. соч.

⁴⁵ Kalensky P. Op. cit.

⁴⁶ Mills A. Op. cit.

⁴⁷ Вольф М. Указ. соч.

Н.И. Соловяненко

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

Правовые проблемы доступа к информации о размещении государственных и муниципальных заказов

В современном мире исполнение государством экономических, политических и социальных задач требует значительных расходов государственного бюджета. В целях решения названных задач государство осуществляет заказы на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных нужд. Мировая практика выработала систему правового регулирования размещения государственных заказов, которая обеспечивает сокращение бюджетных расходов за счет строгого соблюдения определенных в законе процедур, в основу которых заложены принципы конкуренции, прозрачности, гласности и контроля.

В правовом регулировании государственных и муниципальных закупок особая роль отведена положениям, регламентирующим доступ к информации о государственных и муниципальных закупках, а также обеспечивающим прозрачность и гласность процедуры размещения заказов.

Федеральный закон Российской Федерации «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», фиксирует базовые правовые нормы, регламентирующие информационное обеспечение государственных и муниципальных закупок, и предусматривает обязательное и безвозмездное предоставление доступа к информации о размещении заказа.

К информации о размещении заказа относится информация, предусмотренная Федеральным законом «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд», а также сведения, полученные в результате принятия решения о размещении заказа (и в ходе его размещения). Речь идет об извещениях (о проведении открытого конкурса, аукциона или запроса котировок); конкурсной документации (документации об аукционе); протоколах, составляемых в ходе размещения заказа¹.

Система норм, регламентирующая информационное обеспечение размещения заказов, распространяется на значительный круг правовых отношений. Он вклю-

¹ Ч. 1 ст. 16 Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

чает осуществление всех необходимых публикаций о закупках в жестко установленные сроки в официальных источниках СМИ и на официальных сайтах в сети Интернет, а также предоставление публичного доступа к сведениям, которые содержатся в реестрах контрактов и реестре недобросовестных поставщиков, размещенных в сети Интернет. Кроме того нормативное обеспечение доступа к информации о государственных и муниципальных закупках охватывает использование информационно-коммуникационных технологий в целях размещения заказов.

Указанные правоотношения в целом соответствуют требованиям о предоставлении информации в отношении публичных закупок Типового закона ЮНСИТРАЛ от 15 июня 1994 года «О закупке товаров (работ) и услуг». Важнейшим из них является требование полного раскрытия поставщикам (подрядчикам) информации о критериях, которые используются при оценке и сопоставлении тендерных заявок и при выборе выигравшей заявки².

Необходимо отметить, что законодательство о размещении заказов (как российское, так и зарубежное) распространяется на такие области, экономических и административных отношений, в которых потенциал коррупции намного выше, чем в остальных, поскольку они связаны с распоряжением бюджетными средствами. Соответственно, подобному отраслевому законодательству должна быть присуща особая дополнительная функция — антикоррупционная. Такое законодательство должно содержать положения, направленные, в первую очередь, на предупреждение коррупции. При этом законодатель, как правило, исходит из широкого понимания антикоррупционного регулирования как системы нормативных положений, не допускающих коррупцию, и опирающихся том числе на превентивные антикоррупционные нормы. Значительная часть таких норм относится к сфере информационного обеспечения процедур государственных и муниципальных закупок. Одна из целей российского Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» — приведение законодательства Российской Федерации о государственных и муниципальных закупках в соответствие с международными нормами (в том числе, с точки зрения предупреждения коррупции).

Несмотря на то, что коррупция наносит ущерб отдельным странам, именно международное сообщество, а не только каждая страна в отдельности, является движущей силой в борьбе с коррупцией. Международное сообщество берет на себя координирующую роль в разработке эффективных стандартов правового регулирования противодействия коррупции, которые принимаются подавляющим большинством государств. Так, в Конвенции ООН против коррупции от 31 октября 2003 года³ выделены антикоррупционные требования к регулированию сферы государственных закупок (ч. 1 ст. 9). Особо акцентируются требования информационного характера: создание надлежащих систем закупок должно основываться на публичности, прозрачности, объективных и доступных широкой общественности критериях принятия решений. Конвенция ООН против Коррупции предусматривает публичное распространение информации, касающейся закупочных процедур, включая информацию о приглашениях к участию в торгах и о заключении контрактов, с тем, чтобы оставить потенциальным участникам торгов достаточное время для подготовки и представления тендерных заявок. Не менее важным явля-

² Типовой закон ЮНСИТРАЛ от 15 июня 1994 года о закупке товаров (работ) и услуг с Руководством по его применению. http://www.uncitral.org/uncitral/ru/uncitral_texts/procurement_infrastructure/1994Model.htm

³ www.un.org/russian/basic/sg/messages/corruption.htm

ется установление заблаговременно условий участия, включая критерии отбора и принятия решений о заключении контрактов, а также правила проведения торгов и их опубликование.

Регулирование закупочной деятельности в Европе предполагает применение закрепленных в законе административных процедур, критериев оценки предложений участников торгов, а также применение механизмов контроля на всех стадиях размещения государственного заказа⁴. В борьбе с коррупцией в сфере публичных закупок в Европе используется такой компонент регулирования как установление требований прозрачности (в том числе гласности проведения всех закупочных процедур, обязательное опубликование информации, наличие заранее определенных технических спецификаций, а также критериев отбора и присуждения контракта).

В контексте борьбы с коррупцией прозрачность является жизненно важным инструментом, так как она выводит на свет то, что наиболее легко скрыть. Требования прозрачности осложняют коррупционные действия и сокращают возможности для дачи или получения взятки. Прозрачность обеспечивается в ходе всего процесса закупки, со стадии начала закупочного процесса до стадии подписания контракта. Механизмы, используемые при этом, изначально основываются на принципах гласности при регулировании закупочной деятельности. Для этого, в свою очередь, требуется наличие заранее определенных технических спецификаций, а также критериев отбора и заключения контракта. Прозрачность подкрепляется дополнительными требованиями: запросы информации подаются только в письменном виде, любые ответы и разъяснения отсылаются в письменном виде одновременно всем участникам торгов. Требование либо сообщить о победителе торгов всем участникам, либо опубликовать объявление о заключении контракта также может послужить сигналом для участников торгов о возможности коррупции, если итоги торгов не соответствуют ожиданиям.

При определении критериев присуждения принципы прозрачности действуют аналогичным образом для того, чтобы критерии, применяемые агентом, были известны общественности. Таким образом, закупающая организация должна будет изложить в заявлении и/или конкурсной документации все критерии, которые она собирается применять при присуждении контракта.

Помимо требования хранить все файлы и документы, имеющие отношение к процедуре закупок, в течение установленного периода после выполнения контракта, правила обычно предусматривают более конкретные требования к ведению протокола. В большинстве случаев они имеют отношение к процедуре открытия торгов, отчетности и принятию решения о присуждении контракта. Также устанавливаются требования протоколировать причины выбора определенных процедур закупок. Доступ к данной информации поможет выявить случаи недостаточной обоснованности, а также злоупотребления своим положением со стороны агентов, отдавших предпочтение определенным участникам тендера.

Таким образом, регулирование закупочной деятельности нацелено, в том числе, на минимизацию возможностей для коррупции, обеспечивая доступность информации о процессе закупок (конкурсная документация, проект контракта, технические требования, критерии отбора и присуждения) для всех заинтересованных лиц⁵.

⁴ См.: Россия — Европа вместе против коррупции // Материалы совместного проекта «Приведение российского антикоррупционного законодательства в соответствие с международными стандартами». Ч. 2. М., 2008.

⁵ Трепте П. Предупреждение коррупции в сфере закупок для государственных нужд: передовой опыт в Европе // Россия — Европа вместе против коррупции. С. 28.

Анализ современного российского законодательства о размещении заказов показывает, что многие его нормы, которые относятся к информационным аспектам государственных закупок, имеют антикоррупционную направленность и представляют собой превентивные меры по противодействию коррупции. Превентивными антикоррупционными можно считать, например, правовые нормы, закрепившие опубликование всей необходимой информации о закупках в официальных источниках, в том числе, на официальных сайтах в сети Интернет, а также легализовавшие применение информационных технологий в закупочных процедурах.

Вместе с тем данные нормы не только направлены на противодействие коррупции или оптимизацию закупочного процесса, но и обеспечивают реализацию в сфере государственных закупок фундаментальных информационных прав участников размещения заказов и государственных и муниципальных заказчиков.

Основополагающими в информационной сфере являются положения части 4 статьи 29 Конституции Российской Федерации: «Каждый имеет право свободно искать, получать, передавать, производить и распространять информацию любым законным способом. Перечень сведений, составляющих государственную тайну, охраняется законом».

Положения федерального законодательства о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд, закрепляющие публичное размещение заказов и обязательное информационное обеспечение закупочных процедур, корреспондируют также нормам обновленного Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации» от 27 июля 2006 г. № 149-ФЗ⁶. В нем в первую очередь зафиксировано право граждан (физических лиц) и организаций (юридических лиц) осуществлять поиск и получение любой информации в любых формах, из любых источников при условии соблюдения требований, установленных федеральными законами (ст. 8).

Государственные органы и органы местного самоуправления обязаны обеспечивать доступ к информации о своей деятельности на русском языке и государственном языке соответствующей республики в составе Российской Федерации в соответствии с федеральными законами, законами субъектов Российской Федерации и нормативными правовыми актами органов местного самоуправления. Лицо, желающее получить доступ к такой информации, не обязано обосновывать необходимость ее получения. Информация о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления, размещенная такими органами в информационно-телекоммуникационных сетях предоставляется бесплатно.

Отношения, связанные с обеспечением доступа граждан и организаций к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления, отнесены к сфере регулирования Федерального закона от 9 февраля 2009 г. № 8-ФЗ «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления», который вступает в силу с 1 января 2010 г.⁷

Информацией о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления считается информация (в том числе документированная), созданная в пределах своих полномочий государственными органами, их территориальными органами, органами местного самоуправления или организациями, подведом-

⁶ СЗ РФ. 2006. № 31 (ч. 1). Ст. 3448.

⁷ Российская газета. Федеральный выпуск. 2009. № 4849. 13 февраля.

ственными государственными органами, органам местного самоуправления, либо поступившая в указанные органы и организации. В соответствии с п. в) ст. 13 названного Закона информация о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления, распространяемая в сети Интернет, обязательно содержит сведения о размещении указанными государственными или муниципальными органами заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд.

Доступ к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления может обеспечиваться в том числе путем размещения государственными органами и органами местного самоуправления информации о своей деятельности в сети Интернет. Информация о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления может быть передана по сетям связи общего пользования. Доступ к информации о размещении государственных и муниципальных заказов, равно как и о другой деятельности государственных органов и органов местного самоуправления, может обеспечиваться посредством опубликования соответствующих сведений в средствах массовой информации, а также посредством размещения указанных сведений в сети Интернет.

В соответствии с мировой практикой в правовой конструкции государственных и муниципальных закупок заложена юридическая равнозначность двух источников (печатного и электронного) информации о размещении заказов⁸. С момента принятия в 2005 году Федерального закона «О размещении заказов» в правовой механизм государственных закупок введены такие понятия, как официальный сайт Российской Федерации, субъекта Российской Федерации, официальный сайт муниципального образования в сети «Интернет» для размещения информации о размещении заказов (ст. 16). Условия и порядок информационного обеспечения и размещения заказа в сети «Интернет» стали одними из принципиальных новелл Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

Вместе с тем, к настоящему времени в Российской Федерации правовое регулирование использования сети Интернет в целях размещения официальной информации о деятельности государственных органов не имеет единой системы. Достаточно сказать, что уже работающий Закон о «Размещении заказов» в течение пяти лет не может опереться на какое бы то ни было легальное определение официального сайта. Такое определение введено принятым в феврале 2009 Федеральным законом «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления», который вступает в силу только с 1 января 2010 года.

В соответствии со статьей 1 названного Закона официальным сайтом государственного органа или органа местного самоуправления является сайт в информационно-телекоммуникационной сети Интернет, содержащий информацию о деятельности государственного органа или органа местного самоуправления, электронный адрес которого включает доменное имя, права на которое принадлежат государственному органу или органу местного самоуправления.

Федеральный закон «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» содержит группу норм, посвященных организации доступа к информации о деятельности государ-

⁸ С 1 января 2008 г. при размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных нужд опубликование информации о размещении заказов в официальном печатном издании не производится.

ственных органов и органов местного самоуправления, размещаемой в сети Интернет, а также основным требованиям при обеспечении доступа к информации (Глава 2). Указанные нормы являются общими, базовыми правилами по отношению к соответствующим положениям законодательства о государственных и муниципальных закупках.

Организация работы официального сайта в системе государственных закупок осуществляется в соответствии с Постановлением Правительства РФ от 10.03.2007 г. № 147 «Об утверждении Положения о пользовании официальными сайтами в сети Интернет для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд и о требованиях к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения пользования указанными сайтами». С 1 января 2010 г. Правительством Российской Федерации определяется официальный сайт Российской Федерации в сети Интернет для размещения информации о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для федеральных нужд, нужд субъектов Российской Федерации или муниципальных нужд. Данная норма направлена на формирование единого информационного пространства в сфере государственных и муниципальных закупок в Российской Федерации.

Вместе с тем отчетливо выраженная общемировая тенденция информационной открытости деятельности органов государственной власти и муниципальных органов по размещению заказов, доступности информации о государственных и муниципальных закупках для граждан и организаций, а также создание механизмов общественного контроля закупочных процедур не исключает существования специальных правовых режимов информации о государственных закупках. В соответствии с указанными специальными режимами ограничиваются доступ к информации о размещении заказов, возможности использования и распространения такой информации, устанавливается особый порядок хранения и т.д.

Согласно части 7 статьи 18 Федерального закона «О размещении заказов» сведения, касающиеся размещения заказов и заключения контрактов и составляющие государственную тайну, включаются в отдельный реестр контрактов, порядок ведения которого устанавливается Правительством Российской Федерации. Указанные сведения не подлежат опубликованию в средствах массовой информации и размещению в сети Интернет. Положение о ведении реестра государственных или муниципальных контрактов, в которые включаются сведения, касающиеся размещения заказов и составляющие государственную тайну, утверждено Постановлением Правительства РФ от 31.07.2007 г. № 491.

В случае проведения закрытого аукциона извещение о его проведении не требуется; документация об аукционе, изменения, внесенные в нее, разъяснения документации об аукционе не подлежат опубликованию в средствах массовой информации и размещению в сети Интернет. В письменной форме направляются приглашения принять участие в закрытом аукционе лицам, которые имеют доступ к сведениям, составляющим государственную тайну, и способны осуществить поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг, являющихся предметом аукциона. При проведении закрытого аукциона не допускается представлять заявки на участие в аукционе в форме электронных документов, а также предоставлять документацию об аукционе, изменения, внесенные в нее, направлять запросы о разъяснениях положений документации об аукционе и предоставлять такие разъяснения в форме электронных документов.

Аналогичные правила действуют при проведении закрытого конкурса.

Интенсивная разработка и внедрение правовых норм, регулирующих использование информационно-коммуникационных технологий в сегменте государственных и муниципальных закупок (как и в целом в сфере предпринимательства или государственного управления) является одной из новейших тенденций развития современного законодательства в государствах, принадлежащих к различным правовым системам. Электронный доступ к процедурам закупок открывает благоприятные возможности для укрепления доверия со стороны общественности и прозрачности процесса закупок.

На международном уровне внедрению электронных технологий в процедуры государственных закупок посвящена программа пересмотра Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг⁹. Основная задача заключается в обновлении и, при необходимости, пересмотре названного Типового закона в целях учета последних изменений в сфере публичных закупок, включая использование электронных документов и сообщений при размещении государственных заказов. Кроме того, для оказания помощи должностным лицам в сфере закупок Международная торговая палата (МТП) выпустила Руководство по заключению договоров электронными средствами и Электронные условия МТП 2004 года. Целью Руководства является повышение правовой определенности контрактов, заключаемых электронным способом в государствах, использующих Типовой закон.

Российское законодательство, включая и законодательство о размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд, в смысле использования электронных документов и сообщений, безусловно, относится к законодательству «нового поколения». На уровне федерального закона легализовано использование электронных документов во взаимоотношениях между органами государственной власти или органами местного самоуправления и организациями или гражданами. Юридическим результатом такого электронного документооборота является возникновение, изменение или прекращение правовых отношений.

В соответствии с частью 1 статьи 7 Федерального закона «Об обеспечении доступа к информации о деятельности государственных органов и органов местного самоуправления» информация может предоставляться в виде документированной информации, в том числе в виде электронного документа. Понятие электронного документа введено Федеральным законом «Об электронной цифровой подписи» — это документ, в котором информация представлена в электронно-цифровой форме (ст. 3).

Федеральный закон «Об информации» закрепил ряд принципиальных положений, регламентирующих правовые отношения, связанные с документированием информации. Во-первых, данным Законом введено понятие «электронное сообщение» — это информация, переданная или полученная с использованием информационно-телекоммуникационной сети (ст. 3). Во-вторых, Закон установил, что в целях документирования информации могут использоваться как электронные сообщения, подписанные электронной цифровой подписью, так и электронные сообщения, подписанные иным аналогом собственноручной подписи. Электронное сообщение, подписанное любым аналогом собственноручной подписи (равно

⁹ Комиссия ООН по праву международной торговли. Рабочая группа I (Закупки). Восьмая сессия. Вена, 7—11 ноября 2005 г. Возможные изменения в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг: проекты материалов, касающихся использования электронных реверсивных аукционов в сфере публичных закупок. Записка Секретариата. С. 33.

как и электронной цифровой подписью), признано в качестве электронного документа, равнозначного документу, подписанному собственноручной подписью, в случаях, если федеральными законами или иными нормативными правовыми актами не устанавливается или не подразумевается требование о составлении такого документа на бумажном носителе.

Современные процедуры осуществления государственных и муниципальных закупок в целях документирования информации опираются преимущественно на использование информационно-коммуникационных технологий. Можно указать следующие группы электронных документов, предусмотренные законодательством о размещении заказов:

- электронные документы, размещаемые на официальных сайтах: извещение о проведении открытого конкурса или открытого аукциона; извещение о проведении запроса котировок; извещение о проведении предварительного отбора при размещении заказа путем запроса котировок; конкурсная документация; документация об аукционе; изменения, вносимые в такие извещения и такую документацию; разъяснения такой документации; протоколы, составляемые в ходе размещения заказа¹⁰;

- размещаемые на официальных сайтах предусмотренные законом реестры: реестры государственных и муниципальных контрактов и реестр недобросовестных поставщиков¹¹;

- поданные в форме электронных документов и подписанные в соответствии с нормативными правовыми актами Российской Федерации заявки на участие в конкурсе¹²; запрос о разъяснении результатов конкурса; соответствующие разъяснения¹³; заявка на участие в аукционе; документация, связанная с проведением открытого аукциона в электронной форме на сайте в сети Интернет¹⁴; котировочная заявка; подтверждение получения такой заявки¹⁵;

- документы, используемые в связи с защитой прав участников размещения заказа (так, участники вправе подать в письменной форме, в том числе в форме электронного документа или посредством использования факсимильной связи, жалобу на действия (бездействие) заказчика, уполномоченного органа, специализированной организации, конкурсной, аукционной или котировочной комиссии¹⁶).

Следует отметить трудности, с которыми сталкивается правоприменительная практика при реализации норм, относящихся к использованию электронных документов в процедурах размещения заказов. Эти трудности возникают, в частности, вследствие того, что законодательство о закупках в данной сфере недостаточно со-

¹⁰ ст. 16 Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

¹¹ ст. 18, 19 Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

¹² ст. 25 Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

¹³ ст. 22 Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

¹⁴ ст. 35 Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

¹⁵ ст. 42 Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

¹⁶ ч. 4 ст. 57 Федерального закона «О размещении заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд».

гласовано с иными законодательными актами Российской Федерации. Федеральный закон «О размещении заказов» предусматривает право участника размещения заказа подать заявку на участие в конкурсе (ч. 2 ст. 25) или на участие в аукционе (ч. 4 ст. 35) в форме электронного документа. Закон требует предоставления в соответствующих случаях оригиналов либо нотариально заверенных копий документов, например: выписку из единого государственного реестра юридических лиц или нотариально заверенную копию такой выписки или копии документов, удостоверяющих личность (для иных физических лиц).

Такие требования Федерального закона «О размещении заказов» в электронном виде невыполнимы, поскольку не соответствуют положениям Основ законодательства о нотариате. Основы ориентированы исключительно на бумажную форму документов и нотариального удостоверения электронных документов не предусматривают. Кроме того, в российском законодательстве отсутствует единое представление о том, что является оригиналом, а что — копией документа в электронном виде. Применительно к процедурам государственных и муниципальных закупок Федеральный закон ситуацию не проясняет. Данная проблема также не может быть разрешена, исходя из общих законодательных норм, поскольку в законодательстве РФ не разработаны универсальные правовые конструкции электронного документа, его оригинала и копии.

Таким образом, на практике реализовать правомерным путем участником размещения заказа предоставленное ему законом право подачи заявок в электронном виде не представляется возможным. Указанная коллизия искусственно сужает круг участников, находящихся в разных регионах России, и существенно ограничивает конкуренцию при размещении заказов. Кроме того, ограничиваются возможности судебной защиты прав и законных интересов участников. В силу требований процессуального законодательства письменные доказательства должны представляться в суд в подлиннике или в форме надлежащим образом заверенной копии (ч. 8 ст. 75 Арбитражного процессуального кодекса РФ).

Для устранения данных коллизий можно порекомендовать разработку соответствующих изменений и дополнений и внесение их в Основы законодательства РФ о нотариате. Нотариальное удостоверение электронных документов требуется не только в сфере государственных закупок. Целесообразно разработать универсальные правовые конструкции электронного документа, его оригинала, копии, а также правовой режим бумажной копии электронного документа и, наоборот, электронной копии бумажного документа и т.п. Возможен также альтернативный (и, как представляется, более быстрый) способ разрешения данной проблемы. Он состоит в том, чтобы изъять из Федерального закона «О размещении заказов» требования нотариального удостоверения применительно к электронным документам, если они подписаны электронной цифровой подписью в соответствии с процедурами, предусмотренными Федеральным законом «Об электронной цифровой подписи» от 10 января 2002 г. № 1-ФЗ¹⁷.

По вопросу нотариального удостоверения представляет интерес точка зрения эксперта Совета Европы, который отмечает, что существуют и другие документы, которые не всегда можно подать в электронной форме — например, сертификаты и дипломы. Конечно, их можно преобразовать в сканированный вариант, но в процессе проверки важно зафиксировать подлинность документов, а в случае сканирования изображения достоверность снижается. Одним из решений может стать

¹⁷ СЗ РФ. 2002. № 2. Ст.127.

требование предоставления таких сертификатов и нотариально заверенных документов в электронной форме. При этом необходимо наложить дополнительное требование: предоставить оригинал (1) прислав его по почте, не позднее указанного срока, или (2) обязать сделать это только успешного участника торгов. Вторым вариантом освобождает участников от бремени предоставления дополнительных документов (что часто отталкивает их от участия в торгах)¹⁸.

К сожалению, приходится констатировать, что, несмотря на значительный опыт применения электронных документов и грандиозные планы по дальнейшему развитию электронного документооборота¹⁹, в Российской Федерации отсутствует общий методологический подход к правовому регулированию использования электронных документов. Это в значительной степени лишает электронное взаимодействие благоприятных и предсказуемых правовых условий. Неоправданное усложнение правовых конструкций, регламентирующих электронный документооборот, отрицательно сказывается на доступности указанных конструкций для их применения на практике лицами, не обладающими специальными технологическими знаниями. В этом смысле проблема участия поставщиков в госзакупках — отнюдь не только проблема коррупции. Не менее остро стоит и другая проблема — правового обеспечения доступности информации, включающей технологическую доступность.

Положение усугубляется значительным количеством отсылочных норм, в том числе к тем нормативным правовым актам, которые на сегодняшний день все еще не приняты. До настоящего времени не изданы необходимые подзаконные нормативные правовые акты, к которым отсылает принятый в 2002 году Закон «Об электронной цифровой подписи» и которые должны обеспечивать его применение. При отсутствии таких актов указанный Закон не может считаться работающим в полной мере. При этом действия лиц, применяющих ЭЦП в целях информационного обмена, остаются без должного правового признания.

Положения Закона «Об электронной цифровой подписи» не соответствуют основным принципам, реализуемым в иностранном законодательстве и международном праве при осуществлении правового регулирования электронных подписей, таким как, например, «технологическая нейтральность» законодательства или правовое признание различных видов электронной подписи наряду с добровольной аккредитацией удостоверяющих центров.

Вопреки сложившейся мировой практике, Закон допускает использование единственной технологии электронной цифровой подписи (основанной на так называемой технологии асимметричных ключей подписи), устанавливает обязательное лицензирование удостоверяющих центров, обязывает применять сертифицированные средства электронной цифровой подписи. Из сферы регулирования Закона исключены отношения по использованию иных видов электронной подпи-

¹⁸ Россия — Европа вместе против коррупции. С.154.

¹⁹ Долю электронного документооборота в общем объеме документооборота в федеральных органах исполнительной власти, органах исполнительной власти субъектов Российской Федерации и органах местного самоуправления предполагается довести до 65% внутри ведомств и до 40% в межведомственном документообороте. Предусматриваемые Программой меры по ускорению распространения современных способов передачи информации и внедрению электронного документооборота в сфере предпринимательства приведут к сокращению времени на заключение сделок, осуществление взаимодействия с органами государственной власти, органами местного самоуправления и, в конечном счете, к сокращению торговых издержек, повышению конкурентоспособности отечественной продукции (Постановление Правительства Российской Федерации от 28 января 2002 года № 65 «О федеральной целевой программе «Электронная Россия (2002-2010 годы)»»).

си. В связи с этим возникают юридические проблемы при проверке подлинности документов, в том числе получаемых при международном обмене (в случае участия в размещении госзаказа зарубежных контрагентов).

Отсутствие общего методологического подхода к правовому регулированию использования электронных документов привело к следующим результатам.

Во-первых, соответствующие нормативные положения принимаются в основном на отраслевом уровне применительно к использованию систем электронного документооборота в отношениях, регулируемых данными отраслями. Законодательство о государственных и муниципальных закупках является наиболее показательным примером подобного отраслевого регулирования.

Во-вторых, для реализации положений отраслевого законодательства необходимо издание значительного количества подзаконных нормативных правовых актов, без которых указанные положения не будут работать. В системе государственных закупок в соответствии с Федеральным законом «О размещении заказов» Правительством Российской Федерации установлены:

- порядок пользования официальными сайтами и требования к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения пользования указанными сайтами;
- порядок ведения реестров контрактов и требования к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения пользования официальными сайтами, на которых размещаются указанные реестры;
- порядок ведения реестра недобросовестных поставщиков, требования к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения ведения реестра недобросовестных поставщиков;
- порядок пользования сайтами в сети Интернет, на которых осуществляется проведение открытых аукционов в электронной форме, и требования к технологическим, программным, лингвистическим, правовым и организационным средствам обеспечения пользования указанными сайтами, а также к системам, обеспечивающим проведение открытых аукционов в электронной форме.

В настоящее время электронный документооборот поступательно перемещается из законодательной сферы в сферу подзаконного регулирования, что является негативной тенденцией, в том числе и с позиций антикоррупционных мероприятий.

Очевидно, что решение указанных проблем должно стать составной частью мероприятий по совершенствованию нормативной правовой базы, намеченных в целях формирования в Российской Федерации «электронного правительства».

В.В. Кулешов

Аспирант
Московской
государственной
юридической
академии

Некоторые особенности экспедиционных услуг, связанных с перевозкой грузов в международном сообщении

Действующее законодательство разделяет транспортно-экспедиционные услуги на два вида. Это обычные услуги и услуги, связанные с перевозками грузов в международном сообщении. Ответственность экспедитора при оказании обычных услуг и услуг, связанных с перевозками грузов в международном сообщении, различна. ГК РФ не проводит подобного разделения, его вводит ФЗ «О транспортно-экспедиционной деятельности»¹. Причем в самом Законе нет определения экспедиционных услуг, связанных с перевозками грузов в международном сообщении. Но в названном законе устанавливается различная ответственность экспедитора при оказании обычных услуг и услуг, связанных с перевозками грузов в международном сообщении.

При оказании транспортно-экспедиционных услуг, связанных с перевозками грузов в международном сообщении, при определенных условиях ответственность экспедитора за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязанностей будет иметь дополнительные ограничения. Предел ответственности в ряде случаев будет составлять 666,67 расчетной единицы за место или иную единицу отгрузки (п.3 ст.6 ФЗ «О транспортно-экспедиционной деятельности»). В случае несохранности груза при определенных условиях предел ответственности экспедитора будет составлять 2 расчетные единицы за килограмм общего веса утраченного, недостающего или поврежденного (испорченного) груза (п.2 ст.7 ФЗ «О транспортно-экспедиционной деятельности»).

Под расчетной единицей понимается единица специальных прав заимствования (SDR), определенная Международным валютным фондом. Стоимость рубля в единицах специальных прав заимствования исчисляется в соответствии с методом определения стоимости, применяемым МВФ на соответствующую дату для своих операций и сделок. В соответствии со стоимостью рубля в единицах СПЗ перевод в рубли осуществляется на дату принятия судебного решения или на дату, установленную соглашением сторон. В настоящее время Российская Федерация выступила с предложением к странам, входящим в «группу 20» о создании наднациональной резервной валюты. Россия предлагает: «рассмотреть роль МВФ в этом процессе, а также определить возможность и необходимость принятия мер, которые позволят SDR стать признанной всем мировым сообществом»² резервной валютой.

¹ Федеральный закон от 30 июня 2003 года № 87-ФЗ «О транспортно-экспедиционной деятельности» // Российская газета от 03.июля 2003 г. №128.

² <http://www.kremlin.ru/text/docs/2009/03/213992.shtml>.

Исходя из того, что в названии транспортно-экспедиционных услуг присутствуют слова «связанных с перевозками грузов в международном сообщении», по-видимому данное определение должно содержаться в транспортных уставах и кодексах. Тем не менее, под международной перевозкой грузов может также пониматься перевозка, урегулированная правом другого государства, а так же перевозка, осуществляемая на основе международной конвенции.

Транспортные уставы и кодексы по-разному определяют это понятие.

В статье 4 Устава автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта Российской Федерации (УАТ и ГНЭТ РФ)³ выделено три критерия для отнесения перевозки груза к перевозке груза в международном сообщении:

- 1) перевозка осуществляется за пределы РФ;
- 2) перевозка осуществляется на территорию РФ с пересечением государственной границы РФ;
- 3) перевозка осуществляется транзитом через территорию РФ.

В статье 2 Устава железнодорожного транспорта Российской Федерации (УЖТ РФ)⁴ перевозка в международном сообщении определяется как перевозка груза между РФ и иностранным государством, в том числе транзит через территорию РФ, в результате которого груз пересекает государственную границу РФ.

В статье 101 Воздушного кодекса Российской Федерации (ВК РФ)⁵ нет определения перевозки грузов в международном сообщении, но раскрывается понятие международной воздушной перевозки груза. Так, для того, чтобы воздушная перевозка считалась международной необходимо, чтобы пункт отправления и пункт назначения были расположены:

- 1) на территории двух государств;
- 2) на территории одного государства, если предусмотрен пункт посадки на территории другого государства.

В Кодексе торгового мореплавания Российской Федерации (КТМ РФ)⁶ так же нет определения понятия перевозки грузов в международном сообщении. В нем используется понятие «заграничное сообщение». В статье 4 КТМ РФ перевозка груза в каботаже определяется как перевозка между двумя морскими портами РФ. Можно предположить, что это является негативной формулой определения морской перевозки в заграничном сообщении. Из этого следует, что морская перевозка грузов в заграничном сообщении не представляет собой перевозку в каботаже. Подобной позиции придерживается президиум ВАС: «морская перевозка в заграничном сообщении — это перевозка не в каботаже»⁷.

Транспортные уставы и кодексы в отношении одного и того же фактического действия употребляют разные термины: перевозка в международном сообщении,

³ Федеральный закон от 8 декабря 2007 года №259-ФЗ «Устав автомобильного транспорта и городского наземного электрического транспорта» // СЗ РФ 12.11.2007. №46, ст.5555.

⁴ Федеральный закон от 10 января 2003 года №18-ФЗ (в ред. 23.07.2008) «Устав железнодорожного транспорта Российской Федерации» // СЗ РФ 13.01.2003. №2, ст.170.

⁵ Федеральный закон от 19 марта 1997 года №60-ФЗ (в ред. 13.12.2008) «Воздушный кодекс Российской Федерации» // СЗ РФ 24.03.1997. №12, ст.1383.

⁶ Федеральный закон от 30 апреля 1999 года №81-ФЗ (в ред. 30.12.2008) «Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации» // СЗ РФ 03.05.1999. №18, ст.2207.

⁷ Информационное письмо президиум ВАС РФ от 13 августа 2004 года №81 «Обзор практики применения арбитражными судами Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации» // СПС «Консультант Плюс / Пресса и книги / Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2004. №10.

международная перевозка и перевозка в заграничном сообщении. Предлагается считать эти термины идентичными. На их идентичность в своих работах также указывает профессор О.Н. Садилов⁸.

Из анализа указанных выше положений транспортных уставов и кодексов следует вывод, что общим необходимым и достаточным условием отнесения перевозки к перевозке грузов в международном сообщении является критерий пересечения грузом границы РФ. Данный критерий основан на правовом регулировании перевозок грузов транспортными уставами и кодексами в настоящее время.

Тем не менее, существуют другие мнения, например, О.Н. Садилов обосновывал точку зрения, что: «для признания перевозки международной не требуется, чтобы она фактически осуществлялась по территории двух или нескольких стран: достаточно начать такую перевозку ... на территории иностранного государства. Пересечения границы может и не быть, в случае утраты груза в стране отправления»⁹.

Позиция Садилова О.Н. не совсем согласуется с правовым регулированием, сложившимся на сегодняшний день. Если следовать буквальному толкованию транспортных уставов и кодексов, то перевозка по территории другого государства без пересечения границы РФ не будет считаться перевозкой грузов в международном сообщении. Место утраты груза при осуществлении перевозки не имеет юридического значения. Под пересечением границы следует понимать именно закрепленное в договоре пересечение грузом границы РФ, а не фактическое ее пересечение. Договор перевозки заключается в момент отправления груза, и если пункты отправления и назначения находятся по разные стороны границы РФ, то заключенный договор является договором перевозки в международном сообщении. Не правильно будет считать, что первоначально заключается договор перевозки «во внутреннем сообщении», а после пересечения грузом границы РФ договор трансформируется в договор перевозки в международном сообщении. И, как следствие, факт утраты груза в стране отправления никак не повлияет на характер уже заключенного договора перевозки.

Так же, применяя критерий О.Н. Садилова, получается, что перевозка с территории РФ за ее пределы не будет международной, что не согласуется с действующим правовым регулированием. Таким образом, наличия пункта отправления на территории иного (не РФ) государства недостаточно, необходимо пересечение границы РФ при перевозке груза.

В литературе по международному частному праву можно встретить позицию, что перевозка имеет характер международной при условии ее осуществления на основе международной транспортной конвенции. По этому поводу Л.А. Лунц писал: «не имеют характера международных перевозки между государствами, осуществляемые без соответствующих межгосударственных соглашений»¹⁰. Его позицию поддерживают Н.Ю. Ерпылева и И.В. Гетьман-Павлова: «наличие международной транспортной конвенции и осуществление перевозки именно на ее условиях представляют собой необходимый признак международной перевозки»¹¹.

⁸ Садилов О.Н. Правовое регулирование международных перевозок. - М.: Юридическая литература. 1981. С.5.

⁹ Садилов О.Н. Указ. Соч. С.7.

¹⁰ Лунц Л.А. Курс международного частного права. М., 2002. С.537.

¹¹ Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В. «Правовое регулирование международных смешанных комбинированных перевозок» // СПС «Консультант Плюс» / Пресса и книги / Транспортное право, 2006. №4.

О.Н. Садилов выделял два признака характерных для международных перевозок: «во-первых, осуществляются между двумя и более странами и, во-вторых, выполняются на условиях, установленных международными соглашениями»¹². Тем не менее, О.Н. Садилов обращал внимание на то обстоятельство, что «сообщения между странами могут практически осуществляться и без заключения межгосударственных соглашений, на основании норм внутреннего права»¹³.

Указанные выше мнения являются подтверждением существования различных подходов к определению международной перевозки груза, перевозки груза в международном сообщении. Что указывает на наличие определенной проблемы в определении данных понятий.

Представляется более правильным использование критерия, закрепленного в транспортных уставах и кодексах. Тем не менее, наличие разных точек зрения свидетельствует о существовании различных подходов в научной доктрине.

Признание перевозки перевозкой грузов в международном сообщении дает дополнительное ограничение ответственности экспедитора. Однако данное ограничение будет действовать, если экспедитор докажет отсутствие своей вины в виде умысла или грубой неосторожности (п.4 ст.6 ФЗ «О транспортно экспедиционной деятельности»).

Непонятна позиция законодателя о дополнительном ограничении ответственности экспедитора в случае оказания транспортно-экспедиционных услуг, связанных перевозкой грузов с пересечением границы РФ (в международном сообщении). Возникает вопрос о том, какие сложности могут возникнуть у экспедитора при пересечении грузом границы РФ, и почему эти сложности не возникают при пересечении грузом границ других государств или при перевозке груза без пересечения границы РФ.

На наш взгляд подобный подход является следствием реализации принципа разделения перевозок на «внутренние» и «международные». При присоединении РФ (в прошлом СССР) к международным конвенциям и подписании международных договоров происходит включение в национальное законодательство международных принципов и норм. Однако данные изменения не касались всего объема общественных отношений, связанных с перевозкой грузов. В большей своей части правовое регулирование общественных отношений не изменяется. При этом выделяются общественные отношения по международной перевозке грузов, которые претерпевают определенные изменения в связи с каждой новой ратификацией международной конвенции и подписанием международного договора. Было бы логично распространить эти нормы и принципы не на какую-то часть, а на весь объем общественных отношений, связанных с перевозкой грузов.

Данный принцип критикуется юристами – практиками. Например, Л. Леднева пишет, что «по сути один вид деятельности законодатель разделил на внутреннюю и международную, хотя ни в торговом, ни в гражданском праве ни одной страны мира подобного разграничения нет»¹⁴.

Ограничивая ответственность экспедиторов, осуществляющих перевозку грузов в международном сообщении, законодатель дискриминирует экспедиторов, осуществляющих перевозки «во внутри российском сообщении», не закрепив для них подобное ограничение ответственности.

¹² Садилов О.Н. Указ. Соч. С.7.

¹³ Там же.

¹⁴ Леднева Л. «Экспедитор за бортом законодательства» // СПС «Консультант Плюс» / Пресса и книги / ЭЖ-Юрист, 2007, №4.

Мы обратились к правовому регулированию перевозки грузов, так как РФ и СССР не присоединялись к международным конвенциям и не подписали международные договоры, регулирующие транспортно-экспедиционные отношения.

В настоящее время в международной практике существуют типовые правила экспедиторов, разработанные союзами экспедиторов, например, FIATA¹⁵, NSAB2000¹⁶ и т.д. Они не являются международными договорами и международными конвенциями и не требуют подписания и присоединения к ним. Это некий сбалансированный свод правил, составленных на основании многолетнего опыта и являющийся образцом для использования в области транспортной экспедиции. И, как следствие, эти правила не были инкорпорированы в законодательство РФ. Их использование возможно только в части, не противоречащей действующему законодательству. Правила, закрепленные в ФЗ «О транспортно-экспедиционной деятельности», практически не оставляют возможности их применения, особенно к внутренним перевозкам.

Выделение Законом 2003г. из общего объема транспортно-экспедиционной деятельности услуг, связанных с международной перевозкой грузов, приводит к путанице понятий. Так, транспортно-экспедиционной услугой, связанной с перевозкой груза в международном сообщении (международной транспортно-экспедиционной услугой), называется также услуга, урегулированная правом другого государства. Эта ситуация возможна, например, когда в договоре транспортной экспедиции присутствует иностранный элемент в качестве одной из сторон. При выборе сторонами применимого права другого государства, договор транспортной экспедиции так же может называться международным. Фактически, назвав транспортно-экспедиционные услуги международными (связанными с перевозкой груза в международном сообщении), невозможно будет понять, что имеется в виду:

а) транспортно-экспедиционные услуги, связанные с международной перевозкой груза, урегулированной правом другого государства;

б) транспортно-экспедиционные услуги, связанные с перевозкой груза в международном сообщении, урегулированной транспортными уставами и кодексами.

Разделение экспедиционных услуг на «международные» и «внутри российские» влечет некоторые негативные последствия. После распада СССР Россия фактически не имеет единого экономического пространства. Осуществить автомобильную перевозку из г. Калининграда в г. Москву без пересечения границы РФ невозможно. Соответственно, экспедиторские услуги, связанные с перевозкой груза автомобильным транспортом из г. Калининграда в г. Москву, всегда будут связанными с международной перевозкой груза (так как связаны с пересечением границы РФ), и иметь дополнительное ограничение ответственности экспедитора, а экспедиторские услуги, связанные с перевозкой груза автомобильным транспортом из г. Владивостока в г. Москву, подобного ограничения иметь не будут.

На наш взгляд, выделение в отдельную группу транспортно-экспедиционных услуг, связанных с международной перевозкой грузов, является дискриминационным и нуждается в отмене. Это целесообразно сделать путем унификации правил оказания транспортно-экспедиционных услуг в международном и «во внутреннем» сообщении. Это оправдано хотя бы потому, что одной из задач, установленной Правительством РФ в Транспортной стратегии РФ на период до 2030 года является «гармонизация нормативного правового регулирования транспортной деятельности»¹⁷.

¹⁵ <http://www.fiata.com>

¹⁶ <http://www.cardel.ru/nsab2000>

¹⁷ Распоряжение Правительства РФ от 22.11.2008 №1734-р «О транспортной стратегии Российской Федерации на период до 2030 года» // Собрание законодательства РФ 15.12.2008, N 50, ст. 5977.

Л.А. Прокудина

*Доцент кафедры
судебной власти
и организации
правосудия
факультета права
Государственного
университета –
Высшая школа
экономики,
кандидат
юридических наук*

Участие аппарата суда в осуществлении судебной деятельности¹

Рост количества рассматриваемых судами (общей юрисдикции и арбитражными) споров постоянно опережает рост количественного состава судей. Данная тенденция приводит к неуклонному и существенному возрастанию нагрузки на каждого судью.

Руководство высших органов судебной власти, председатели судов вслед за учеными вполне обоснованно приходят к выводу, что невозможно продолжать повышать пропускную способность судебной системы только путем экстенсивного развития за счет механического увеличения количества судей, а следует разрабатывать пути совершенствования продуктивности работы каждого судьи, работников аппарата суда в целом. На это обращено внимание и в утвержденной Правительством РФ 21 сентября 2006 года Федеральной целевой программе «Развитие судебной системы России» на 2007—2011 годы². Программа призвана решить новые задачи, обусловленные стремлением России соответствовать мировым стандартам в области судопроизводства, что требует комплексного подхода к совершенствованию судебной системы,

Составной частью реализации намеченных Программой целей выступает необходимость формирования взвешенной системы мер оптимизации нагрузки имеющегося штата судей, освобождения их от выполнения чисто технических и организационных функций, непосредственно не относящихся к отправлению правосудия.

Одним из способов решения этой сложной и многоаспектной проблемы является более активное и взвешенное вовлечение работников аппарата суда и офиса судьи в деятельность по рассмотрению и разрешению дел. Для этого представляется необходимым рассмотреть несколько взаимосвязанных вопросов:

Определить состав и процессуальный статус сотрудников аппарата суда, непосредственно работающих вместе с судьей и составляющих офис судьи.

Разграничить понятия «судебная деятельность» и «правосудие».

Определить, кто из сотрудников аппарата суда имеет прямое отношение к осуществлению судебной деятельности.

¹ Статья подготовлена в рамках индивидуального исследовательского проекта № 08-01-0133 «Участие аппарата арбитражного суда в обеспечении отправления правосудия и реализации иных функций суда (процессуальный и организационный аспекты)» при поддержке Государственного университета — Высшая школа экономики.

² СЗ РФ. — 2006. — № 41. — Ст. 4248.

Попытаться разграничить компетенцию между сотрудниками офиса судьи.

В настоящее время в судах формируется система организации судебного делопроизводства, в основе которой использован зарубежный опыт «офиса судьи» или (как он называется в Арбитражном суде г. Москвы) судебного отделения. В настоящее время офис судьи составляют его помощник и специалист, а также часто секретарь судебного заседания. В рамках этой системы документооборота в канцелярии суда лишь первично регистрируются поступившие процессуальные документы и новые, дополнительно поступающие документы, а после они сразу передаются судье или его помощнику и практически вся работа с делом ведется у судьи в его офисе. Извещения, уведомления, копии документов направляются участвующим в деле лицам помощником или специалистом. Весь контроль прохождения и рассмотрения дела возлагается только на судью и его сотрудников.

Сейчас эти сотрудники (помощник судьи, секретарь судебного заседания и специалист) в соответствии с ГПК РФ вообще не имеют процессуального статуса, а по АПК РФ (кроме специалиста, который вообще не является процессуальной фигурой) относятся к участникам процесса, содействующим осуществлению правосудия (ст. 54).

Обоснованность отнесения арбитражным процессуальным законом помощника судьи и секретаря судебного заседания к разряду лиц, содействующих осуществлению правосудия, оспаривается рядом специалистов. По их мнению, эти лица находятся по другую сторону процесса от участвующих в деле лиц — на стороне суда как субъекта процессуального правоотношения³. В связи с этим помощников судей предлагается выделить в качестве отдельной самостоятельной группы (отдельного субъекта) арбитражного процесса, либо причислить их к группе такого субъекта, как арбитражные судьи⁴. Развивая свое обоснование, Е.А. Трещева обратила внимание на то обстоятельство, что у помощников судей и секретарей судебных заседаний в арбитражных судах (как государственных служащих, обеспечивающих исполнение полномочий арбитражных судов) не возникает процессуальных отношений с арбитражным судом. Поэтому они не могут быть отнесены к обычным участникам процесса (лицам, участвующим в деле или содействующим осуществлению правосудия), находящимся с арбитражным судом в процессуальных правоотношениях. Арбитражный суд, его должностные лица, работники аппарата арбитражного суда — это такие субъекты арбитражных отношений, которые либо осуществляют правосудие (суды, отдельные судьи), либо обеспечивают исполнение полномочий судей (помощники судей, секретари судебных заседаний)⁵.

Таким образом, представляется более последовательным объединять помощника судьи и секретаря судебного заседания в одну группу с судом, поскольку при четком разграничении обязанностей и под контролем судьи каждый из них обеспечивает выполнение своей части в общем процессе рассмотрения и разрешения дела.

В настоящее время помимо технической работы все эти сотрудники в большей или меньшей степени задействованы в выполнении и процессуальных функций. Конечно, помощник судьи, как самый квалифицированный специалист, обладает наиболее значительным кругом таких обязанностей. В частности, к ним можно отнести:

³ См.: Комментарий к АПК РФ / под ред. М.С. Шакарян. М., 2003. С. 142.

⁴ См.: Клеандров М.И. Арбитражный процесс: учебник. М., 2003. С. 50.

⁵ См.: Трещева Е.А. Субъекты арбитражного процесса. Часть 1: Общие теоретические вопросы понятия и классификации субъектов. Самара, 2006. С. 127—134.

- 1) участие в решении задач подготовки дела к судебному разбирательству, включая:
 - определение круга лиц, участвующих в деле, оказание им содействия в предоставлении необходимых доказательств;
 - принятие мер к примирению сторон;
- 2) участие в организации подготовки и проведении судебного заседания, включая:
 - контроль за изготовлением и своевременным направлением копий судебного акта, которым извещаются или вызываются участники процесса;
 - подготовку судье информации о надлежащем извещении лиц, участвующих в деле, причинах их неявки в судебное заседание;
 - ведение протокола судебного заседания.

С процессуальными обязанностями косвенно связаны:

- изучение поступивших судье заявлений, в том числе исковых, жалоб, представлений и внесение предложений по их рассмотрению;
- подготовительная и аналитическая работа с нормативными и статистическими материалами, судебной практикой, что позволяет правильно квалифицировать спорные правоотношения и определить предмет доказывания по делу, выявить сложившуюся судебную практику по данной категории дел;
- подготовка проектов процессуальных документов, ответов по поступающим обращениям и запросам, подписываемых судьей;
- осуществление контроля по заявлениям, в том числе исковым, и жалобам, оставленным без движения, по делам, где отложено рассмотрение или приостановлено производство.

Таким образом, значительный перечень полномочий помощника судьи — это обязанности по совершению ряда процессуальных действий, не влекущих юридических последствий для участников процесса. Традиционно все процессуальные действия осуществляются судьей. Вместе с тем практически все действия на стадии возбуждения производства по делу, по подготовке дела к судебному заседанию, разъяснению сторонам и участвующим в деле лицам их процессуальных прав и обязанностей, оказанию содействия сторонам по истребованию необходимых доказательств, добровольному урегулированию могут выполняться помощником при контроле со стороны судьи. Эти процессуальные действия во многом носят характер подготовительных или вспомогательных, напрямую не влекущих юридических последствий, как не разрешающих дела по существу или завершающих судебную процедуру.

Секретарь судебного заседания также совершает предусмотренные законом процессуальные действия, связанные с ведением протокола судебного заседания и контролем за явкой участников процесса. Они детализированы в его обязанностях по:

- проверке перед началом судебного заседания явки всех вызванных в судебное заседание лиц и их полномочий на участие в деле, выяснению причин неявки вызванных лиц, доклада об этом судье (и по его указанию принятию мер для обеспечения явки лиц, участвующих в деле);
- обеспечению подписки экспертов, свидетелей, переводчиков после предложения их судьей об ответственности в случаях их участия в деле;
- ведению протокола судебного заседания (при вынесении в судебном заседании протокольного определения, которое объявляется судьей устно, занесению его в протокол с указанием вопроса, по которому выносится такое определение, мотивов, по которым суд пришел к своим выводам, и выводов по результатам рассмотрения вопроса);
- ознакомлению лиц, участвующих в деле, с протоколом судебного заседания;
- объявлению или вручению под расписку лицам, участвующим в деле, и иным лицам по указанию председательствующего в судебном заседании копий судебных актов, извещений о вызове в судебное заседание.

Как видно, спектр полномочий секретаря намного уже, чем у помощника судьи, и охватывает только судебное заседание и последующее изготовление протокола.

У специалиста практически отсутствуют процессуальные полномочия. Однако и этот сотрудник в определенной степени задействован в процессуально-технической деятельности. Он, в частности:

— своевременно, в установленные АПК РФ и ГПК РФ сроки направляет копии судебных актов лицам, участвующим в деле, в случае необходимости направляет телефонные и факсимильные сообщения;

— осуществляет заверение копий судебных актов и их рассылку лицам, участвующим в деле, а также другим лицам, указанным в судебных актах, если не требуется заверения копии гербовой печатью; выдает или рассылает дополнительные копии судебных актов;

— оформляет и выдает исполнительные листы и справки на возврат государственной пошлины в установленном порядке.

Все эти действия регламентируются процессуальным законом и в определенной степени их можно отнести к процессуальной деятельности по отправлению правосудия.

В настоящее время произошло расширение сферы судебной деятельности, значительно пополнился перечень отнесенных к компетенции судов дел. При этом они весьма сильно различаются как по характеру правоотношений, лежащих в их основе, так и по характеру и содержанию процессуальной деятельности суда. Это подводит к необходимости разобраться в вопросе — вся ли деятельность суда представляет собой осуществление правосудия, или у суда, помимо его основной функции, появились дополнительные полномочия.

Современные процессы расширения сферы судебной деятельности связаны с включением в компетенцию суда вопросов, разрешаемых либо в условиях усеченного действия процессуальной формы, либо практически вне ее. В конечном счете, эти дела могут быть решены и в отсутствие обязательных для правосудия правовых гарантий. Однако поскольку для решения таких вопросов важна юридическая сила принимаемого судом акта, а суд не может действовать вне процессуальной формы, то законодателем допускается подобное ограничение ее действия. В частности, к таким делам можно отнести:

- в уголовном судопроизводстве — осуществление судебного контроля за деятельностью органов предварительного расследования, восстановление статуса реабилитированного лица, решение вопроса об условно-досрочном освобождении осужденного и отбывающего наказание лица;

- в гражданском судопроизводстве — рассмотрение бесспорных требований при выдаче судебных приказов, осуществление контроля за решениями третейских судов, содействие исполнению решений иностранных судов;

- в арбитражном судопроизводстве — осуществление контроля за решениями третейских судов, содействие исполнению решений иностранных судов, а также дела о банкротстве, о ликвидации «мертвых» юридических лиц, взыскание обязательных платежей и санкций.

Представляется, что существо судебной деятельности при рассмотрении перечисленных дел коренным образом отличается от разрешения споров, конфликтов⁶.

⁶ Заметим, что отсутствие необходимости использования суда при ликвидации «мертвых» юридических лиц уже привело к изменению закона и передаче этой компетенции органам исполнительной власти.

В делах по осуществлению контроля за решениями третейских судов, по выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов, по признанию и приведению в исполнение решений иностранных судов спор между сторонами уже разрешен третейским или иностранным судом, чьи решения являются результатом их правоприменительной деятельности. В рамках перечисленных дел судом общей юрисдикции или арбитражным лишь проверяется по весьма узкому кругу формальных признаков правильность вынесенного третейским или иностранным судом решения и разрешается возможность его принудительного исполнения. Судебное заседание по этим делам проводится судом с вызовом всех участвующих в деле лиц, хотя их неявка без уважительных причин не является препятствием для рассмотрения дела (ст. 411, 420, 425 ГПК РФ, ст. 232, 238, 243 АПК РФ); завершаются они вынесением определения, а не решения (ст. 411, 422, 427 ГПК РФ, ст. 234, 240, 245 АПК РФ). Хотя рассмотрение этих дел проводится в рамках гражданской или арбитражной процессуальной формы, роль суда ограничивается лишь «функциями содействия и контроля по отношению к указанным в законе решениям национальных или иностранных органов частной или публичной юрисдикции»⁷, весьма отдаленными от правозащитной функции по отправлению правосудия, которая призвана разрешать правовые конфликты. Разрешение последних всегда связано с творческим процессом применения права, а «судебные решения не являются нетворческим, механическим процессом, эта интерпретация законов является творческой деятельностью»⁸. Таким образом, необходимости в реализации процесса правоприменения, являющегося сердцевиной правосудия, осуществляемого только судьей и отражающегося в выносимом им решении, для перечисленных выше дел совершенно нет. Следовательно, возникает вопрос, обязательно ли в данном случае задействовать судью?

Заслуживают рассмотрения также упрощенные процедуры: приказное производство и близкое к нему упрощенное производство в арбитражном процессе.

Процедура вынесения судебных приказов в настоящее время претерпела серьезные изменения, направленные на ее значительное упрощение и ускорение. Данная процедура практически исключает реализацию основных принципов гражданского процессуального права (сопоставительность, гласность, равенство сторон, непосредственность), и таким образом разрешение заявления происходит практически вне рамок гражданской процессуальной формы. Перечисленные особенности приводят ко вполне обоснованному предложению «рассматривать приказное производство не как вид гражданского судопроизводства, а как упрощенную его альтернативу, которая находится за рамками гражданской процессуальной формы, а значит и правосудия»⁹.

В АПК РФ введена процедура упрощенного производства, имеющая ряд схожих черт с приказным производством в гражданском процессе. Во-первых, она применяется лишь по делам, где требования истца носят бесспорный характер, признаются ответчиком или иск заявлен на незначительную сумму (ст. 226 АПК РФ). Во-вторых, судебное заседание проводится без вызова сторон, при этом арбитражным судом исследуются лишь письменные доказательства, отзыв, объяснения

⁷ См.: Носырева Е.И. О функциях суда первой инстанции при рассмотрении гражданских дел // Новеллы гражданского процессуального права. М., 2004. С. 130.

⁸ Сурия Пракаш Синха. Юриспруденция. Философия права. Краткий курс. М., 1996. С. 165.

⁹ См.: Громошина Н.А. К вопросу о видах гражданского судопроизводства // Защита прав и законных интересов граждан и организаций: Материалы Международной научно-практической конференции. Сочи, 2002. Ч. 2. С. 29.

по существу заявленных требований, представленные в письменной форме, другие документы (ст. 228 АПК РФ). Таким образом, в обеих упрощенных процедурах не разрешается спор о праве, поскольку он отсутствует; в весьма ограниченном виде или вовсе не реализуются принципы состязательности, устности, гласности. Можно констатировать, что при упрощенном производстве арбитражная процессуальная форма реализуется в весьма усеченном виде.

Возникает вопрос — насколько при подобной трансформации процедуры существует необходимость задействовать судью в выдаче судебного приказа (и в упрощенном производстве)? Нельзя ли воспользоваться сложившейся в других судебных системах практикой передачи подобных полномочий другим сотрудниками аппарата суда?

Например, помощник судьи в Германии в соответствии с Законом о помощнике судьи 1969 г., не являясь судьей, обладает некоторыми его функциями и имеет право на вынесение решений по определенному кругу дел. К ним относятся наследственные и кадастровые дела, дела по опеке и попечительству, о взыскании задолженностей в порядке судебного приказа и некоторые другие¹⁰. Этот опыт нуждается в более детальном изучении и возможно восприятии российским судопроизводством, учитывая, что ежегодно в России мировыми судьями выносится более миллиона судебных приказов. В условиях всеобщего признания слишком большой загруженности мировых судей оптимизация этой процедуры вполне заслуживает серьезного изучения и адаптации к российским условиям.

Логическим продолжением этих вопросов представляется рассмотрение характера деятельности суда и судьи в рамках рассмотрения и разрешения гражданского дела. Все ли действия следует определять как отправление правосудия? Этот вопрос не нов. О нем в свое время писали Н.И. Авдеенко, Н.И. Соловьев, А.Т. Боннер и другие процессуалисты. Представляется, что в условиях существенного расширения судебной деятельности эта дискуссия вновь приобретает актуальность.

В широком понимании все, что связано с подготовкой, разрешением ходатайств и прочих действий суда, имеет отношение к разрешению спора и вынесению решения, т.е. к отправлению правосудия. Именно таким образом судьи в настоящее время оценивают свою деятельность, а поэтому практически все вопросы разрешают самостоятельно, не полагаясь на сотрудников своего офиса.

Если отвлечься от этого традиционного подхода, то можно предложить конструкцию, рассматривающую деятельность по отправлению правосудия в широком (традиционном) и в узком смысле. К последней относится лишь заключительный этап исследования судебных доказательств в судебном заседании, вынесение судебного решения, которым разрешается дело. Как писала Н.И. Авдеенко, «правосудие включает в себя лишь действия суда, связанные с разрешением спора по существу»¹¹. Похожая мысль была высказана авторами монографии «Проблемы судебного права» в 1983 году, в частности, ими указывалось, что «уголовно-процессуальное право и гражданское процессуальное право регулируют такие отношения, возникающие в стадиях процесса, в которых само правосудие не осуществляется». Предшествующие судебному разбирательству стадии имеют «субсидиарный характер по отношению к главной стадии — судебному разбирательству, в которой и происходит осуществление правосудия судом, они служат тому, чтобы осуществление право-

¹⁰ Гражданский процесс зарубежных стран. Учебное пособие / под ред. А.Г. Давтян. М. 2008, С. 49–50.

¹¹ Авдеенко Н.И. Механизм и пределы регулирующего воздействия гражданского процессуального права. Л., 1969. С. 52.

судия судом производилось в условиях, обеспечивающих правильное и эффективное судебное разбирательство, чтобы в распоряжении суда были все необходимые данные для правильного разрешения дела»¹².

К деятельности по осуществлению правосудия в узком смысле относится лишь заключительный этап судопроизводства. Это судебное разбирательство, с присутствием лишь ему исследованием судебных доказательств в судебном заседании, с вынесением судебного решения, которым разрешается дело, а также определений в случае, когда возникли препятствия к разрешению дела по существу, либо когда согласно процессуальной процедуре дело завершается вынесением иного акта (например, определения по делам об оспаривании и выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решений третейских судов). К данной деятельности следует отнести также вынесение судьей определений, препятствующих возбуждению производства по делу, поскольку они фиксируют отсутствие у субъекта обращения в суд права на судебную процедуру в целом или несоблюдение им предусмотренных законом требований, что препятствует рассмотрению дела. Остальную или вспомогательную деятельность, связанную с подготовкой дела к судебному разбирательству, с ведением протокола судебного заседания и отдельных процессуальных действий, с подготовкой проектов судебных актов и т.д., можно отделить от деятельности, непосредственно связанной с отправлением правосудия в узком смысле. Для реализации этой вспомогательной деятельности требуется значительные усилия и время. Ее выполнение вполне возможно поручить сотрудникам офиса судьи (в первую очередь помощнику, секретарю судебного заседания, специалисту) — высококвалифицированным специалистам. Если проанализировать квалификационные требования, предъявляемые к кандидатуре судьи и перечисленных сотрудников, то они не слишком отличаются. Кандидат на должность судьи должен иметь высшее юридическое образование, 5-летний стаж работы по юридической специальности и 25-летний возраст. Помощник и секретарь судебного заседания также должны иметь высшее юридическое образование и 2-летний стаж государственной гражданской службы, или 4-летний по юридической специальности (для помощника судьи) и 3-летний стаж для секретаря судебного заседания в апелляционной инстанции (не обязателен практический стаж лишь для секретаря суда первой инстанции). Даже специалист в арбитражном суде имеет неоконченное или высшее юридическое образование и аналогичный с секретарем стаж практической работы.

Подобный подход может быть использован для решения процессуальной экономии, в частности, разгрузки судей от организационной и технической работы, в значительной мере отвлекающей их от выполнения прямых функций по рассмотрению и разрешению спора по существу, т.е. отправлению правосудия. Е.В. Васильковский, формулируя понятие процессуальной экономии в 1917 году, писал, что «процессуальная экономия может выражаться, во-первых, в сбережении времени, или быстроте, во-вторых, в облегчении труда, или простоте, и, в-третьих, в уменьшении расходов, или дешевизне производства»¹³.

¹² Полянский Н.Н., Строгович М.С., Савицкий В.М., Мельников А.А. Проблемы судебного права. М., 1983. С. 18—19.

¹³ См. Гражданский процесс. Хрестоматия: Учеб. пособие / под ред. проф. М.К. Треушникова. М., 2005. С. 103.

А.С. Шаталов

*Профессор
кафедры
судебной власти
и организации
правосудия
факультета права
Государственного
университета –
Высшей школы
экономики,
доктор
юридических наук*

Контроль и запись переговоров на предварительном следствии: правовые основания, тактические условия, технология проведения

Контроль и запись переговоров — процессуальная новация, некогда вызвавшая самый широкий резонанс как среди практических работников, так и в научной среде. Задолго до ее появления в российском уголовно-процессуальном законодательстве известными юристами приводились не столько убедительные, сколько эмоциональные доводы против введения этого следственного действия. Например, В.М. Савицкий высказывался весьма категорично: «...Никому не удастся объяснить, почему на протяжении десятилетий следственная и судебная практика прекрасно обходилась без такого вида доказательств, а сейчас, когда тайна телефонных переговоров впервые возведена в ранг конституционного положения, появилась срочная необходимость урезать это положение, ограничить сферу его действия»¹. Однако необходимость повышения результативности борьбы с преступностью оказалась более веским аргументом, чем мифическая угроза нарушения конституционных положений. В результате все же появилась возможность прослушивания телефонных и иных переговоров при производстве по уголовному делу.

Впервые она была предусмотрена Законом СССР «О внесении изменений и дополнений в Основы уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик» от 12 июня 1990 года. В Уголовно-процессуальном кодексе РСФСР специальная статья, регламентирующая порядок производства этого следственного действия, появилась лишь в 2001 г. Но в ней речь шла уже не о прослушивании, а о контроле и записи переговоров. Через полтора года, практически в той же редакции эта норма была включена в текст Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (УПК РФ — где она находится и поныне среди других нормативных предписаний, относящихся к порядку производства следственных действий).

После появления первого варианта законодательной регламентации контроля и записи переговоров противники этого следственного действия изменили логику своих возражений. Теперь ее суть сводилась к тому, что якобы это совсем не следственное, а типичное оперативно-розыскное действие, предусмотренное п. 9 ст. 6 Закона Российской Федерации «Об оперативно-розыскной деятельности», по-

¹ См.: Савицкий В.М. Правосудие и личность // Советское государство и право. — 1983 г. — № 5. — С. 58.

сколькx «... его суть не меняется в зависимости от того, по чьей инициативе оно производится»². Апофеозом научной дискуссии явились предложения об исключении из действующего УПК РФ ст. 186 «Контроль и запись переговоров»³. Мы не усматривали и не усматриваем в этой позиции сколько-нибудь конструктивного подхода, направленного на улучшение порядка осуществления защиты прав потерпевших, и убеждены, что в обозримом будущем производство контроля и записи переговоров не только сохранится, но и станет возможным по уголовным делам о всех преступлениях вне зависимости от степени их общественной опасности. Все предпосылки для этого уже имеются, в чем можно убедиться на основе произведенного нами анализа правовых оснований, тактических условий и технологии проведения данного следственного действия.

Конституция Российской Федерации провозглашает человека, его права и свободы высшей ценностью⁴. Создание необходимых условий для их признания, соблюдения и защиты предопределяет смысл, содержание, порядок применения закона в сфере уголовного судопроизводства, где права личности затрагиваются наиболее остро.

Анализ действующего уголовно-процессуального законодательства Российской Федерации и опыт практического применения его норм свидетельствуют о том, что охране прав и свобод личности при производстве по уголовным делам вообще, и на предварительном следствии, в частности, придается весьма важное значение. Так, для обеспечения соблюдения конституционного права граждан на тайну телефонных и иных переговоров в УПК РФ была включена специальная статья⁵, устанавливающая процессуальный порядок контроля⁶ и записи⁷ переговоров⁸.

Это единственное следственное действие, производство которого допускается только по уголовным делам о преступлениях средней тяжести⁹, тяжких и особо тяжких преступлениях и только при наличии достаточных оснований полагать, что телефонные и иные переговоры подозреваемого, обвиняемого и других лиц, могут содержать сведения, имеющие значение для уголовного дела. Своеобразие данного следственного действия проявляется не только в невозможности его проведения при расследовании преступлений небольшой тяжести, но и в обязательном присутствии негласного компонента в практике его производства. Это значит, что

² Шейфер С. А. Следственные действия. Система и процессуальная форма. М., 2001. С. 63.

³ См. напр.: Баев О.Я. Об уголовно-процессуальной регламентации контроля и записи переговоров / Воронежские криминалистические чтения. Вып.3 / под ред. О. Я. Баева. Воронеж: Издательство Воронежского государственного университета, 2002. С. 17.

⁴ Статья 2 Конституции Российской Федерации.

⁵ Статья 186 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации.

⁶ Контроль — проверка, а также наблюдение с целью проверки. См.: Ожегов С.И. Словарь русского языка. М.: Рус. яз., 1983. С. 259.

⁷ Запись — нанесение на пленку при помощи специального аппарата. Там же С. 192.

⁸ Переговоры — обмен мнениями, разговор. Там же. С. 443.

⁹ Производство этого следственного действия до 01 августа 2007 г. допускалось лишь по уголовным делам о тяжких и особо тяжких преступлениях. Необходимость его проведения по уголовным делам о преступлениях средней тяжести была мотивирована совершенствованием государственного управления в области противодействия экстремизму. См.: статья 5 Федерального закона «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с совершенствованием государственного управления в области противодействия экстремизму» от 24 июля 2007 г. № 211 — ФЗ.

практически в каждом случае контроля и записи переговоров следователь вынужден использовать свое право давать органу дознания обязательное для исполнения письменное поручение по поводу его технического осуществления.¹⁰

Что реально представляет собой контроль и запись переговоров, законом определено в самых общих чертах. Под это понятие, в частности, подпадают прослушивание и запись переговоров путем использования любых средств коммуникации, осмотр и прослушивание фонограмм¹¹.

В соответствии с п. 11 ч. 2 ст. 29 УПК РФ разрешение на производство этого следственного действия уполномочен давать суд в порядке, предусмотренном ст. 165 УПК РФ. Однако при наличии угрозы совершения насилия, вымогательства и других преступных действий в отношении свидетеля¹², потерпевшего¹³ или их близких родственников¹⁴, близких лиц¹⁵ контроль и запись переговоров допускается по их письменному заявлению, а при его отсутствии — на основании судебного решения, вынесенного по ходатайству следователя¹⁶.

Контроль и запись переговоров не могут осуществляться свыше 6-ти месяцев¹⁷. Если необходимость в проведении такого следственного действия отпадает, оно

¹⁰ См.: пункт 4 части второй статьи 38 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации.

¹¹ См.: пункт 14¹ статьи 5 УПК РФ.

¹² В соответствии с частью первой ст. 56 УПК РФ свидетелем является лицо, которому могут быть известны какие-либо обстоятельства, имеющие значение для расследования и разрешения уголовного дела, и которое вызвано для дачи показаний.

¹³ В соответствии с частью первой ст. 42 УПК РФ потерпевшим является физическое лицо, которому преступлением причинен физический, имущественный, моральный вред, а также юридическое лицо в случае причинения преступлением вреда его имуществу и деловой репутации.

¹⁴ Близкие родственники — супруг, супруга, родители, дети усыновители, усыновленные, родные братья и родные сестры, дедушка, бабушка, внуки. См.: пункт 4 статьи 5 УПК РФ.

¹⁵ Близкие лица — иные, за исключением близких родственников и родственников, лица, состоящие в свойстве с потерпевшим, свидетелем, а также лица, жизнь, здоровье и благополучие которых дороги потерпевшему, свидетелю в силу сложившихся личных отношений. См.: пункт 3 статьи 5 УПК РФ.

¹⁶ Подобный порядок существует во многих других странах мира. Например, вплоть до 2001 г. в США ордер на прослушивание выдавался как на федеральном уровне, так и на уровне штатов, но только строго определенным кругом судей и лишь по тем обращениям полиции, которые завизированы высшими должностными лицами атторнейской службы. (См., напр.: Пешков М. Прослушивание и электронное наблюдение в уголовном процессе США // Российская юстиция — 1997. — № 4. — С. 56). После беспрецедентных по жестокости и масштабам терактов 11 сентября 2001 г. спецслужбы этой страны получили упрощенный доступ к телефонам граждан благодаря специальному закону — Патриотическому акту. Этот упрощенный доступ имел конкретный срок и должен был завершить свое действие уже не раз. Однако спецслужбы США снова и снова утверждали в Конгрессе его обновленную версию.

¹⁷ Предусмотренный статьей 186 УПК РФ срок контроля и записи переговоров можно охарактеризовать как чрезмерно длительный, благодаря чему это следственное действие попало в разряд самых дорогостоящих в российском уголовном процессе. Экономический эффект от его проведения оценить сложно, но здесь уместно сравнение с уголовным судопроизводством зарубежных стран. Например, в одной из самых процветающих стран мира — США — ордер на прослушивание выдается судом только на 30 суток. При необходимости этот срок может продлеваться на такой же временной период, причем лишь в исключительных случаях и при условии представления суду нового достаточного основания (Пешков М. Указ. соч. С. 56).

прекращается по постановлению следователя, но не позднее окончания предварительного расследования по данному уголовному делу¹⁸.

В течение всего срока производства контроля и записи телефонных и иных переговоров следователь вправе истребовать от органа, их осуществляющего, фонограмму для осмотра и прослушивания. Этим правом он может воспользоваться в любое время. Фонограмма передается следователю в печатанном виде с сопроводительным письмом, в котором должны быть указаны даты, время начала и окончания записи переговоров лица, интересующего следствие, а также краткие характеристики использованных при этом технических средств. О результатах осмотра и прослушивания фонограммы следователь с участием понятых и, при необходимости, специалиста, а также лиц, чьи телефонные и иные переговоры записаны, составляет протокол, где должна быть дословно изложена та часть фонограммы, которая, по мнению следователя, имеет отношение к данному уголовному делу. Лица, участвующие в осмотре и прослушивании фонограммы, вправе изложить свои замечания к протоколу.

Фонограмма в полном объеме приобщается к материалам уголовного дела на основании постановления следователя как вещественное доказательство. Она хранится в печатанном виде в условиях, исключающих возможность ее прослушивания и тиражирования посторонними лицами и обеспечивающих, кроме того, сохранность и техническую пригодность фонограммы для повторного прослушивания.

Такова законодательная регламентация порядка производства контроля и записи переговоров, породившая для отечественной криминалистики необходимость разработки новых научных положений и основанных на них рекомендаций, относящихся к тактике проведения этого следственного действия и к определению наиболее целесообразной линии поведения осуществляющих его лиц. Потребность внедрить такие рекомендации в деятельность следователя предопределена состязательным характером российского уголовного судопроизводства, жесткими требованиями законодателя к ходу и результатам предварительного расследования, а также к решениям, которые могут быть приняты судом по его итогам.

Необходимо заметить, что определенная работа в этом направлении уже проделана специалистами в сфере оперативно-розыскной деятельности¹⁹. Однако методы и познавательные технологии, используемые сотрудниками оперативных подразделений, во многих случаях не позволяют сохранять процессуальную безупречность криминалистически значимой информации, полученной путем прослушивания телефонных переговоров. Иными словами, при производстве одноименного оперативно-розыскного мероприятия не всегда удается добиться соблюдения всех требований, предъявляемых уголовно-процессуальным законом к доказательствам. В результате собранные оперативными сотрудниками сведения о переговорах интересующих следствие лиц признаются судом недопустимыми в доказывании по уголовным делам.

¹⁸ По законодательству США, например, прослушивание должно быть прекращено не только по окончании срока, но и сразу после того, как были получены искомые доказательства. См.: Махов В. Н., Пешков М. А. Уголовный процесс США (досудебные стадии). Учебное пособие. М.: ЗАО «Бизнес-школа "Интел-Синтез"», 1998. С. 111.

¹⁹ См., напр.: Сурков В. К. Принципы оперативно-розыскной деятельности и их правовое обеспечение в законодательстве, регламентирующем сыск. СПб., 1996; Шумилов А. Ю. Проблемы законодательного регулирования оперативно-розыскной деятельности в России. М., 1997; Мешков В. М., Попов В. Л. Оперативно-розыскная тактика и особенности легализации полученной информации в ходе предварительного следствия. М., 1999 и др.

Многолетняя дискуссия с участием научных и практических работников об оптимальном варианте выхода из подобных ситуаций завершилась приданием прослушиванию переговоров статуса следственного действия. На момент появления этого процессуального новшества контроль переговоров и их запись уже были доступными в техническом отношении. Главное заключалось в том, что это нововведение повлекло за собой улучшение технико-криминалистического оснащения правоохранительных органов государства. В итоге представляющие их в уголовном судопроизводстве должностные лица не оказались в неравных условиях с участниками преступлений, открыто приобретающими и активно использующими в своей противоправной деятельности «подслушивающие» и «подсматривающие» устройства, а также различные технические приспособления, предназначенные для защиты информации от перехвата²⁰.

Наряду с необходимой правовой базой правоохранительные органы Российской Федерации получили в свое распоряжение технические ресурсы, специально созданные для обнаружения, фиксации, изъятия и проверки криминалистически значимой информации путем контроля и записи переговоров, а также право использовать в этих целях любые действующие средства коммуникации²¹. Например, для обеспечения своевременного и результативного проведения этого следственного действия руководители подразделений, непосредственно занимающихся

²⁰ Привлечение к уголовной ответственности «радиофицированных» квартирных воров уже давно перестало быть редкостью. Известно немало случаев, когда подслушивая телефонные откровения своих потенциальных жертв, они получали всю необходимую информацию для подготовки, совершения и сокрытия преступлений. (См., напр.: Рос. газ. — 2003. — № 111 (3225). Анализ материалов уголовных дел, возбужденных и расследованных по таким фактам, свидетельствует, что наиболее удобным и при этом самым незащищенным каналом связи были и остаются телефонные линии. Соответственно, прослушивание телефонных переговоров остается самым распространенным способом несанкционированного перехвата информации, который в первую очередь и стремятся использовать технически оснащенные злоумышленники. Приобретение специальных приспособлений является для них вполне посильной задачей. Предложения об их продаже регулярно публикуются в специализированных журналах и в Интернете. Так, телефонные «жучки» заводского изготовления стоят несколько сотен долларов, а самодельные всего лишь несколько десятков. И те, и другие представляют собой усилитель и радиопередатчик миниатюрных размеров, которые часто маскируются под радиодетали или стандартные элементы предметов, в которых впоследствии будут устанавливаться. Батарейки для них не нужны. «Жучок», подключенный к абонентскому отводу в распределительной коробке на этаже, питается непосредственно от телефонной сети и способен исправно работать до тех пор, пока его не обнаружат. Передающей антенной является сама линия связи. Чтобы с помощью такого устройства незаметно подслушать телефонный разговор, требуется всего лишь радиоприемник ультракоротких волн (как правило, работающий в диапазоне 66 — 74 или 88 — 108 МГц). Несколько лет назад в число доступных преступникам радиоустройств попали отдельные модели акустических усилителей звуковых колебаний, в том числе прибор для прослушивания разговоров через окна. Исходящий из него луч лазера улавливает с большого расстояния сотрясающие стекло колебания воздуха в помещении и передает их на приемник с расстояния несколько сот метров. Сотрудники специальных подразделений правоохранительных органов нередко обнаруживают работу подобных устройств, используя радары, локализаторы либо специальные технические анализаторы телефонных линий.

²¹ Действующими нормативными актами предусматривается обязательная установка и эксплуатация оборудования в учреждениях связи для проведения следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий. См.: Указ Президента Российской Федерации «Об упорядочении организации и проведения оперативно-розыскных мероприятий с использованием технических средств» от 01 сентября 1998 г. № 891; Приказ Министра связи и информатизации Российской Федерации «О порядке внедрения системы технических средств по обеспечению оперативно-розыскных мероприятий на сетях телефонной, подвижной и беспроводной связи и персонального радиовызова общего пользования» от 25 июля 2000 г. № 130.

проведением специальных технических мероприятий²², вступают в договорные отношения с операторами связи, каждый из которых уполномочен оказывать им содействие в соответствии с требованиями уголовно-процессуального законодательства²³. Суть заключаемых с их участием соглашений сводится к тому, что операторы связи обязуются создавать все необходимые условия для производства оперативно-розыскных мероприятий, а также принимать меры по недопущению раскрытия организационных и тактических приемов их проведения²⁴. Кроме того, при эксплуатации сетей связи²⁵ и сооружений они должны обеспечивать защиту средств связи²⁶ от несанкционированного доступа к ним.

Закон не исключает возможность технического осуществления контроля и записи переговоров самим следователем, по его поручению — оперативным уполномоченным или специалистом. Однако этот вариант оптимален для разовых случаев прослушивания. При его долговременном характере задействование технических возможностей специальных подразделений, как правило, является неизбежным.

Таким образом, участниками контроля и записи переговоров являются следователь; лица, чьи переговоры подлежат контролю и записи; орган, которому поручается техническое осуществление прослушивания переговоров; понятые, участвующие в осмотре и прослушивании фонограммы; привлеченный к этому специалист.

Контроль и запись переговоров осуществляется следователем в рамках одноименного следственного действия, производство которого предполагает поэтапное совершение следующих взаимосвязанных поступков:

- 1) принятие решения о производстве этого следственного действия и согласование своего решения с руководителем следственного органа;
- 2) получение разрешения на осуществление контроля и записи переговоров в суде;
- 3) поручение технического осуществления контроля и записи переговоров органу, уполномоченному на производство специальных технических мероприятий;
- 4) истребование фонограммы с записью телефонных и иных переговоров;
- 5) осмотр и прослушивание фонограммы;
- 6) оценка результатов контроля и записи переговоров;
- 7) приобщение фонограммы к материалам уголовного дела в качестве вещественного доказательства;

После совершения всех перечисленных действий появляется основание для использования результатов контроля и записи переговоров в процессе доказывания по уголовному делу.

²² В органах внутренних дел Российской Федерации подразделения специальных технических мероприятий входят в структуру криминальной милиции. См.: Постановление Правительства Российской Федерации «О подразделениях криминальной милиции» от 07 декабря 2000 г., № 925 // Собрание законодательства Российской Федерации. — 2000. — № 50. — Ст. 4904; Собрание законодательства Российской Федерации. — 2001. — № 32. — Ст. 3325.

²³ Статья 64 Федерального закона «О связи» от 07 июля 2003 года № 126 — ФЗ. // Рос. газ. — 2003. — № 135 (3249) — С. 14 — 15.

²⁴ См.: Там же.

²⁵ Сеть связи — технологическая система, включающая в себя средства и линии связи, предназначенная для электросвязи или почтовой связи. См.: статья 2 Федерального закона «О связи».

²⁶ Средства связи — технические и программные средства, используемые для формирования, приема, обработки, хранения, передачи, доставки, сообщений электросвязи или почтовых отправок, а также иные технические или программные средства, используемые при оказании услуг связи или обеспечении функционирования сетей связи. См.: Там же.

Из всего сказанного следует — контроль и запись переговоров, как и любое другое следственное действие, предназначено для собирания, проверки и оценки любых сведений, имеющих значение для расследуемого уголовного дела. Оно характеризуется познавательной направленностью, ограниченным кругом участвующих в нем лиц, и производится по строгим правилам только уполномоченным на это должностным лицом с соблюдением процессуальной процедуры, предусмотренной ст. 186 УПК РФ. Полагаем, что ему можно дать следующее определение: контроль и запись переговоров — следственное действие, осуществляемое следователем на основании судебного решения либо заявления заинтересованных лиц, по уголовным делам о преступлениях средней тяжести, тяжких и особо тяжких преступлениях, с участием органа, которому поручается техническое осуществление прослушивания переговоров специалиста, а также понятых, заключающееся в тайном восприятии и фиксации в материалах уголовного дела, сведений, касающихся фактов обмена мнениями с участием лиц, интересующих следствие, в целях получения вещественного доказательства — фонограммы²⁷.

Таким образом, анализ правовых оснований и тактических условий рассматриваемого следственного действия позволил убедиться в том, что его суть заключается не в прослушивании следователем телефонных и иных переговоров, а в организационной фиксации их содержания на фонограмму. Иными словами, при расследовании уголовных дел о преступлениях средней тяжести, тяжких и особо тяжких преступлениях специально уполномоченными участниками уголовного судопроизводства создаются необходимые условия для целенаправленного собирания интересующей следствие криминалистически значимой информации. Возможность ее получения и результативность использования в доказывании по уголовному делу predeterminedены не только строгим соблюдением законодательных предписаний, имеющих прямое отношение к контролю и записи переговоров, но и применением одноименной криминалистической технологии, учитывающей са-

²⁷ В специальной литературе можно встретить несколько иные по смыслу и нуждающиеся в дополнении либо уточнении определения. Одни криминалисты дают контролю и записи переговоров лишь обобщенную характеристику, понимая под ним следственное действие, целью которого является получение вещественного доказательства — фонограммы, содержащей запись переговоров подозреваемого, обвиняемого и других лиц, могущих содержать сведения, имеющие значения для уголовного дела (См., напр.: Гаврилин Ю.В., Дубонос Е.С. Использование контроля и записи телефонных и иных переговоров в раскрытии и расследовании преступлений: Учебное пособие. М.: ЮИ МВД РФ, 2003. С. 14). Другие, обстоятельно исследовав тактику этого следственного действия, пришли к выводу, что под контролем и записью переговоров следует понимать проводимое на основании постановления судьи или заявления определенных лиц в установленном законом порядке следственное действие, носящее комплексный характер, заключающееся в звукозаписи информации, передаваемой по техническому каналу связи, и контроле посредством прослушивания фонограмм переговоров за деятельностью лиц, совершивших преступление и (или) против действующих расследованию, с целью получения юридически значимой и тактической информации по уголовному делу. (См., напр.: Юрина Л.Г., Юрин В.М. Контроль и запись переговоров: Учебное пособие. М.: Изд. Приор, 2002. С. 20 — 21). Видно, что это определение, в отличие от первого, более развернутое. Тем не менее, оно также не лишено некоторых недостатков. Полагаем, что упоминание в ст. 186 УПК РФ не только телефонных, но и иных переговоров predeterminedляет возможность их фиксации независимо от способа воспроизведения и передачи звуковой информации. Иными словами, авторы второго определения не учли, что закон позволяет фиксировать любую речь, передаваемую как устно, так и с помощью средств связи всех разновидностей, без каких-либо исключений.

мые разнообразные закономерные связи²⁸. Она имеет универсальный характер и в принципе может применяться для познания каждого из обстоятельств, входящих в предмет доказывания по уголовному делу.

Присутствие негласного компонента, значительная протяженность во времени и некоторые другие оригинальные черты, выгодно отличающие контроль и запись переговоров от любого другого средства доказывания, обуславливают вполне определенную последовательность действий следователя. Именно они определяют специфику технологии контроля и записи переговоров, содержание которой должно быть представлено научными положениями и разработанными на их основе рекомендациями об оптимальной линии поведения следователя и приемах проведения этого следственного действия. Остановимся на их подробном рассмотрении.

Технологическая цепочка контроля и записи переговоров начинается с принятия решения о его проведении. Как и многие другие решения, принимаемые следователем, оно имеет не только процессуальную, но и тактическую природу²⁹. Принятие такого решения неминуемо влечет за собой определенные ограничения конституционных прав и свобод граждан на условиях недопустимости разглашения любых данных, связанных с его практической реализацией. Для такой жесткой постановки вопроса есть убеждающие аргументы. Их смысл сводится к тому, что предание огласке намерений следователя о производстве контроля и записи переговоров не только противоречит интересам предварительного расследования, но и способно причинить серьезный ущерб безопасности и законным интересам участников уголовного судопроизводства. Все это означает, что риск следователя на каждом этапе производства этого следственного действия попросту неизбежен.

Решение о контроле и записи переговоров может быть принято и реализовано только на стадии предварительного расследования, причем в полном соответствии с требованиями ст. 186 УПК РФ. Это означает, что в процессуальном аспекте его можно охарактеризовать как акт применения следователем названной нормы закона с целью получения сведений, имеющих значение для дела³⁰.

Провозглашенная законодателем цель может быть достигнута разными путями. По этой причине решение о контроле и записи переговоров должно приниматься с учетом характера сложившейся к этому моменту следственной ситуации и прогнозов ее дальнейшего развития. Следовательно, с тактической стороны решение о контроле и записи переговоров обусловлено интересами скорейшего продвижения процесса доказывания в благоприятном для следствия направлении, а первым этапом в процедуре его принятия является формулирование подлежащих решению практических задач. Чаще всего они продиктованы не только потребностями дока-

²⁸ В криминалистике под технологией следственного действия принято понимать систему раскрывающих его механизмов операций, каждая из которых основывается на требованиях уголовно-процессуального закона и рекомендациях криминалистики. См., напр.: Аверьянова Т.В., Белкин Р.С., Корухов Ю.Г., Россинская Е.Р. Криминалистика: Учебник для вузов / под ред. Р. С. Белкина. М., 1999. С. 549 — 678; Юрина Л.Г., Юрин В.М. Указ. соч. С. 69 и др.

²⁹ В специальной литературе по поводу принятия процессуальных решений правильно отмечалось, что они: «... могут быть вынесены только государственными органами и должностными лицами, ведущими уголовное судопроизводство, в пределах их компетенции; они выражают властное веление органов государства, порождают, изменяют или прекращают уголовно-процессуальные отношения, подтверждают наличие или устанавливают отсутствие материально-правовых отношений; они должны быть вынесены в установленном законом порядке и выражены в определенной законом форме». Лупинская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве. Их виды, содержание и формы. М., 1976. С. 18.

³⁰ См.: часть первая статьи 186 УПК РФ.

звания, но и желанием следователя обеспечить методичность и наступательность расследования с использованием фактора внезапности.

Частные задачи этого следственного действия определяются по результатам анализа следственной ситуации³¹. Каждая такая задача будет являться основой для детализации и конкретизации путей достижения процессуальной цели, стоящей перед контролем и записью переговоров³². Как было сказано выше, это представляет собой получение сведений, имеющих значение для уголовного дела.

Помимо результатов анализа следственной ситуации, которые являются величиной переменной, при принятии решения о производстве контроля и записи переговоров следователь обязан учитывать сведения иного рода. Все они обладают признаком постоянства. Полагаем, что в их число входят:

1) нормы Уголовного Кодекса Российской Федерации (УК РФ), позволяющие отнести расследуемое преступление к категории средней тяжести, тяжких или особо тяжких;

2) нормы УПК РФ, определяющие полномочия участников контроля и записи переговоров, предмет и пределы доказывания, общие условия и порядок производства этого следственного действия;

3) научные положения криминалистической тактики и основанные на них рекомендации, предназначенные для применения в условиях типичной следственной ситуации;

4) собственный опыт следователя по принятию решений о производстве контроля и записи переговоров;

5) общепринятые оценочные критерии, позволяющие определить значение результатов анализа следственной ситуации для принятия решения о производстве рассматриваемого следственного действия.

С практическим применением перечисленных сведений у опытного следователя, как правило, проблем не возникает. В то же время, в условиях дефицита переменной информации процедура принятия этого решения существенно усложняется. И наоборот, когда такой информации достаточно, этот процесс относительно прост. Напрашивается вывод: исходя из особенностей процедуры принятия, решение о контроле и записи переговоров, может быть охарактеризовано одновременно и как простое, и как сложное.

Принятие простых решений для следственной практики является предпочтительным, так как поддается алгоритмизации и программированию³³. Принимать сложные решения намного труднее. Помимо всего прочего, в таких случаях следователь вынужден руководствоваться интуитивными соображениями, не заменяющими результатов анализа следственной ситуации, но частично компенсирующими в интересах расследования их недостаточность либо неопределенность.

³¹ В криминалистической литературе анализ следственной ситуации, т.е. обработка необходимой информации о ней, рассматривается как исходный момент в процессе подготовки и принятия следователем любого решения по делу. См., напр.: Белкин Р.С. Очерки криминалистической тактики: Уч. пособие. Волгоград: ВСШ МВД РФ, 1993. С. 87.

³² В качестве таких задач криминалисты выделяют: выявление лиц, совершивших преступление; установление признаков вины, мотивов и роли каждого участника в совершении преступления; выявление новых эпизодов преступной деятельности; розыск скрывшегося обвиняемого и без вести пропавших лиц; установление места совершения преступления; обнаружение места сокрытия похищенного имущества и орудий преступления. См., напр.: Юрина Л.Г., Юрин В.М. Указ. соч. С. 23.

³³ Шаталов А.С. Криминалистические алгоритмы и программы. Теория. Проблемы. Прикладные аспекты. (Научное издание). М.: Лига Разум, 2000. 252 с.

Сформулировав частные задачи контроля и записи переговоров, следователь должен определиться с последовательностью и нюансами процесса их практической реализации, спрогнозировать результаты согласования своего решения с руководителем следственного органа, а также вероятный исход рассмотрения ходатайства о проведении этого следственного действия в суде.

Для того чтобы решение следователя о производстве контроля и записи переговоров получило властно-распорядительную поддержку со стороны руководителя следственного органа, а затем и суда, оно должно отвечать требованиям законности обоснованности, мотивированности, своевременности и реальности исполнения. Три первых требования прямо названы в действующем законодательстве³⁴, а два последних обусловлены тактической природой принимаемого решения.

Законность предполагает, что принимаемое решение предусмотрено действующим уголовно-процессуальным законодательством и полностью ему соответствует. Обоснованность означает, что необходимость проведения контроля и записи переговоров подтверждена совокупностью фактических данных имеющихся в распоряжении следователя. Мотивированность свидетельствует, что решение опирается на доводы, обеспечивающие его обоснованность. Своевременность заключается в принятии данного решения в наиболее подходящий момент. Реальность исполнения решения означает присутствие всех необходимых условий для его практической реализации.

Создание таких условий — очень непростая задача. Ее решение осуществляется в рамках подготовки к проведению этого следственного действия. Сама же подготовка, следуя сразу за принятием решения, выступает вторым звеном его технологической цепочки. Подготовка к проведению контроля и записи переговоров включает в себя взаимосвязанные действия следователя:

- 1) составление плана этого следственного действия и определение круга его участников;
- 2) налаживание целевого сотрудничества с органом дознания, в компетенцию которого входит организация и практическое осуществление специальных технических мероприятий;
- 3) принятие мер по сохранению в тайне любых сведений о факте производства контроля и записи переговоров;
- 4) изучение личности подозреваемого, обвиняемого, а также иных лиц, переговоры которых решено прослушивать;
- 5) определение каналов связи, которые могут использоваться для переговоров с участием интересующего следствие субъекта и их пространственного масштаба;
- 6) консультации со специалистами по прослушиванию телефонных и иных переговоров;
- 7) определение режима контроля и записи переговоров, а также момента начала и окончания этого следственного действия;
- 8) оформление всех процессуальных документов, необходимых для его проведения;
- 9) направление постановления о производстве контроля и записи телефонных и иных переговоров для исполнения в соответствующий орган.

После принятия решения о производстве этого следственного действия следователь начинает поэтапно готовиться к его проведению. Первым элементом подготовки выступает планирование, цель которого — заблаговременное определение

³⁴ См.: часть четвертая статьи 7 УПК РФ.

направления и содержания деятельности следователя на всем протяжении контроля и записи переговоров. Задачи, сформулированные на этапе принятия решения о производстве подобного следственного действия, должны обязательно найти отражение в плане его проведения.

Помимо задач, в плане должны быть предусмотрены: круг участников контроля и записи переговоров; порядок осуществления взаимодействия с органом, в компетенцию которого входит организация и практическое осуществление специальных технических мероприятий; действия следователя по предотвращению разглашения любых сведений о факте производства контроля и записи переговоров; изучение личности подозреваемого, обвиняемого, иных лиц, а также каналов связи, которые предстоит прослушивать; консультации со специалистами по поводу режима контроля и записи переговоров, об оптимальном моменте их начала и окончания; дату направления ходатайства в суд; указание на тактические приемы проведения этого следственного действия, на последовательность их применения с учетом возможных изменений следственной ситуации; другая важная, по мнению следователя, информация.

По ходу планирования следователь должен наладить сотрудничество с оперативным подразделением, в компетенцию которого входят организация и практическое осуществление специальных технических мероприятий³⁵.

Конспиративный характер деятельности такого подразделения обусловил существование правила, что его взаимодействие со следователем происходит опосредованно, через оперативных уполномоченных, занимающихся исполнением письменных поручений по расследуемому уголовному делу³⁶. Они посредством проведения оперативно-розыскных мероприятий оказывают следователю помощь в изучении личности подозреваемого, обвиняемого, иных лиц, переговоры которых будут находиться под процессуальным контролем; устанавливают каналы общения, по которым происходит обмен мнениями с участием интересующего следствие лица; осуществляют проверку информации, полученной в ходе прослушивания; занимаются поиском неизвестных следствию источников доказательств.

Если в результате такого взаимодействия выяснится, что интересующие следствие сведения могут быть получены с меньшими затратами сил, времени и средств (т.е. путем проведения других следственных действий), то только это обстоятельство не должно влечь за собой отказ следователя от производства контроля и записи переговоров. Во-первых, эти надежды могут не оправдаться, во-вторых, при планировании следственных действий недопустимы любые крайности, и наконец,

³⁵ Как правило, в этом качестве выступают подразделения уголовного розыска, отделы (управления) по борьбе с экономическими и налоговыми преступлениями, по борьбе с незаконным оборотом наркотических средств, психотропных веществ и некоторые другие. Взаимодействие с каждым из них при производстве контроля и записи переговоров налаживается исходя из разновидности расследуемого уголовно-наказуемого деяния. После того, как начальнику какого-либо из названных подразделений поступило постановление и письменное поручение следователя о производстве контроля и записи переговоров, специально уполномоченный им сотрудник составляет задание и передает его в управление специальных технических мероприятий для практического осуществления прослушивания, либо производит его лично.

³⁶ В криминалистической литературе правильно отмечалось, что опосредованный характер взаимодействия следователя с оперативными сотрудниками обусловлен, прежде всего, потребностью охраны сведений в области оперативно-розыскной деятельности, составляющих государственную тайну и, как следствие, необходимостью строгого соблюдения режима секретности. См.: Гаврилин Ю.В., Дубонос Е.С. Использование контроля и записи телефонных и иных переговоров в раскрытии и расследовании преступлений: Учебное пособие. М.: ЮИ МВД РФ, 2003. С. 28 — 29.

в-третьих, режим процессуальной экономии далеко не всегда соответствует интересам расследования вообще, тяжких и особо тяжких преступлений, в частности.

Принятие мер по сохранению в тайне любых сведений, имеющих отношение к производству контроля и записи переговоров, является важнейшей частью подготовительных действий следователя. Выражаясь точнее, здесь эти действия берут свое начало, поскольку названные меры принимаются и далее (и не только по ходу этого следственного действия, но и после его завершения).

Известно, что результаты контроля и записи переговоров (равно как и любого другого следственного действия) должны быть во всей полноте отражены в материалах уголовного дела. Однако внутренняя сторона этого процесса, т.е. технологические детали собирания сведений о переговорах, как правило, остаются за рамками составленных следователем процессуальных документов. Тем не менее, он заранее должен позаботиться о том, чтобы проделанная им и его помощниками работа была понятной и объяснимой другим участникам уголовного судопроизводства лишь в требуемом законом объеме и даже при случайном стечении обстоятельств не была бы раскрыта полностью.

Стремясь уклониться от уголовного преследования, подозреваемые, обвиняемые, а также близкие им лица всегда заинтересованы в получении любой информации по уголовному делу. Преждевременная огласка намерений следователя может создать серьезные препятствия на пути продвижения процесса доказывания. Что касается контроля и записи переговоров, то здесь следователь не просто должен хранить тайну. От него требуется строгое соблюдение правил конспирации и принятие превентивных мер, направленных на недопущение утечки служебных секретов за пределы того круга лиц, которые им же были осведомлены о факте и отдельных деталях производства данного следственного действия.

Все это означает, что сам следователь, а также руководитель следственного органа, судья и непосредственно участвующие в контроле и записи переговоров лица должны в очередной раз воспользоваться своим умением молчать, которое, по мнению психологов, является продуктом воспитания и самовоспитания³⁷. Сохранение сведений, имеющих отношение к производству контроля и записи переговоров в тайне, во многом зависит от их моральной устойчивости, дисциплинированности и в немалой степени — от характера взаимоотношений с подозреваемым, обвиняемым и иными лицами, переговоры которых решено прослушивать.

Выяснению последнего из названных обстоятельств призвано способствовать заблаговременное изучение личности каждого известного следствию потенциального участника переговоров, причем в сжатые сроки. Для решения этой задачи следователь целенаправленно обобщает и анализирует материалы уголовного дела, где зафиксированы их установочные данные, сведения о круге общения, время-препровождении, об используемых средствах и способах связи и другая криминалистически значимая информация.

Однако чаще всего в имеющихся у следователя процессуальных документах содержится лишь некая ее часть. Выяснением недостающих сведений о личности подозреваемого, обвиняемого и иных лиц, переговоры которых предстоит прослушивать, занимаются оперативные сотрудники на основании письменного поручения следователя. Чаще всего им ставится задача по установлению всех средств связи, которыми пользуется интересующее следствие лицо, номеров их активации,

³⁷ Ратинов А. Р. Судебная психология для следователей. М.: «Юрлитинформ», 2001. С. 67.

технических характеристик и наличия приспособлений, предназначенных для защиты информации от перехвата³⁸ и создания радиопомех³⁹.

С учетом бурного развития мобильной связи на территории Российской Федерации, которое привело к сосуществованию множества операторов, тарифных планов, зон радиопокрытия (в том числе роумингового), не менее важной задачей при подготовке проведения контроля и записи переговоров является определение резервных каналов связи, которыми могут воспользоваться интересующие следствие абоненты⁴⁰. Ее решение также осуществляется посредством проведения комплекса оперативно-розыскных мероприятий⁴¹.

После изучения личности участников переговоров, выяснения круга средств и способов связи, которыми они предпочитают пользоваться, у следователя может возникнуть необходимость в проведении консультаций со специалистами. Их цель — уточнить круг действий, которые следует предпринять заранее для обеспечения надлежащего качества записи речевой информации. Они же позволяют следователю предвидеть и вовремя преодолеть возможные технические трудности прослушивания переговоров как на линиях городской, междугородней и международной

³⁸ Как правило, для защиты информации от перехвата технически оснащенными злоумышленниками используются следующие специальные приспособления: 1) скремблеры, кодирующие речь до такой степени, что ее невозможно расшифровать в режиме реального времени; 2) анализаторы телефонных линий, реагирующие на изменившиеся параметры сети; 3) односторонние маскираторы речи, создающие интенсивный шумовой сигнал по всему каналу связи; 4) средства пассивной защиты в виде шумового экрана или фильтра; 5) постановщики активной заградительной помехи, предназначенные для создания различных дополнительных сигналов во время телефонного разговора и др.

³⁹ Радиопомеха — воздействие электромагнитной энергии на прием радиоволн, вызванное одним или несколькими излучениями, в том числе радиацией, индукцией и проявляющееся в любом ухудшении качества связи, ошибках или потерях информации, которых можно было бы избежать при отсутствии воздействия такой энергии. См.: статья 2 Федерального закона «О связи» от 07 июля 2003 года № 126 — ФЗ. // Росс. газ. 2003. № 135 (3249). С. 14—15.

⁴⁰ Абонент — пользователь услугами связи, с которым заключен договор об оказании таких услуг при выделении для этих целей абонентского номера или уникального кода идентификации. См.: статья 2 Федерального закона «О связи».

⁴¹ По существующему порядку, в случаях, установленных законодательством, операторы связи предоставляют уполномоченным государственным органам всю информацию об абонентах (в том числе об оказанных им услугах связи), а также иную информацию, необходимую для выполнения задач, возложенных на эти органы (См.: часть третья статьи 7 Федерального закона «О связи»). Все это должно происходить на условиях строгого соблюдения законности. В определении Конституционного Суда РФ было сказано, что право каждого на тайну телефонных переговоров по своему конституционно-правовому смыслу предполагает комплекс действий по защите информации, получаемой по каналам телефонной связи, независимо от времени поступления, степени полноты и содержания сведений, фиксируемых на отдельных этапах ее осуществления. В силу этого информацией, составляющей охраняемую Конституцией РФ и действующими на территории Российской Федерации законами тайну телефонных переговоров, считаются любые сведения, передаваемые, сохраняемые и устанавливаемые с помощью телефонной аппаратуры, включая данные о входящих и исходящих сигналах соединения телефонных аппаратов конкретных пользователей связи. Для доступа к указанным сведениям органам, осуществляющим оперативно-розыскную деятельность, необходимо получение судебного решения. Иное означало бы несоблюдение части 2 статьи 23 Конституции РФ о возможности ограничения права на тайну телефонных переговоров только на основании судебного решения. См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации об отказе в принятии к рассмотрению запроса Советского районного суда города Липецка о проверке конституционности части четвертой статьи 32 Федерального закона от 16 февраля 1995 года «О связи» от 02 октября 2003 года №345 — О // Росс. газ. 2003. № 250 (3364).

связи, так и тех, которые осуществляются по другим, не имеющим широкого распространения каналам.

Достоверная информация, характеризующая вид связи, которой пользуется интересующее следствие лицо, позволяет сотрудникам оперативно-технических подразделений настроиться на определенный режим сетевой работы и произвести разграничение доступа абонентов.

Однако помощь специалиста при подготовке контроля и записи переговоров не исчерпывается одним лишь разъяснением вопросов, входящих в его профессиональную компетенцию. Нередко на этом этапе он готовится к осуществлению действий практической направленности. Так, если следователь намерен применить с его помощью технические средства (например, для записи телефонного разговора по просьбе потерпевшего, время которого известно заранее), то на этапе подготовки именно специалист должен избирать оптимальный технический режим контроля и записи переговоров. В роли такого специалиста может выступать как специально подготовленный сотрудник правоохранительных органов, так и представитель оператора связи, услугами которого пользуется кто-либо из интересующих следствие абонентов.

В дальнейшем подготовительные действия следователя развиваются в одном из двух направлений, каждое из которых полностью зависит от юридического основания проведения контроля и записи переговоров. Им является либо судебное решение, принимаемое в порядке, установленном ст. 165 УПК РФ, либо письменное заявление потерпевшего, свидетеля или их близких родственников, родственников, близких лиц.

Контроль и запись переговоров по письменному заявлению указанных лиц является скорее исключением, чем правилом. В законе назван лишь единственный случай, когда такое заявление может представлять собой юридическое основание для производства данного следственного действия — это наличие угрозы⁴² совершения насилия, вымогательства в отношении потерпевшего, свидетеля или их близких родственников, родственников, близких лиц.

Криминалистами правильно отмечалось, что в письменном заявлении — согласии гражданина — должно быть указано, на какой срок он разрешает прослушивание своего телефона и согласны ли на это проживающие с ним члены его семьи. Такое прослушивание может осуществляться самим следователем с помощью специалиста. Звукозаписывающая аппаратура должна использоваться целенаправленно, для фиксации угроз, поступающих в адрес заявителя⁴³.

В подавляющем большинстве случаев следователь должен получать судебное решение. С этой целью он, с согласия руководителя следственного органа, выносит постановление о возбуждении перед судом ходатайства о производстве контроля и записи переговоров. Закон требует, чтобы в постановлении нашли отражение следующие обязательные сведения:

- 1) уголовное дело, при производстве которого необходимо применение данной меры;
- 2) основания, по которым производится данное следственное действие;
- 3) фамилия, имя и отчество лица, чьи телефонные и иные переговоры подлежат контролю и записи;
- 4) срок осуществления контроля и записи переговоров;

⁴² Угроза — запугивание, обещание причинить кому-нибудь неприятность, возможная опасность. См.: Ожегов С. И. Словарь русского языка. М.: Рус. яз., 1983. С. 733.

⁴³ Гаврилин Ю. В., Дубоносов Е. С. Указ. соч. С. 26.

5) наименование органа, которому поручается техническое осуществление контроля и записи переговоров⁴⁴.

Ходатайство о производстве этого следственного действия подлежит рассмотрению единолично судьей районного суда по месту производства предварительного расследования или производства следственного действия не позднее 24 часов с момента его поступления. В судебном заседании могут принимать участие прокурор и следователь⁴⁵. Рассмотрев указанное ходатайство, судья выносит постановление о разрешении производства контроля и записи переговоров или об отказе в его производстве с указанием мотивов отказа⁴⁶.

При положительном разрешении судом ходатайства следователя о контроле и записи переговоров его постановление направляется для исполнения в соответствующий орган. Далее начинается следующий, ключевой этап контроля и записи переговоров. Здесь начинается воплощение намеченного плана, решение поставленных следователем задач, находят непосредственное применение тактические приемы, фиксируется криминалистически значимая информация, проверяются версии. Этот этап имеет конфиденциальный характер, и число его участников сведено к минимуму.

В рассматриваемой нами технологической цепочке данный этап является третьим. Его цель — получение органом, уполномоченным на производство специальных технических мероприятий, фонограммы с записью телефонных и иных переговоров. Именно она призвана впоследствии фигурировать в уголовном деле в качестве вещественного доказательства, однако при обязательном условии, что на ней будут зафиксированы сведения, имеющие значение для дела.

Тактика и технология получения фонограммы регламентирована ведомственными нормативными актами секретного характера. Никак не комментируя их предписания, отметим лишь одну характерную деталь: независимо от ведомственной принадлежности, любое подразделение специальных технических мероприятий является субъектом оперативно-розыскной деятельности, решающим поставленные перед ним задачи исключительно негласными методами и средствами. По соображениям конспирации работающие в них сотрудники (причем далеко не все) поддерживают непосредственные деловые контакты лишь с весьма ограниченным кругом должностных лиц. Ни суды, ни прокуроры, ни следователи (равно как и все другие участники уголовного судопроизводства) в него не входят. Именно поэтому, с наступлением третьего, негласного этапа следователь занимает выжидательную позицию, активизируя свою познавательную деятельность лишь тогда, когда воз-

⁴⁴ См.: часть третья статьи 186 УПК РФ.

⁴⁵ Судебная процедура ограничения права на тайну телефонных переговоров имеет целью обеспечение интересов общества и государства, составляющих в единстве с интересами личности совокупность национальных интересов России. Этим обуславливается обязанность судьи, рассматривающего ходатайство органов, осуществляющих оперативно-розыскную деятельность, о производстве действий, связанных с ограничением права на тайну телефонных переговоров, подходить к оценке представляемых материалов ответственно и всесторонне. При недостаточной обоснованности ходатайства судья может затребовать дополнительные сведения, но не вправе отказать в рассмотрении материалов об ограничении названного конституционного права. Судья также обязан не допускать сужения сферы судебного контроля, субъективно оценивая фактические данные, влекущие необходимость получения судебного решения относительно производства соответствующих оперативно-розыскных мероприятий. См.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации № 345- О от 02 октября 2003 года.

⁴⁶ Постановление судьи может быть обжаловано в вышестоящий суд в течение 10 суток со дня его вынесения.

никли условия для следующего, четвертого этапа технологии рассматриваемого следственного действия — истребования фонограммы с записью телефонных и иных переговоров.

Форма истребования фонограммы в уголовно-процессуальном законе специально не оговаривается. Это объясняется тем, что практически всегда она индивидуальна. Но это не означает, что в данной процедуре нет какого-либо общего порядка.

Изучение практики производства рассматриваемого следственного действия показало, что в обязанности оперативного сотрудника, непосредственно контактирующего с подразделением специальных технических мероприятий, входит немедленное получение информации о ведущихся телефонных и иных переговорах и скорейшая передача ее следователю. В своем первоначальном виде такая информация, как правило, является устной. Этим обеспечивается сокращение сроков ее передачи до минимума. Если будет выяснено, что именно в этом записанном разговоре содержатся сведения, имеющие значение для дела, то следователь тут же принимает решение об истребовании фонограммы данного разговора и уведомляет об этом оперативного работника. Оперативный работник обязан немедленно получить фонограмму в подразделении специальных технических мероприятий и передать ее следователю. В момент передачи фонограмма должна являться приложением к сопроводительному письму и находиться в упаковке, исключающей несанкционированный доступ к ней⁴⁷.

Поступление фонограммы в распоряжение следователя знаменует собой начало следующего, пятого этапа технологии контроля и записи переговоров. На этом этапе, сразу после получения фонограммы, следователь в присутствии понятых и, при необходимости, специалиста, а также лиц, чьи телефонные и иные переговоры записаны, осуществляет ее осмотр и прослушивание имеющейся на ней записи. Осмотр фонограммы не исчерпывается исключительно внешним обследованием звуконосителя. Этим действием следователя охватывается также проверка целостности упаковки, в которой он находился.

Запись должна прослушиваться полностью, т.е. с самого начала и до конца. Перед прослушиванием счетчик на используемой в этих целях аппаратуре обязательно обнуляется. Это необходимо для того, чтобы в протоколе можно было точно указать продолжительность имевшего место разговора, а также точное местоположение интересующего следствие фрагмента записи. Если запись была выполнена на электронном носителе, то в протоколе должно быть указано наименование программно-обеспечения, с помощью которого осуществлялось ее воспроизведение.

По окончании прослушивания фонограмма упаковывается и опечатывается заново. Все свои действия и дословное содержание той части разговора, которая имеет отношение к расследуемому уголовному делу, следователь подробно описывает в протоколе. Лица, участвовавшие в осмотре и прослушивании фонограммы, вправе в том же протоколе или отдельно изложить свои замечания к протоколу⁴⁸.

Составление следователем протокола осмотра и прослушивания фонограммы призвано обеспечить фиксацию всех данных, имеющих доказательственное значение. Именно здесь происходит перенос доказательственной информации со звуконосителя на традиционное процессуальное средство ее фиксации — письменный

⁴⁷ Фонограмма передается следователю в опечатанном виде. В сопроводительном письме должны быть указаны даты, время начала и окончания записи переговоров лица, интересующего следствие, а также краткие характеристики использованных технических средств.

⁴⁸ См.: часть седьмая статьи 186 УПК РФ.

документ. Таким образом обеспечивается ее сохранность, а главное — возможность для дальнейшего использования в доказывании по уголовному делу. Здесь же получает свое материальное воплощение селекция информации о переговорах лица, интересующего следствие. Ее необходимость вызвана тем, что в протоколе должна фиксироваться не вся информация, поступившая к следователю, а лишь имеющая самое непосредственное отношение к предмету доказывания. Одновременно с этим в материалах уголовного дела появляется не только сама доказательственная информация, но и требуемые законом сведения о путях и способах ее получения.

В процессуальном плане составление протокола осмотра и прослушивания фонограммы есть не что иное, как выражение удостоверительной деятельности субъекта доказывания, т.е. оформление собранных сведений следователем и придание им процессуальной формы как необходимого условия для их признания в качестве доказательств. Этот этап технологии контроля и записи переговоров имеет решающее значение, так как без надлежащего процессуального оформления записанная на фонограмму информация не будет иметь доказательственной силы, а действия следователя — никаких процессуальных последствий.

Проведению осмотра и прослушивания фонограммы предшествует отображение следователем подписки у всех его участников о неразглашении сведений, ставших им известными в связи с производством контроля и записи переговоров. Такой строгий порядок продиктован не только потребностью следствия в неразглашении данных, но и тем, что неприкосновенность частной жизни, личной и семейной тайны, защита чести и доброго имени является неотъемлемым правом каждого гражданина, в том числе подвергаемого уголовному преследованию.

На момент производства осмотра и прослушивания фонограммы желательно достоверно установить личность каждого лица, принимавшего участие в разговоре.

Смысловое содержание записанного разговора должно обязательно анализироваться следователем с точки зрения его стилистики. Он должен обращать внимание на особенности устной речи, отличать лексику литературного и лексику разговорного происхождения (сленг), уметь распознавать жаргонизмы, профессионализмы, диалектизмы, вульгаризмы, прозвища, клички и др. В специальной литературе правильно отмечалось, что у любителей жаргонных слов и выражений одна и та же лексическая единица используется под видом нескольких понятий⁴⁹.

Нельзя исключать, что у участников осмотра и прослушивания фонограммы могут возникнуть не только трудности с пониманием значения отдельных малоизвестных слов и выражений, использованных участниками записанного разговора, но и появится тягостное впечатление от услышанного. Во избежание таких случаев перед началом прослушивания фонограммы следователю стоит напомнить им фабулу расследуемого уголовного дела, а так же то, что устная речь граждан всегда имеет индивидуальную эмоциональную окраску и вследствие этого может содержать малоизвестные лексические заимствования из языков народов России, искаженные иностранные слова и даже нецензурную брань.

На дальнейшую тактику контроля и записи переговоров в известной степени оказывает влияние момент получения фонограммы со сведениями, имеющими значение для дела. Иными словами, одновременно с завершением пятого этапа рассматриваемой технологической цепочки тактика этого следственного действия

⁴⁹ Жаргонные слова, выражения и татуировки преступного мира: Словарь. / Сост. Ю. А. Вакутин, В. Г. Валитов. Изд 2-ое, испр. и доп. Омск: Юридический институт МВД России, 1997. С. 3.

попадает в зависимость от этапа расследования, который, как известно, может быть начальным, последующим или заключительным⁵⁰.

Если фонограмма была получена на начальном этапе расследования, то она может служить средством установления местонахождения интересующих следствие лиц, а также тех доказательств, которым грозит уничтожение или исчезновение; ориентирования следователя в обстановке и содержании расследуемого события; получения полного представления о его механизме, последствиях и др. Отсюда следует, что для тактики контроля и записи переговоров на начальном этапе расследования определяющим является фактор времени. Если получение результатов этого следственного действия пришлось на последующий или заключительный этап расследования, то внезапность утрачивает решающее значение, поскольку здесь тактика контроля и записи переговоров в немалой степени характеризуется комбинационностью, т.е. сочетанием с тактикой других следственных действий, производимых следователем в рамках тактической операции. Примеры таких комбинаций уже описаны в специальной литературе⁵¹.

Следующий, шестой этап целиком посвящен оценке результатов контроля и записи переговоров. Он предпоследний в рассматриваемой технологической цепочке. Обособленность этого этапа объясняется тем, что анализ проделанной работы (как и ее результатов) при производстве названного следственного действия требуется не только для выяснения относимости, допустимости и достоверности полученной доказательственной информации, но и для решения вопроса о ее достаточности в процессе доказывания по уголовному делу и, как следствие, об оптимальных путях ее дальнейшего использования. Именно здесь проявляются допущенные следователем ошибки, становятся понятными последствия, к которым они привели или могут привести, решается вопрос о необходимости продолжения либо завершения производства контроля и записи переговоров. Одновременно оценке подвергается и протокол этого следственного действия с точки зрения его полноты, логичности, объективности, ясности формулировок и присутствия всех необходимых процессуальных реквизитов.

Седьмой, заключительный этап технологии контроля и записи переговоров заключается в том, что фонограмма в полном объеме приобщается к материалам уголовного дела на основании постановления следователя как вещественное доказательство. Ранее уже упоминалось, что закон требует, чтобы она хранилась в опечатанном виде в условиях, исключающих возможность ее прослушивания и тиражирования посторонними лицами, обеспечивающих ее сохранность и техническую пригодность для повторного прослушивания, в том числе в судебном заседании⁵².

Такова технологическая цепочка контроля и записи переговоров. Последовательное прохождение каждого ее этапа приводит к появлению основания для использования результатов этого следственного действия в доказывании по уголовному делу.

⁵⁰ Белкин Р.С. Криминалистическая энциклопедия. М.: Бек, 1997. С. 271.

⁵¹ См., напр.: Шаталов Г.А. Средство мобильной связи как источник криминалистически значимой информации // Проблемы управления органами расследования преступлений в связи с изменением уголовно-процессуального законодательства. Матер. междуз. науч.-прак. конф.: в 2-х частях. М.: Академия управления МВД России, 2008. Ч.II. С. 437—444.

⁵² См.: часть восьмая статьи 186 УПК РФ.

Ю.М. Юмашев

*Заведующий кафедрой
международного права
факультета права
Государственного
университета —
Высшей школы экономики,
профессор, доктор
юридических наук*

Свобода движения товаров в ЕС (нетарифные ограничения)

Создание единого внутреннего рынка — одна из основных целей ЕС. Согласно ст. 14 (2) Римского договора о Европейском Сообществе, «внутренний рынок представляет собой пространство без внутренних границ, в котором, согласно положениям настоящего Договора, обеспечивается свободное движение товаров, лиц, услуг и капиталов». Среди всех перечисленных в данном определении «свобод» свобода движения товаров играет решающую, цементирующую роль, поскольку взаимная торговля между государствами — членами является основным показателем эффективности интеграционных процессов. Действительно, уже в переходный период (1950—1970-е гг.) она росла вдвое быстрее, чем торговля ЕС с третьими странами. В настоящее время доля взаимной торговли превышает 50% всего объема международной торговли Сообщества в целом. В результате Европейский Союз превратился в одного из наиболее мощных и конкурентоспособных участников глобальной системы мирохозяйственных связей.

Этому в немалой степени способствовал гибкий механизм регулирования свободы движения товаров, разработанный в ЕС в процессе развития интеграционных процессов. Регулированию свободы движения товаров в Римском договоре посвящены в первую очередь ст. 23—31 и 90 (помимо общей целевой ст. 3 (1а)). Статьи 23—25 и 90 принято называть «фискальными», так как они призваны устранять таможенные и налоговые барьеры взаимной торговле между государствами — членами¹. Указанные статьи сыграли решающую роль на первых этапах становления таможенного союза и формирования механизма регулирования свободы движения товаров внутри Сообщества².

В ст. 28—31 речь идет об устранении так называемых «нетарифных ограничений», которые составляют не меньшую (если не большую) угрозу для свободы дви-

¹ Статья 25 содержит абсолютный запрет на взимание таможенных пошлин и сборов, эквивалентных таможенным пошлинам, а ст. 90 запрещает дискриминационное и протекционистское косвенное налогообложение товаров государств — членов в их взаимной торговле.

² Становление Единого таможенного тарифа ЕС было завершено к 01.07.1968 г. (начал полностью применяться с 1969 г.). В 1987 г. он был трансформирован в «интегрированный тариф» ЕС на основе комбинированной товарной номенклатуры. С момента вступления в силу единого таможенного тарифа государства — члены лишились права самостоятельно устанавливать ввозные пошлины и сборы не только на товары из третьих стран, но и во взаимной торговле между собой. В начале 1990-х гг. таможенные правила, разработанные Советом ЕС, были обобщены в форме Таможенного кодекса, который в полном объеме начал действовать с 01.01.1994 г.

жения товаров, чем фискальные барьеры. Другими словами, в упрощенном виде правовой механизм регулирования свободы движения товаров можно охарактеризовать как состоящий из двух элементов: первый, призванный устранять таможенные барьеры на границах государств — членов; второй — нетарифные ограничения, создаваемые национальными законодательствами импортным товарам из других государств — членов в интересах повышения конкурентоспособности отечественной продукции.

Данная статья посвящена анализу «второго элемента» механизма регулирования свободы движения товаров, так как на данном этапе углубления интеграционных процессов в ЕС именно особенности национального законодательства государств — членов создают значительные трудности при формировании Сообществом единого внутреннего рынка товаров.

Решение проблем, связанных с устранением нетарифных барьеров³, предусмотрено в ст. 28—31 Римского договора о ЕС. В ст. 28 речь идет о запрете нетарифных ограничений при импорте из других государств — членов; в ст. 29 — при экспорте. Статья 30 трактует об исключениях из этих запретов. Статья 31 предусматривает «трансформацию государственных торговых монополий», которые играют существенную роль в торгово-экономических отношениях государств — членов.

Из этих четырех статей наибольшее практическое значение для реализации свободы движения товаров и для формирования единого внутреннего рынка ЕС имеет ст. 28 о «запрете количественных ограничений импорта и мер, эквивалентным количественным ограничениям»⁴. Римский договор не дает определения ни ключевых понятий, ни механизма реализации ст. 28. Эту задачу в данном случае (как и во всех остальных) выполняет Суд ЕС. Три его решения — «Dassonville» (1974), «Cassis de Dijon» (1979) и «Keck» (1993) — сыграли решающую роль в формировании правовой основы для устранения нетарифных ограничений свободе движения товаров⁵.

Количественные ограничения (КО) в смысле ст. 28 Суд ЕС определяет как «меры, ведущие к полному или частичному ограничению — в зависимости от обстоятельств — импорта, экспорта или транзита товаров во взаимной торговле между государствами — членами»⁶. Под это определение подпадают, например, меры по квотированию и контингентированию товаров. Общее определение «мер, эквивалентным количественным ограничениям» (МЭКО), Суд ЕС дал в решении по упомянутому делу «Dassonville» (8/74). Согласно этому решению, меры государств — членов, «...препятствующие прямо или косвенно, реально или потенциально торговле между государствами — членами, считаются мерами, последствия которых эквивалентны количественным ограничениям»⁷. В решении по этому делу Суд признал противоречащими ст. 28 Римского договора положения бельгийского законодательства, со-

³ Статьи о тарифных и нетарифных ограничениях *взаимно* исключают друг друга. Так, препятствия взаимной торговле «фискального характера» не подпадают под действие запретов ст. 28. См.: 74/76 Ianelli v. Meroni (1977); C-34-38/01 Enirisorse SpA v. Ministero delle finanze (2003).

⁴ О целевой установке ЕС на формирование «внутреннего рынка» см. ст. 3 (с) и 14 (2) Римского Договора о ЕС.

⁵ Решения Суда ЕС по делу 8/74 от 11.07.1974. См.: Dassonville — 120/78 от 20.02.1979; Cassis de Dijon — C-267 и 268 /91 от 24.11.1993 — Keck & Mithouard.

⁶ Решение Суда ЕС по делу 2/73 «Geddo» (1973). П. 7.

⁷ Дело 8/74 (п. 5). Под термином «мера» в смысле применения ст. 28 понималось государственное регулирование торговли и маркетинга, а не производства.

гласно которым экспортер должен представить таможенным властям Бельгии сертификат происхождения товара страны — производителя⁸.

Приведенная формулировка из решения Суда ЕС получила в литературе название «**формула Дассонвилль**». Она была общепризнанна и получила широкое применение в дальнейшей практике Суда, который далее разъяснял и уточнял понятия этой формулы и их содержание. В частности, Суд ЕС подчеркивал, что ст. 28 имеет **вертикальное прямое действие**, т.е. применяется к широкой категории государственных и квази-государственных органов, а к отношениям между индивидами (в широком смысле) не применяется (так называемое горизонтальное действие). Государство — член несет ответственность за действия своих граждан, нарушающих ст. 28, в лице его государственных и квази-государственных органов⁹. Термин «государственные меры», запрещенные ст. 28, включает не только действие, но и «бездействие» государств — членов, чреватое созданием препятствий взаимной торговле между ними¹⁰.

Интерес представляет и трактовка Судом ЕС таких понятий «формулы Дассонвилль», как «реально или потенциально», «прямо или косвенно» препятствующие взаимной торговле меры. Если «реально» нарушающие ст. 28 меры (а их большинство) не требуют специальных пояснений, то «потенциальным» отрицательным воздействием на свободу движения товаров могут обладать даже такие государственные меры, которые касаются лишь незначительной части национального рынка¹¹.

Что же касается мер, «прямо или косвенно» препятствующих взаимной торговле, то их ныне толкуют как синоним «прямой или косвенной дискриминации импортных товаров», что подпадает под запрет ст. 28. Под «прямой дискриминацией» товаров из других государств — членов (или находящихся в свободном обращении в ЕС) понимают национальные законодательные меры, применяемые различным образом к отечественным и импортным товарам (с целью предоставить более благоприятный режим регулирования первым или лишить импортные товары конкурентных преимуществ). Примерами могут служить инспекции импортных товаров, если они влекут за собой задержки в транспортировке и дополнительные расходы; требование получать лицензии только для импортных товаров; запрет рекламы

⁸ В деле речь шла о французской фирме-посреднике «Dassonville et fils», представившей бельгийским таможенным властям все необходимые французские документы. Фирма утверждала, что получение сертификата происхождения непосредственно от английского производителя связано для нее со значительными техническими трудностями и дополнительными финансовыми расходами. Это создает препятствия взаимной торговле между государствами — членами и нарушает ст. 28 Римского договора о ЕС. Суд согласился с доводами фирмы и признал, что бельгийское законодательство благоприятствовало прямым закупкам виски у английских производителей в ущерб торговле через посредников из других государств — членов, хотя товар там находится на законных основаниях и в свободном обращении.

⁹ Под государственными и квази-государственными органами имеются в виду не только органы центральной власти, но и административно-территориальные образования и организации, которые государство наделяет властными полномочиями регулировать ту или иную сферу деятельности. За принимаемые ими акты центральное правительство также несет ответственность.

¹⁰ Под «бездействием» государства — члена имеют в виду «... явное и систематическое нежелание принимать должные меры для пресечения действий, включая и действия индивидов, которые чреваты угрозой свободе движения товаров». См.: C-265/95 Spanish strawberries (1997). В данном случае ст. 28 применяется в сочетании со ст. 10 Римского договора о ЕС (об обязанности государств — членов содействовать выполнению задач Сообщества)

¹¹ См.: C-67/97 *Bluhme* (1998). Речь шла о мерах Дании, затрагивавших лишь 0,3% территории этой страны.

импортных товаров в отсутствие подобного запрета для отечественных¹². Все такие меры Суд ЕС рассматривает как проявление прямой дискриминации и причисляет их к МЭКО.

Косвенная или скрытая дискриминация имеет место, когда национальные законодательные меры, при применении которых формально юридически не делается различий между импортными и отечественными товарами, но фактически создаются дополнительные препятствия для свободной реализации первых на местном рынке, увеличивая, кроме прочего, дополнительные расходы импортера. Правовая суть «скрытой дискриминации» заключается в том, что отечественный производитель должен отвечать только требованиям собственного законодателя, а производитель импортных товаров (или их экспортер) обязан следовать предписаниям законодателей обеих стран. Экономическая суть — в увеличении финансового бремени иностранного производителя или экспортера при продвижении своих товаров на иностранном рынке (как следствие — лишение конкурентных преимуществ). Так что формально одинаково применяемые меры могут служить серьезным препятствием свободе движения товаров.

Как правило, большинство случаев «скрытой дискриминации» относится к мерам, одинаково применяемым к товару, независимо от того, является он отечественным или импортным. Это касается требований, предъявляемых к содержанию товара, его компонентам, упаковке (переупаковке), наименованию и т.д. Например, бельгийцы требовали упаковывать маргарин в форме куба, чтобы покупатель не спутал его со сливочным маслом; французы запрещали ввоз в страну импортных сыров под названием «Эдамский», если содержание жира в них было менее 40%. Это закрывало доступ на французский рынок, в частности, немецким сырам с тем же названием, хотя последние были законно произведены и законно продавались в своей стране, но содержание жира в них не превышало 34%. Итальянцы требовали называть шоколад, содержащий растительные масла, «заменителем шоколада»¹³.

Во всех приведенных примерах и во множестве других, которыми изобилует практика Суда ЕС, речь шла о «требованиях к товару» как таковому (т.е. к его содержанию, весу, форме, упаковке). Все эти требования, хотя они применялись одинаково к отечественным и импортным товарам, были признаны мерами «скрытой дискриминации», причислены Судом ЕС к МЭПО и нарушающими ст. 28. Сказанное свидетельствует о стремлении Суда ЕС (и Европейской Комиссии) стимулировать деловые круги государств — членов развить стратегию маркетинга в общеевропейском масштабе. При этом всегда подчеркивалось, что даже если дополнительные расходы, вызванные «скрытой дискриминацией», в конечном счете перекладываются на потребителей, изначальная суть подобных требований — препятствовать экспортерам из других государств — членов продавать свои товары на рынках страны-импортера и тем самым усиливать конкурентоспособность отечественных.

Особый случай «дискриминации» импортных товаров связан с фиксацией государством цен на определенные виды товаров. Суд ЕС особенно часто сталкивался

¹² К подобным мерам можно отнести и так называемую «канализацию торговли», когда власти дают разрешение лишь одному импортеру закупать продукцию из другого государства — члена, или специальный орган занимается отбором фирм-поставщиков для закупок по объявляемым тендерам и т.д. Подробнее см., напр.: Barnard C. *The Substantive Law of the EU*. Oxford, 2004. P. 95 ff.

¹³ См.: 261/81 — Rau (1982); 286/86 Deserbais (1988); C-488/98 Guimont (2000); C-14/00 Commission v. Italy (2003). «Требования к товару» — не единственный вид «скрытой дискриминации». К ней Суд ЕС относит в том числе ограничения рекламы и других форм стимулирования взаимной торговли.

с данной проблемой в 1970—1980-х гг. Он признал, что фиксация цен на одном определенном уровне для отечественных и импортных товаров, строго говоря, не является МЭКО. Однако сконцентрировав свое внимание на *последствиях* такой фиксации, Суд отметил: они могут стать мерами, эквивалентными количественным ограничениям, если, например, национальные власти зафиксировали цены или размер прибыли на таком низком уровне, что это будет благоприятствовать отечественным товарам в ущерб импортным (как из-за невозможности продавать их с прибылью, так и из-за лишения их конкурентных преимуществ, связанных с более низкими издержками)¹⁴.

Действие ст. 28 распространяется и на так называемый «параллельный импорт» и «реимпорт». «Параллельный импорт» имеет место, когда посредник закупает у патентодержателя его товар в одном государстве — члене и продает его в другом государстве — члене наряду с непосредственным производителем данного товара в этом другом государстве по лицензии патентодержателя. Под «реимпортом» понимают операцию, когда товар, произведенный в одном государстве — члене, экспортируется в другое государство — член, а затем вновь импортируется в страну происхождения. Подобные сделки особенно распространены при торговле, в частности, медицинскими товарами (главным образом лечебными препаратами), поскольку цены на них в разных государствах — членах регулируются по-разному и, как следствие, приносят участникам большие прибыли¹⁵.

Поскольку ст. 28 запрещает препятствовать трансграничной торговле между государствами — членами как на уровне оптовых, так и розничных продаж, а также дискриминацию иностранных товаров, то и «параллельный импорт» и «реимпорт» согласно устоявшейся практике Суда ЕС не могут быть в принципе ограничены, и им нельзя воспрепятствовать без объективных оправданий. Считается, что «параллельный импорт» стимулирует конкуренцию между соответствующими товарами и способствует выравниванию и установлению наиболее низких цен на них на всей территории Европейского Союза. В конечном счете «параллельный импорт» действует в интересах потребителей¹⁶. В вопросах «реимпорта» также возникали

¹⁴ В деле 65/75 — *Tasca* Суд ЕС признал одинаковую фиксацию цен на отечественную и импортную продукцию МЭКО, поскольку уровень этих цен был столь низок, что позволял продавать импортные товары только с убытками. Решения Суда ЕС о фиксации цен подвергались критике в доктрине. Отмечались противоречивость в аргументации Суда, отсутствие ясности в вопросах выявления дискриминации при фиксации цен: имела ли место дискриминация с точки зрения права, была ли она фактической или связана с доступом к рынку. Проблема фиксации цен показывает, насколько тонкой может быть грань между дискриминационными и недискриминационными мерами. См.: Woods L. *Free movements of goods & services within the European Community*. Aldershot, 2004. P. 60-61.

¹⁵ По мнению Суда ЕС разница в ценах на фармацевтическом рынке возникает из-за действующих в государствах — членах различных правил фиксации максимальных цен, различий в норме прибыли оптовых фармацевтических фирм и аптек, различий в национальных законодательствах, регулирующих максимальные суммы выплат по медицинским страховкам. См., напр.: C- 427,429,436/93 — *Bristol Myers Squibb v. Paranova* (1996).

¹⁶ Нельзя сказать, что «параллельный импорт» не встречает преград. Так, французские и испанские оптовики, воспользовавшись тем, что в Англии цены на лекарственный препарат «Адалат» фирмы «Байер» на 40% выше, чем в их странах, скупали его у производителя и поставляли в Англию. Это привело к резкому снижению доходов дочерней компании «Байера» в Соединенном Королевстве. В ответ немецкий концерн существенно снизил поставки «Аделата» французским и испанским конкурентам и добился вытеснения их с английского рынка. Концерн выиграл дело у Комиссии, которая полагала, что «Байер», сокращая поставки конкурентам, ограничивал «параллельный импорт» и тем самым препятствовал торговле между государствами — членами. Суд первой инстанции не согласился с Комиссией. Он усмотрел в действиях концерна лишь изменение его торговой политики. См.: T-41/96 — *Bayer (Adalat)* (2000).

трудности, связанные с выявлением фиктивности сделок и фиксации цен¹⁷. Суд ЕС вынужден был разработать критерий, согласно которому «реимпорт» считается правомерным с точки зрения ст. 28, если товар экспортируется оптовыми фирмами, а «реимпортируется» в страну происхождения на уровне розничной торговли¹⁸.

Рассмотренные вопросы касаются дискриминации и препятствий трансграничной торговле между государствами — членами и импортных товаров. Но подпадает ли под запреты ст. 28 дискриминация отечественных товаров со стороны национального законодателя? Это явление называется «обратная дискриминация». На нее действие ст. 28 не распространяется, поскольку речь в подобных ситуациях идет о чисто внутренних ситуациях¹⁹. Суд неоднократно в своих решениях подтверждал правомерность «обратной дискриминации» и мотивировал это тем, что она «стимулирует национального законодателя, не затрагивая импортных товаров, принимать юридические меры для улучшения качества отечественных товаров с целью сделать их более привлекательными для потребителя»²⁰. Другими словами, хотя национальные производители вынуждены нести бремя дополнительных расходов в результате действий собственных правительств, это должно побуждать их добиваться конкурентных преимуществ путем улучшения качества своих товаров.

Правовой механизм «формулы Дассонвилль» с ее общим и широко толкуемым запретом «прямо или косвенно, фактически или потенциально» препятствовать взаимной торговле между государствами — членами был призван максимально быстро создать необходимую правовую инфраструктуру для нормального функционирования общего рынка товаров на всей территории Сообщества. Суд ЕС в своей первоначальной практике, основываясь на этой формуле, стал довольно широко толковать ст. 28 и устранять все мыслимые препоны национальных законодательств на пути свободы движения товаров. В результате «формулу Дассонвилль», благодаря ее «всеобъемности» («гуттаперчивости») стали называть «безразмерной». Действительно, ее положения были сформулированы в столь общей форме, что не учитывали национальные особенности торгового и предпринимательского законодательства государств — членов. Их энергичная «защитная реакция» не заставила себя ждать.

В 1979 г. Суд ЕС принимает решение (я бы назвал его ключевым) по делу *Cassis de Dijon* (120/78), в котором формулирует общие принципы регулирования не только свободы движения товаров, но и других свобод и одновременно идет на уступки государствам — членам. В этом деле немецкие власти отказали в продаже на терри-

¹⁷ См., напр.: C-229/83 *Leclerc v. Au ble vert* (1985). Здесь речь шла о французском законе, предписывающем продавать «реимпортированные» книги по цене издателя. Суд признал закон МЭКО.

¹⁸ Например, когда голландские аптеки продают в Германию медикаменты, которые были экспортированы в Голландию оптовыми немецкими фирмами. См.: Haratsch A. et al. *Europarecht*. Tuebingen, 2006. S.295.

¹⁹ Здесь прямая параллель со ст. 90, которая не запрещает облагать отечественные товары более высокими налогами и сборами, чем импортные. В то же время запрет ст. 25 распространяется на взимание таможенных пошлин между административно-территориальными единицами одного государства (например, Франция и ее заморские территории). Все это — явные свидетельства стремления Сообщества обеспечить правовую инфраструктуру для формирования единого внутреннего рынка.

²⁰ См.: C-237/82 *Jongeneel Kaas BV* (1984); C-98/86 *Mathot* (1987). В этом деле Суд признал, что бельгийское законодательство не нарушает ст. 28, требуя указывать на упаковке полную спецификацию масла лишь отечественных производителей и не требуя того же от производителей из других государств — членов. Из более поздней практики см.: C-9/99 *Echirrolles Distribution* (2000).

тории Германии французского черносморозинного ликера из-за содержания в нем 15—20% спирта, а не 32%, как это предписывалось местным законодательством. Суд ЕС принял сторону Франции и разработал правовой механизм свободы движения товаров, который зиждется на трех основных критериях:

- критерий (принцип) «взаимного признания» («эквивалентности») и критерий «страны происхождения товара»;
- критерий «императивных требований»;
- критерий пропорциональности.

Согласно первому критерию «взаимного признания» и страны происхождения товаров» (часто эти критерии рассматривают как синонимы), значение которого для создания единого внутреннего рынка на всей территории ЕС трудно переоценить, «...в отсутствие гармонизирующего вторичного законодательства ЕС товары, законным образом производимые и продаваемые (сбываемые) в одном государстве — члене (в данном случае во Франции) могут, в принципе, беспрепятственно продаваться в другом государстве — члене (в данном случае в Германии) без дальнейших ограничений». Другими словами, Германия должна признавать французские стандарты эквивалентными своим собственным. Одним из преимуществ критерия «взаимного признания» была замена «двойственного регулирования» товара (законодательствами страны экспортера и импортера) законодательством одного государства — члена, т.е. страны происхождения товара. Этот критерий в целом позволяет сохранить разнообразие национальных норм и не требует чрезмерной гармонизации. Правда, отмечались и теневые стороны этого критерия: импортер вынужден в ряде случаев принимать более низкие стандарты качества страны-экспортера²¹. Тем не менее, по мнению Комиссии ЕС, «критерий взаимного признания» стал существенным шагом вперед на пути ускорения интеграционных процессов. Он создал новые возможности и для потребителей (получать свободный доступ к новым товарам), и для предпринимателей из других государств — членов (продавать свою продукцию на более широком рынке).

Устанавливая второй критерий — «императивные требования», — Суд ЕС в определенной степени ограничивал действие «взаимного признания» и шел навстречу национальным особенностям законодательств государств — членов. Этот критерий дополнял изъятия, перечисленные в ст.30 (1). Причем, в отличие от изъятий ст. 30 (1), изъятия согласно «императивным требованиям» не носят исчерпывающего характера²². Тем самым Суд хочет подчеркнуть динамичную природу интеграционных процессов.

Условия применения критерия «императивных требований»:

- отсутствие гармонизации, поскольку принятые в этой сфере акты вторичного права ЕС лишают государства — члены законодательной компетенции;
- «императивные требования» действуют только в отношении одинаково применяемых мер, отрицательными последствиями которых может стать «скрытая дискриминация»²³;
- государства — члены могут использовать «императивные требования» при условии, что проводимая ими политика не преследует чисто экономические цели.

²¹ В литературе по праву ЕС это явление получило название «race to the bottom» (скатывание вниз).

²² В последнее время в качестве **синонима** понятия «императивные требования» используют термин «*императивные основания всеобщего интереса (блага)*».

²³ Не следует забывать, что ст. 30 формально действует только в отношении прямо дискриминационных мер.

Среди «императивных требований» на данный момент называют прежде всего:

- добросовестность торговли;
- эффективность налогового контроля;
- защиту прав потребителей и социальное обеспечение;
- здравоохранение;
- защиту окружающей среды;
- защиту условий труда на рабочем месте;
- защиту региональной культурной среды;
- защиту многообразия средств массовой информации;
- защиту основных прав человека.

«Императивные требования» называют «неписаными оправданиями», и Суд ЕС использует этот критерий для выявления скрытой дискриминации, особенно часто в отношении защиты прав потребителей. При этом Суд ЕС придерживается концепции «просвещенного, осмотрительного потребителя», способного разобраться в качественных характеристиках покупаемого товара²⁴.

В связи с возрастанием роли охраны окружающей среды Суд ЕС прибегает к этому критерию и в данной сфере, поскольку экология отсутствует в исчерпывающем списке изъятий ст. 30 Договора о ЕС²⁵.

«Императивные требования», как впрочем, и вся сфера экономического регулирования, подлежат принципу пропорциональности, т.е. национальные меры должны соответствовать цели, на достижение которой они направлены. Фактически суть принципа заключается в том, чтобы при применении мер добиться оптимальной сбалансированности между целями, которые данная конкретная мера преследует, и возможными ее отрицательными последствиями для свободы движения товаров. Как правило, выявление пропорциональности меры возлагается на национальные суды. Но Суд ЕС разработал два критерия, которыми они призваны руководствоваться при выполнении этой задачи — «критерий уместности» и «критерий необходимости» меры. В первом случае национальный суд должен оценить адекватность данной меры с точки зрения всех лиц, интересы которых она затрагивает. Во втором — определить, мог ли законодатель принять более мягкую меру в отношении ее отрицательных последствий для взаимной торговли между государствами — членами.

²⁴ Таким образом, право ЕС, стремясь повысить потребительскую культуру граждан государств — членов, не разрешает национальным законодателям защищать не информированного покупателя, как того требовала Германия. Правда, если существует большой риск, что потребитель будет введен в заблуждение по причинам языковых, культурных и социальных различий, то возможно применение «императивных требований». См.: C-313/94 Filli Graffone SNC (1996). Однако подобные случаи редки.

²⁵ Примером может служить решение Суда ЕС по делу C-379/98 Preussen Elektra AG (2001). Здесь Суд оправдал прямо дискриминационные положения немецкого закона о снабжении электроэнергией потребителей из возобновляемых источников ссылкой на «императивные требования» защиты окружающей среды, поскольку экология не перечислена среди оправдательных оснований ст. 30 Римского договора. Суд подчеркнул, что при современном состоянии регулирования электроэнергетической сферы на уровне Сообщества положения данного немецкого закона не нарушают ст. 28. Это решение породило споры в доктрине, так как оно стирает грань между прямой и скрытой дискриминацией. Согласно господствующей ныне точке зрения, дело 379/98 считается исключением. «Императивные требования» во всех других сферах, кроме окружающей среды, продолжают оставаться оправданием в отношении «мер, одинаково применяемых к отечественным и импортным товарам». См.: Pach E., Knauff M. Fallhandbuch Europaeisches Wirtschaftsrecht. Stuttgart, 2008. S. 47.

Применение этих критериев позволяет национальным судам проверять не только законность, но и в определенной степени «дух» отечественных законодательных и административных мер. Однако многое зависит от того, насколько точно суды следуют этим критериям²⁶. Простейшим примером применения принципа пропорциональности, связанного со свободой движения товаров, может служить предпочтение, отдаваемое сведениям на этикетках товаров, национальным мерам, которые предписывают делать различную упаковку для различных товаров (например, масла и маргарина). По мнению Суда ЕС (и Сообщества в целом), мера, направленная на раскрытие данных о товаре на этикетках, в наименьшей степени может служить препятствием взаимной торговле государств — членов между собой, так как расширяет возможности информированного выбора потребителя в большей мере, чем выбор, ограниченный вмешательством государства²⁷.

Решение Суда ЕС по делу *Cassis de Dijon* явилось первым шагом на пути ограничения слишком широко толкуемой «формулы Дассонвилль». Действительно, «принцип взаимного признания» увеличил возможности и потребителей, и производителей свободно продавать и получать товары различных государств — членов на всей территории Сообщества, став альтернативой чрезмерной гармонизации. Еще более важно то, что этот принцип в сочетании с «императивными требованиями» создал децентрализованный механизм регулирования свободы движения товаров, учитывавший правовые, социальные и культурные особенности государств — членов. Кроме того, «императивные требования» служили инструментом, препятствующим использованию государствами — членами «критерия взаимного признания» для продвижения своих товаров более низкого качества на рынки соседей (*race to the bottom*).

Что касается «принципа пропорциональности», то вопросы соответствия национальных мер этому принципу компетентны решать суды государств — членов, а Суд ЕС выполняет контролирующую функцию, руководствуясь соображениями политической целесообразности. Так что в решении Суда ЕС по делу *Cassis de Dijon* наметилась явная тенденция не сужать бесконечно рамки национального регулирования, а идти навстречу государствам — членам.

Следующий шаг в этом направлении был сделан в начале 1990-х гг. в решении Суда ЕС по делу *Keck & Mithouard*²⁸. Оно еще больше ограничило сферу действия «формулы Дассонвилль». Предприниматели Кек и Митуар, являясь руководителями ряда французских торговых центров, стали перепродавать продовольственные товары по ценам ниже закупочных, стремясь получить прибыль не за счет цены, а за счет наращивания объемов торговли. Во Франции убыточная торговля была запрещена законом²⁹. Против предпринимателей было возбуждено уголовное дело. В свою защиту они сослались на противоречие французских законов ст. 28, поскольку

²⁶ Теоретически это касается национальных судов. На практике решающую роль играет контроль со стороны Суда ЕС. Но он не всегда последователен в своих действиях и часто демонстрирует прагматический подход в вопросах пропорциональности, не желая вмешиваться в законодательный выбор государств — членов.

²⁷ Подробнее см.: Barnard C. *Op. cit.* P. 115 ff. Здесь, однако, могут возникнуть языковые трудности. Но в любом случае национальный закон не должен запрещать использование других языков на этикетках, хорошо понимаемых потребителем, равно как и должен обеспечивать потребителю возможность быть информированным из других источников. См.: C-366/98 Geffroy (2000).

²⁸ См.: C-267-268 / 91 — *Keck & Mithouard* (1993).

²⁹ Кстати, в этом вопросе французский законодатель следовал принципам средневекового канонического права. См., напр.: Муромцев С. *Рецепция римского права на Западе*. М., 1886. С. 52.

ку их применение ведет к сокращению объемов продаж во Франции импортных товаров из других государств — членов и ограничивает выбор методов торговли. Суд ЕС не согласился с этой аргументацией и, предвзяв свое решение, заявил: «Учитывая усилившуюся тенденцию предпринимателей обращаться к ст. 28 Римского договора, как к средству оспаривать любую норму национальных законов, ограничивающих их свободу предпринимательства даже в тех случаях, когда целью этих норм не является регулирование торговли товарами между государствами — членами, Суд полагает, что настало время пересмотреть свою сложившуюся практику и разъяснить свою позицию...». Опираясь на столь решительное собственное заявление, Суд констатировал, что положения законов, подобных оспариваемому, не являются МЭКО в смысле ст. 28, не служат препятствием взаимной торговле государств — членов и соответствуют праву ЕС. Далее Суд сформулировал следующие положения, которыми отныне надлежало руководствоваться государствам — членам при осуществлении свободы движения товаров.

Прежде всего, Суд провел различие между национальными законами, устанавливающими требования к товарам, как таковым (к их производству, внешнему виду, упаковке, этикеткам, их форме, весу, качеству, составу ингредиентов), и законами, регулирующими «способы и методы продаж (торговли)». Другими словами, нормы законов, регулирующие материальную суть товаров, представляют собой препятствие свободе движения товаров, даже если они одинаково применяются к отечественным и импортным товарам. Они подпадают под запреты ст. 28, за исключением случаев, когда их применение может быть объективно оправдано целями, достижение которых диктуется государственными интересами, имеющими примат над принципом свободы движения товаров³⁰.

Нормы национальных законов, регулирующие «способы (и методы) продаж» (в отличие от предыдущей практики, как специально подчеркнул Суд ЕС) не подпадают под действие «безразмерной» «формулы Дассонвилль» и в отличие от количественных ограничений, различно и одинаково применяемых МЭКО, не являются препятствием, «прямым или косвенным, реальным или потенциальным», торговле между государствами — членами и не нарушают ст. 28, если выполняются следующие условия:

- эти нормы национальных законов, регулирующие внутреннюю торговлю, применяются ко всем участникам делового оборота на территории данного государства — члена;
- действия и последствия этих норм юридически и фактически одинаковы для отечественных и импортных товаров из других государств — членов (т.е. не являются дискриминационными);
- поскольку эти два условия выполнены, то применение таких норм к продаже (маркетингу) товаров из других государств — членов не должно служить препятствием доступу этих товаров на рынок государства — члена импортера, или «... по крайней мере, не должно ограничивать этот доступ в большей мере, чем отечественным товарам». (Это решение принято называть «формулой КЕК»).

Подытоживая сказанное о решении Суда ЕС по делу «Кек и Митуар», отметим, что различие следует делать между двумя группами одинаково применяемых мер (правил) регулирования (внутренней) торговли. К первой группе Суд причислил меры, регулирующие содержание и основные характеристики самого товара, как такового (его размер, вес, упаковка, форма, состав, этикетка). Эти меры пред-

³⁰ Т.е. на них распространяются изъятия ст. 30 Римского договора.

ставляют собой МЭКО и подпадают под запреты ст. 28. Их применение возможно лишь в тех случаях, если они подпадают под изъятия ст. 30 или их легитимность оправдана с точки зрения «императивных требований» при одинаковом применении (юридически и фактически) к отечественным и импортным товарам из других государств — членов. Кроме того, они должны отвечать принципу пропорциональности.

Ко второй группе Суд отнес меры, регулирующие способы продаж. Эти меры не нарушают права ЕС и не являются МЭКО в смысле ст. 28, если

- действуют в отношении всех участников рынка данного государства — члена;
- одинаково регулируют юридически и фактически сбыт отечественных и импортных товаров (из стран ЕС);
- не препятствуют доступу к отечественному рынку товаров, ввезенных из других государств — членов, пусть даже в ущерб объему импорта в торговле между ними.

Решение Суда было неоднозначно воспринято деловыми кругами ЕС и подверглось критике в доктрине как с юридической (в правовых системах государств — членов не было определения понятия «способы продаж»), так и с политической точки зрения. Многие полагают, что Суд ЕС пошел на слишком большие уступки государствам — членам в ущерб развитию интеграционных процессов³¹. Действительно, отсутствие четкого юридического понятия «определенные (так в решении Суда — *авт.*) способы продаж» привело к широкому толкованию этого термина, поскольку речь шла о всей сфере регулирования внутренней торговли, которая подлежит запрету дискриминации³². Смущало и то, что не всегда можно было выявить различие между мерами, касающимися регулирования самого товара, а потому являющимися МЭКО в смысле ст. 28, и мерами, регулирующими «определенные способы продаж».

Так, в решении по делу C-34-36/95 *Agostini* (1997), Суд ЕС признал нелегитимным запрет шведского закона на коммерческую телерекламу моющих средств, обращенную к детям до 12 лет и их родителям, поскольку эта реклама не отвечала понятию «определенных способов продаж» в смысле формулы «КЕК»³³. А вот в положениях австрийского «закона о недобросовестной конкуренции», запрещавших печатать рекламные кроссворды в журналах, принадлежащих крупным медиаконцернам, в интересах сохранения многообразия прессы (по мнению правительства Австрии, это способствовало равному доступу конкурентов из других государств — членов на австрийский медиарынок), Суд не усмотрел «определенных способов продаж» в

³¹ См., напр.: Halter U. *Europarecht*. Tuebingen, 2005. S. 656 ff.

³² Разницу иллюстрирует следующий пример. Запрет продажи сигарет в автоматах, в которых их потенциально могли покупать дети, действует одинаково в отношении отечественных и импортных табачных изделий, имеет для тех и других одинаковые последствия (юридические и фактические), ограничивает объем сбыта, включая импорт. Но в то же время не ограничивает доступ к рынку. Этот механизм разработан «формулой КЕК» и потому не подпадает под действие запретов ст. 28. В то же время запрет курения в общественных местах, хотя и влечет те же последствия, не подпадает под действие «формулы КЕК», так как здесь речь не идет «об определенных способах продаж» на внутреннем рынке. Государствам — членам следует искать оправдания этому запрету, апеллируя к изъятиям ст. 30 или к «императивным требованиям».

³³ Этот запрет согласно решению «КЕК» одинаково применялся ко всем участникам рынка. Однако если его последствия были юридически одинаковы для отечественных и иностранных торговцев (предпринимателей), то фактически возлагали более тяжелое финансовое бремя на иностранных поставщиков, так как для них телевидение было единственным эффективным средством продвижения своих товаров на шведский рынок. Поэтому Швеция должна была защищать свой запрет на основе изъятий ст. 30 или «императивных требований».

смысле «КЕК». С его точки зрения, рекламные кроссворды в подобных журналах были частью их содержания, а потому положения австрийского закона относились к характеристикам товара и подпадали под запреты ст. 28, являясь МЭКО, так сказать *per se*, поскольку требовали «изменить содержание периодического издания»³⁴. С этим решением контрастирует решение Суда ЕС по делу C-416/00 *Morellato v. Comune di Padova* (2003). Суд решил, что итальянский закон, запрещающий продажу хлеба, который требует дополнительной выпечки (если только розничный торговец его предварительно не переупаковал до продажи), не является мерой, изменяющей товар, но оказывает влияние на его продажу и потому может считаться «определенным способом продаж», не подпадающим под действие запретов ст. 28.

Приведенные примеры показывают, что Суду не удалось разработать четких критериев, позволяющих разграничивать с достаточной степенью определенности «меры, касающиеся товара, как такового», и «определенные способы продаж». Многое зависит от каждого конкретного случая и связанных с ним привходящих факторов.

Не было ясности и с оценкой норм национальных законов, регулирующих время и место внутренней торговли. Но именно время и место, наряду с разрешениями осуществлять внутреннюю торговлю, являются основными элементами определенных способов продаж. С одной стороны, запреты торговли в ночное время или продажи некоторых товаров вне строго указанных законодателем мест считались правомерными и подпадали под понятие «определенные способы продаж» в смысле «формулы КЕК». С другой стороны, знаменитое дело *Torfaen* (C-145/88) выявило недостатки в критериях и аргументации Суда ЕС. В этом деле истцу (владельцу магазина розничной торговли) с помощью статистических данных удалось доказать, что английский закон 1950 г. о запрете воскресной торговли отвечает всем параметрам лишь позднее сформулированных в «формуле КЕК» «определенных способов продаж». Этот закон нарушает ст. 28 Римского договора, поскольку, в частности, отрицательно влияет на взаимную торговлю государств — членов. Суд ЕС в результате признал, что в отсутствие регулирования Сообщества актами вторичного права государства — члены могли по своему усмотрению использовать и рассматривать собственные меры в качестве «императивных требований» для защиты своих национальных социальных и культурных особенностей. На усмотрение национальных судов было оставлено решение вопроса о соответствии этих мер принципу пропорциональности³⁵. Это лишь усугубило неопределенность в данной сфере. Свидетельством может служить тот факт, что хотя позднее Суд ЕС признал закон 1950 г. отвечающим принципу пропорциональности, англичане заменили его на Закон о воскресной торговле 1994 г, в котором воскресная торговля была разрешена³⁶.

«Формула КЕК» не решила полностью данную проблему. В своей последующей практике Суду ЕС также не удалось четко опосредствовать юридически понятие «определенные способы продаж». Более того, тщательный анализ национальных

³⁴ См.: C-368/95 *Familienpresse* (1997). К. Барнард приводит также следующую выдержку из решения Суда ЕС по делу C-390/99 *Canal Satelite Digital SL* (2002): «Требование в определенных случаях адаптировать соответствующий товар к действующему законодательству в государстве — члене, которое этот товар импортирует, не может рассматриваться, как «способ продажи» в смысле п. 16 решения «КЕК». *Barnard C. Op. cit.* P. 144. Сноска 95.

³⁵ Следует отметить, что практика английских судов по данной проблеме была крайне противоречивой. *Coles J. Law of the European Union. London, 2005. P. 348 ff.*

³⁶ См.: *Barnard C. Op. cit.* P. 133.

мер показал, что сами «способы продаж» могут оказаться дискриминационными и нарушать ст. 28. Наглядным примером служит решение Суда ЕС по делу C-254/98 *Heimdienst* (2000). В этом деле австрийские законы позволяли розничным торговцам продавать пищевые продукты в автофургонах в каком-либо регионе, чтобы охватить как можно большее число потребителей. Однако разрешение давалось при условии наличия у торговцев постоянной торговой точки (магазина) в данном регионе. Суд ЕС квалифицировал эту меру как «определенный способ продаж», поскольку она отвечала территориальному критерию и одинаково применялась к иностранным и отечественным участникам торгового оборота с юридической точки зрения. Однако ее фактические последствия для иностранных участников рынка были более обременительны, чем для местных, так как они были вынуждены покупать магазин в данной местности. Это увеличивало их накладные расходы прежде, чем они начнут продавать свои товары непосредственно потребителям региона. Поскольку местные участники торгового оборота получали конкурентные преимущества по сравнению с иностранными, Суд ЕС признал данный австрийский закон дискриминационным, хотя и квалифицировал его отвечающим понятию «определенные способы продаж». Закон нарушал ст. 28 и требовал объективного оправдания путем обращения к ст. 30 или к «императивным требованиям».

Этот пример показывает, что с течением времени акцент в оценке критериев, сформулированных Судом ЕС в «формуле КЕК», сместились. Ныне решающую роль играет принцип доступа к рынку. Другими словами, только если нормы национального законодательства, которым подлежат «определенные способы продаж», не препятствуют доступу к рынку товаров из других государств — членов юридически и фактически, они полностью отвечают критериям «формулы КЕК» и исключаются из-под действия запретов ст. 28. Это имеет место, когда соответствующий товар лишь после успешного попадания на рынок государства — члена (импортера) подлежит действию его национальных норм о маркетинге. Практика Суда ЕС в этом плане обширна³⁷. Как правило, она затрагивает нормы национальных законодательств, ограничивающих тем или иным образом продажи импортных товаров, уже поступивших на внутренний рынок, но не затрагивающих торговлю между государствами — членами. Это положение хорошо иллюстрирует пример итальянского законодательства, разрешавшего розничную продажу табачных изделий только тем торговым фирмам, которые получили специальное разрешение от соответствующего уполномоченного государственного органа³⁸.

Таким образом, введя своим решением по делу «КЕК» понятие «определенные способы продаж», Суд ЕС признал, что в ряде случаев национальное регулирование не наносит в целом ущерба экономике в целом и широкому выбору потребителей в интегрированном рынке. Потому оно не подлежит запретам ст. 28. Если оценивать роль ст. 28, опираясь на практику Суда ЕС, то она предназначена скорее для либерализации трансграничной торговли между государствами — членами, нежели для стимулирования беспрепятственной торговли в самих государствах — членах.

³⁷ См., напр.: C-401, 402/92 *Voermans* (1994); C-391/92 *Infant milk* (1995). «Формула КЕК» распространялась и на рекламу, которую после решения по делу C-292/92 *Hunermund* (1993) стали рассматривать, как элемент «определенных способов продаж».

³⁸ См.: C-387/93 *Banchemo* (1995). Согласно решению Суда ЕС по данному делу, нормы национального законодательства, подобного итальянскому, которые хотя и ограничивают число розничных торговцев табачными изделиями специальным разрешением, но при этом не препятствуют доступу на местный рынок изделий из других государств — членов или, по крайней мере, не делают его более затруднительным, чем для местных изделий, не подпадают под действие запретов ст. 28 (ex 30).

Фактически своим решением «КЕК» Суд ЕС попытался найти «золотую середину» между регулированием свободы движения товаров на уровне Сообщества и национальным регулированием государств — членов. Такой «золотой серединой» призван, по-видимому, служить критерий «доступа к рынку», который в отсутствие гармонизирующих актов вторичного права ЕС ограничивает сферу вмешательства Сообщества в национальное законодательство государств — членов.

Регулирующий механизм ст. 28 прошел длинный путь от «безразмерной» «формулы Дассонвилль» до существенных ограничений в пользу национального законодательства государств — членов в формуле «Cassis de Dijon» и особенно в «формуле КЕК». Широкая формулировка Суда ЕС в решении по делу «Dassonville», направленная на устранение любых препятствий трансграничной торговле между государствами — членами, частично уступила место более узкой — «устранение дискриминации». Появление таких критериев как «императивные требования» («Cassis de Dijon») и «определенные методы продаж» («Keck et Mithouard»), равно как и компетенция национальных судов в вопросах «пропорциональности», значительно увеличили сферу усмотрения государств — членов. При этом произошла дальнейшая дифференциация, в частности, «определенных способов продаж» на недискриминационные и дискриминационные. Это значительно сблизило нормы национальных законодательств государств — членов, касающихся «определенных способов продаж», с нормами, регулирующими требования к самим товарам. Разница лишь в том, что последние изначально считаются противоречащими ст. 28, а применение первых может быть оправдано их соответствием изъятиям ст. 30 или «императивным требованиям» (всеобщего блага) («Cassis de Dijon»). Недискриминационные «определенные способы продаж» должны отвечать критерию «свободного доступа к рынку», который стал основным юридическим инструментом стимулирования трансграничной торговли между государствами — членами в том, что касается устранения нетарифных барьеров импорту.

Т.Н. Трошкина

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

Практика нетарифного регулирувания в США: развитие организационно- правовых основ

Ценность изучения американского опыта организации и функционировании механизма нетарифного регулирования внешней торговли напрямую связана с ролью, которую США играют в мировой торговле и современных международных отношениях, а также с тем местом, которое США занимают среди государств — основных внешнеторговых партнеров Российской Федерации.

Все послевоенные годы администрация США выступала в качестве лидера процесса либерализации международной торговли. В результате этих усилий американская экономика к началу XXI века стала одной из самых открытых в мире, уступая лишь таким ориентированным на экспорт небольшим государствам, как Сингапур, Ирландия и др. Средний уровень ставок таможенной пошлины для всех товаров (как облагаемых, так и не облагаемых таможенной пошлиной) составляет около 1,4% от заявленной стоимости.

Выгоды свободной торговли для Америки сводятся не только к созданию дополнительных рабочих мест в результате развития экспортных производств. Они позволяют закупать по конкурентоспособным ценам товары, произведенные за рубежом (в том числе инвестиционную продукцию). Открытая экономика, отмечается в одном из экономических отчетов Администрации Президента США, дает существенные выгоды потребителям товаров и услуг, стимулирует конкуренцию на внутреннем рынке и способствует снижению цен на товары, значительная часть которых импортируется из-за рубежа. Так, за 1997—2004 гг. цены на радиоаппаратуру снизились в среднем на 26%, на телевизоры — на 51%, на одежду — на 9%. Вместе с тем внутренние цены на многие продовольственные товары, которые США не импортируют (молоко, масло, сахар и др.), выросли за тот же период на 9—28%¹.

Следует заметить, что мировой финансовый и экономический кризис 2008—2009 гг. вносит определенные коррективы в официальную торговую доктрину США, «вкрапляя» в нее элементы «вынужденного протекционизма». Однако коренному пересмотру официальная торговая политика пока подвергнута не была.

Официальная торговая политика США (политика *de jure*) по целому ряду направлений может существенно отличаться от реальных проявлений внешнеторгового курса администрации США (политики *de facto*). Продолжая оставаться активным поборником снятия всех барьеров на пути развития международной торговли,

¹ Там же. С. 47.

США в последние десятилетия не раз выступали с протекционистских позиций, отстаивая идею сохранения мощных протекционистских барьеров во внешней торговле США. «Многие считают, что США всегда защищали систему свободной торговли. Это верно, если иметь в виду внутренний рынок. Отношение к внешней торговле было иным [...]. США на протяжении почти трех четвертей периода своего существования были протекционистской страной с высокими таможенными тарифами. Единственными периодами относительно низких протекционистских барьеров было время накануне Гражданской войны и после каждой из мировых войн», — замечают Дж.К. Грейсон и К. О'Делл².

Основу американского протекционизма заложил еще первый министр финансов США А. Гамильтон. Он считал, что если страна не может производить какой-либо товар с меньшими по сравнению с конкурентом издержками, она может наладить его производство, воздвигнув защитный барьер из таможенных тарифов и квот³. Протекционистские тенденции нарастали в американской внешнеторговой политике вплоть до 1930-х гг.

С принятием Закона 1934 г. о взаимности в торговых соглашениях Правительством США был взят курс на либерализацию внешней торговли. Политика либерализации получила новый импульс, когда США начали активно интегрироваться в мировую экономику и международные экономические отношения через участие в деятельности ГАТТ и ОЭСР. США становятся одним из самых активных участников многосторонних торговых переговоров в рамках ГАТТ/ВТО. Ряд торговых соглашений, существенно ослабивших протекционистский вектор внешнеторговой политики США, был подписан на региональном (многостороннем) и двустороннем уровнях. С 1 января 1994 г. действует соглашение о свободной торговле с Мексикой и Канадой (НАФТА). Ведутся переговоры о создании зоны свободной торговли со странами Центральной Америки (КАФТА). Идут переговоры США с Южноафриканским таможенным союзом (Ботсвана, Лесото, Намибия, ЮАР, Свазиленд). На двустороннем уровне действуют соглашения с Израилем (с 22 апреля 1985 г.), Иорданией (17 декабря 2001 г.), Сингапуром (1 января 2004 г.), Чили (1 января 2004 г.); идут переговоры о заключении таких соглашений с Австралией, Бахрейном, Марокко, Таиландом.

Курс на либерализацию американской внешнеторговой политики проявил себя, прежде всего, в снижении уровня таможенно-тарифной защиты. Так, с 1950 по 1990 гг. средневзвешенная ставка таможенной пошлины уменьшилась почти вдвое — с 5,9% до 2,7 %⁴.

Исследуя проблему ослабления тарифной защиты американского рынка, Н.Н. Ливенцев отмечал, что за послевоенный период тарифная защита в той мере, в какой она может быть охарактеризована средним уровнем таможенных пошлин на импорт США, облагаемый пошлинами, существенно понизилась вследствие одно-временного действия сразу нескольких факторов:

² Грейсон Дж.К., О'Делл Карла. Американский менеджмент на пороге XXI века (пер. с англ.). М., 1991. Цит. по: Всемирная торговая организация и национальные экономические интересы. М., 2003. С. 23.

³ Дмитриев С.С. Торговая политика США // Всемирная торговая организация и национальные экономические интересы. С. 24.

⁴ Kenneth H. Kelly, Morris E. Morkre. Quantifying causes of injury to U.S. industries competing with unfairly traded imports: 1989 to 1994. Bureau of Economics Federal Trade Commission. 2002. December. [http://www.ftc.gov/bc/international/docs/compcomm/quantifying causes of injury.pdf](http://www.ftc.gov/bc/international/docs/compcomm/quantifying%20causes%20of%20injury.pdf)

- уступки в рамках двусторонних торговых соглашений, заключенных после принятия в 1934 г. Закона «О торговых соглашениях на основе взаимности»;
- уступки в ходе многосторонних торговых переговоров в рамках ГАТТ;
- влияние инфляции на уровень специфических пошлин, удельный вес которых в таможенном тарифе США остается значительным⁵.

В 2000 г. средний уровень таможенного обложения импортируемых товаров в адвалорном эквиваленте⁶ составлял в США 5,7 против 6,9 в ЕС и 6,5 в Японии⁷. В конце 2002 г. США предложили в рамках нового раунда многосторонних переговоров ВТО обеспечить полное устранение всех тарифов на потребительские и промышленные товары к 2015 г. Это могло бы привести (по оценке Администрации США) к беспошлинной торговле в отношении 91% всего мирового товарооборота. Оставшиеся 9% также могли бы стать объектом значительной либерализации⁸.

Столь значительное ослабление таможенных тарифов в США в послевоенный период компенсировалось расширением практики применения нетарифного регулирования.

Н.В. Комарова в своем диссертационном исследовании, посвященном государственному регулированию внешней торговли США, отмечает, что с середины 1970-х гг. вновь возрастает роль нетарифных барьеров — административных и финансово-кредитных рычагов торговой политики. Широкое применение нетарифных барьеров свидетельствует о том, что в международной торговле происходит «подрыв рыночных конкурентных основ и растет внеэкономический диктат»⁹.

Относительное увеличение значимости средств нетарифного регулирования в современном торгово-политическом арсенале США происходило в большинстве случаев параллельно другому процессу — значительному снижению эффективности таможенных пошлин как регулятора внешнеторговой деятельности и снижению их абсолютного уровня.

Одной из причин, приведших к «закату» тарифного протекционизма в США, стало существенное изменение товарной структуры внешней торговли. Н.Н. Ливенцев отмечал, что рост удельного веса наукоемких товаров, важнейшей характеристикой которых являются их технико-экономические показатели (цена и, следовательно, таможенная пошлина отступают на второй план), использование национальных патентов за границей, обострение кризиса валютной сферы и связанные с ним частые девальвации валют (которые оказываются достаточно эффективным средством повышения конкурентоспособности экспортных товаров и преодоления высоких таможенных барьеров) — все эти обстоятельства привели к тому, что в настоящее время таможенные пошлины утратили свое былое значение¹⁰.

Следует отметить, что механизм государственного регулирования внешней торговли в США в последние годы не раз становился предметом детального исследо-

⁵ Ливенцев Н.Н. Современный механизм государственно-монополистического регулирования внешней торговли США на современном этапе. М., 1979. С. 11.

⁶ Таможенные пошлины в процентах от стоимости импортируемых товаров.

⁷ Емельянов А.В. Роль наукоемкой продукции во внешней торговле США. М., 2006. С. 60.

⁸ Там же.

⁹ Комарова Н.В. Государственно-монополистическое регулирование внешней торговли (на материалах США): Автореф. дис. ... канд. эконом. наук. Л., 1985. С. 14.

¹⁰ Ливенцев Н.Н. Проблемы государственно-монополистического регулирования внешней торговли США на современном этапе: Автореф. дис. ... докт. экон. наук. М., 1980. С. 30—32.

вания российских экономистов¹¹. Однако работы, посвященные американской системе нетарифного регулирования внешней торговли, практически отсутствуют¹².

Современная внешнеторговая политика США отчетливо демонстрирует сочетание двух тенденций в практике регулирования международной торговли: с одной стороны, обозначился курс на либерализацию международной торговли, постепенное и устойчивое снижение уровня таможенно-тарифной защиты; с другой, на фоне либерализации международной торговли происходит усиление воздействия на нее со стороны государства. Вторая тенденция связана со значительным расширением форм и способов нетарифного регулирования. В начале XXI в. под действие нетарифных мер попало 16,8% товаров, импортируемых США. Этот показатель в США выше, чем в Японии (10,7%) и несколько уступает аналогичному показателю в ЕС (19,1%)¹³.

Значение нетарифного регулирования определяется не только объемом внешне-торговых поставок, подпадающих под действие нетарифных инструментов торговой политики. Будучи менее открытыми, чем таможенные пошлины, нетарифные барьеры предоставляют администрации больше возможностей действовать по собственному усмотрению, что создает значительную неопределенность во внешнеторговой сфере, увеличивают степень ее коррупциогенности и ухудшают инвестиционный климат в государстве.

Тот факт, что основной акцент в политике защиты национального производителя от иностранной конкуренции перенесен с таможенных тарифов на нетарифные меры, неизбежно приводит к изменению сущности самого нетарифного регулирования. Оно превращается из законного (т.е. предусмотренного положениями ГАТТ/ВТО) средства защиты национальных производителей от недобросовестной конкуренции в труднопроходимые барьеры на пути развития международной торговли.

Этому во многом способствует широкая практика применения инструментов скрытого протекционизма, с которыми очень трудно бороться на практике. Одним из таких инструментов, вызывающих справедливую критику со стороны торговых партнеров США и демонстрирующих «двойные подходы» в вопросах о безопасности

¹¹ Курьеров В.Г. Внешнеторговая стратегия США. М., 1980; Его же. Проблемы и задачи внешнеторговой политики России в свете мировых тенденций и американского опыта регулирования внешней торговли. М., 1999; Ливенцев Н.Н. Современный механизм государственно-монополистического регулирования внешней торговли в США. М., 1979; Терехов А.Б. Свобода торговли: анализ зарубежного опыта. М., 1991; Дмитриев С.С. Торговая политика США // Всемирная торговая организация и национальные экономические интересы; Парканский А.Б. Внешнеэкономические связи в хозяйственной стратегии государства // Американское государство накануне XXI века: Стратегия и тактика в экономике. М., 1990; Шершнев Е.С. США: таможенный протекционизм. М., 1970; Внешнеэкономическая политика США: проблемы и противоречия. М., 1982; США в 2000 году. М., 2001; Емельянов Е.В. США: наука и внешнеэкономическая экспансия. М., 2008; Комарова Н.В. Государственно-монополистическое регулирование внешней торговли (на материалах США): Автореф. дис. ... канд. эконом. наук. Л., 1985; Чебанов С.В. Роль буржуазного государства в регулировании внешнеэкономических связей (на примере США): Автореф. дис. ... канд. эконом. наук. М., 1981 и др.

¹² При этом встречаются научные статьи, диссертации и иные исследования, в которых авторы рассматривают отдельные инструменты нетарифного регулирования в США. Например: Дюмулен И.И. Современный протекционизм США и других развитых капиталистических государств: Автореф. дис. ... докт. экон. наук. М., 1982; Зименков Р.И. Антидемпинговая политика США // США, Канада: экономика, политика, культура. — 2004. — № 11; Зименков Р.И., Соколова Е.Н. Государственное регулирование экспорта вооружений в США // Российский внешнеэкономический вестник. — 2007. — № 9; Шепенко Р.А. Правовая природа и практика применения антидемпинговых пошлин в России, ЕС и США: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998 и др.

¹³ Экономика и управление в зарубежных странах. Информационный бюллетень. — 2005. — № 2. — С. 45.

потребителя, являются, например, санитарные правила. «Шедевром американского протекционизма, — пишет обозреватель французского журнала *«Le monde diplomatique»*, — вне сомнения, являются санитарные правила... Эти строгие правила разрешают ввоз определенных товаров лишь после дорогостоящей обработки... Зато продукты, запрещенные к продаже в США, преспокойно экспортируются за рубеж»¹⁴.

Поддержание эффективного уровня защиты национального производителя с помощью нетарифных мер регулирования внешней торговли сопровождается модификацией внешнеторгового курса США. В коллективной монографии «США в 2000 году», подготовленной в Институте США и Канады РАН, отмечается, что США переживают в настоящее время период определенного разочарования ходом и результатами процессов либерализации: «Среди некоторой части американского общества наблюдаются признаки оживления популярности идей и настроений, носящих протекционистский и даже изоляционистский привкус, если пользоваться принятой «биполярной» терминологией»¹⁵. Доктрина свободной торговли постепенно трансформируется в доктрину «регулируемой торговли» (*menaged trade*), к которой плохо применимы определения «свободная торговля — протекционизм». Можно сказать, что речь идет о «третьем пути», окончательно еще не сформировавшемся, но уже ставшем реальностью. В Западной Европе о нем заговорили в 1970-х гг. В США на официальном уровне его теоретически отвергают, однако активно используют на практике¹⁶.

Применение инструментов нетарифного регулирования в США регулируется на международном (наднациональном) и национальном уровнях.

Двусторонние и многосторонние торговые соглашения на протяжении ряда десятилетий остаются эффективными инструментами торговой политики США. Начиная с Закона 1934 г. «О взаимных торговых соглашениях» (*Reciprocal Trade Agreements Act*), Конгресс США неоднократно принимал законы, которые наделяли Президента США правом заключать двусторонние и многосторонние торговые соглашения, снижающие американские торговые барьеры на взаимной основе. Взаимность означает, что шаги по либерализации торговли США предпринимают только в случае принятия аналогичных мер в странах — контрагентах.

Для уяснения реального механизма нормативного регулирования торговой политики (в том числе в части применения нетарифных инструментов) необходимо учесть важную особенность правовой и судебной системы США, состоящую в выделении двух основных типов международных актов — международного договора *treaty* и исполнительного соглашения *executive agreement*. Верховный Суд США признал, что международный договор (*treaty*), подписываемый Президентом с согласия и одобрения Конгресса, не должен противоречить Конституции США. При этом норма международного договора действует наравне с нормой внутреннего законодательства и в случае столкновения международной и национальной (внутригосударственной) норм преимущественно будет пользоваться, как правило, норма, принятая позже¹⁷.

¹⁴ *Le monde diplomatique*. 1982, 1^{er} février. Цит. по: Сабельников Л. В. Война без перемирия: формы и методы экономической агрессии. М., 1983. С. 228.

¹⁵ США в 2000 году. С. 219.

¹⁶ Там же. С. 219.

¹⁷ В России и большинстве других стран, в том числе, в государствах ЕС, действует принцип примата (приоритета) международной нормы, которая в случае коллизии с нормами национального законодательства будет иметь преимущественную юридическую силу. В этом смысле вопросы соотношения международного и национального регулирования в США, с одной стороны, России и государствах ЕС, с другой, решаются по-разному.

В отличие от международного договора (treaty), исполнительное соглашение (executive agreement) подписывается Президентом без рассмотрения в Конгрессе, что отражается на статусе такого международного акта — он не может превалировать над внутренним законом; противоречие между нормами международного акта и национального законодательства в этом случае решается в пользу внутреннего закона США.

Эта, на первый взгляд юридико-техническая проблема, приводит к выводу, важному для осмысления функционирования механизма нетарифного регулирования внешней торговли в США. Международные акты, регулирующие нетарифный блок внешнеторгового регулирования, несмотря на их универсализм, особую роль в эпоху глобализма, очевидный международный и дипломатический авторитеты, уступают по своей юридической силе соответствующим нормам внутреннего законодательства.

Международный блок источников нетарифного регулирования включает в себя универсальные торговые договоры, в которых участвуют США: Генеральное соглашение по тарифам и торговле (ГАТТ) 1947 г., Марракешское соглашение о создании Всемирной Торговой Организации (ВТО) 1994 г., принятые в рамках ГАТТ/ВТО соглашения: по защитным мерам, по субсидиям и компенсационным мерам, по процедурам импортного лицензирования, по техническим барьерам в торговле, по применению санитарных и фитосанитарных мер и др.

США были инициаторами заключения в рамках ГАТТ/ВТО так называемых соглашений, допускающих ограниченное членство (*plurilateral trade agreements*). Особенность таких соглашений состоит в том, что преимущества, предусмотренные ими, вопреки принципу наибольшего благоприятствования, не распространяются на прочие страны — члены ВТО. Еще в 1979 г. было заключено Соглашение по торговле гражданскими летательными аппаратами, которое подписали более 20 государств, включая США. Впоследствии подобная практика была закреплена в Приложении 4 к Соглашению о ВТО. Таким образом, формируется привилегированный круг стран, закрепивших фактическое обладание особым статусом в сфере международной торговли.

Немаловажную роль в нормативном механизме торговой политики США играют многосторонние международные договоры, заключенные в рамках региональных интеграционных процессов (Североамериканская зона свободной торговли — НАФТА, Соглашение о свободной торговле между Доминиканской Республикой, Центральной Америкой и США 2004 г. — CAFTA-DR и др.), в которых содержатся отдельные положения, регулирующие вопросы применения нетарифных инструментов¹⁸.

Существенной особенностью современной внешнеторговой политики США, в том числе в сфере нетарифного регулирования, является заметное усиление двусторонних механизмов внешнеторгового регулирования в ущерб многосторонним механизмам. Как считает известный американский экономист, сотрудник Гарвардского университета Р. Вернон, в последние годы в своей внешнеторговой политике американское правительство делает упор на двусторонние соглашения, сочетая их с угрозами введения дискриминационных мер. Правительство США считает, что «выборочные угрозы могут обеспечить лучшие условия для свободной торговли, чем многосторонние торговые переговоры или торговые законы общего применения»¹⁹.

¹⁸ О региональных и двусторонних торговых соглашениях США см. подробнее на официальном сайте Торгового представителя США: http://www.ustr.gov/Trade_Agreements/Section_Index.html

¹⁹ Vernon R., Spar D. Beyond globalism: Remaking Amer. Foreign econ. policy. N.Y. — L., 1989. P. 67.

Для характеристики международно-правовых основ нетарифного регулирования международной торговли в США уместно привести еще одну цитату из книги Р. Вернона и Д. Спара «За пределами глобализма: пересмотр американской внешнеторговой политики». Практика заключения большого количества двусторонних торговых соглашений приводит к тому, что многократно усиливается влияние отраслевого лобби на формирование торговой политики США. Обозначая данную тенденцию, авторы монографии приходят к весьма категоричному выводу: «Создается впечатление, что американское правительство потеряло контроль над национальной торговой политикой, определяемой в настоящее время группами интересов»²⁰.

Переходя к характеристике национального (внутригосударственного) механизма регулирования нетарифных инструментов, отметим, что его функционирование предопределяется конституционным принципом — Конгрессу предоставляются исключительные полномочия регулировать ограничения экспорта и импорта. Конгресс, в свою очередь, может делегировать эти полномочия Президенту, четко определяя порядок и условия его действий по применению мер таможенно-тарифного и нетарифного регулирования.

В соответствии с Конституцией США, вопросы внешней торговли относятся к компетенции федерации. В статье I (раздел 8) Конгресс наделяется правом регулировать торговлю с иностранными государствами. Соответствующие полномочия Конгресс реализует через принятие законов, которые будут необходимы для осуществления всех установленных полномочий Конгресса.

Законодательные предписания, регулирующие вопросы применения нетарифных мер в США, рассредоточены по многочисленным актам. Единого закона, в котором устанавливался бы порядок нетарифного регулирования внешнеторговой деятельности, в США не существует. Предписания, прямо или опосредованно связанные с практикой нетарифного регулирования, содержатся в различных законодательных актах, регулирующих общие вопросы торговой политики: в Законе о расширении торговли 1962 г. (The Trade Expansion Act), законах о торговле 1974, 1979 и 2002 гг., Законе о торговле и конкурентоспособности 1988 г. (Omnibus Trade and Competitiveness Act) и др.

Применение отдельных нетарифных инструментов регулируется собственными «профильными» законами. Например, положения об использовании стандартов в качестве нетарифных барьеров содержатся в десятках различных законодательных актов, касающихся вопросов безопасности использования потребительских товаров, контроля за продовольствием, фармацевтической и косметической продукцией, различными веществами, отнесенными к категории опасных, организации радиационного контроля, импорта отдельных продуктов питания, маркировки отдельных товаров и т. д.²¹ Нормы, регулирующие отношения, возникающие в связи с применением нетарифных инструментов, содержатся даже в законодательных актах, принятых специально для регулирования антипода нетарифных барьеров — таможенного тарифа. Так, практически во всех американских законах о тарифах (1894, 1930) содержались нормы антидемпингового регулирования.

²⁰ Там же.

²¹ Consumer Product Safety Act, The Food, Drug and Cosmetics Act, The Federal Hazardous Substances Act, The Flammable Fabric Act, The Toxic Substances Control Act, The Clean Air Act, Import Milk Act, Plant Quarantine Act, The Federal Cigarette Labeling and Advertising Act, Radiation Control for Health and Safety Act etc.

На национальном (внутригосударственном) уровне, наряду с законодательными актами, регулирование отношений по применению нетарифных инструментов осуществляется также посредством подзаконных актов, принимаемых президентом и иными органами исполнительной власти.

В связи с этим следует охарактеризовать организационную основу нетарифного регулирования в США.

Ввиду повышения важности, сложности и остроты внешнеторговых проблем в конце XX в. существенно усилилось внимание к вопросам регулирования в этой сфере в высших эшелонах государственной власти США. Для рассмотрения вопросов торговой политики в ведущих комиссиях Конгресса (по финансам, по банковской деятельности, по международным отношениям, по торговле и др.) выделены специализированные подкомиссии. Специализированные органы появляются даже в системе судебных органов (Суд США по делам международной торговли, Налоговый суд США).

Что касается органов исполнительной власти, то здесь компетенция в сфере торговой политики распределена между еще большим числом государственных органов. Это дает основание исследователям государственного механизма внешнеторговой деятельности в США отмечать, что «множественность органов, дробность и перекрещивание их функций, нечеткость разделения сфер полномочий, отсутствие налаженной системы координации — все это является организационными причинами слабой эффективности мероприятий правительства США по регулированию внешнеэкономических отношений»²².

В исполнительном управлении при Президенте США вопросами нетарифного регулирования и иных элементов торговой политики занимаются Экономический совет при Президенте, Национальный экономический совет, Совет национальной безопасности, аппарат Торгового представителя США.

Вопросы нетарифного регулирования относятся к компетенции Госдепартамента (Управление международного развития, Бюро по делам международных организаций, Бюро по делам экономики и бизнеса), Министерства торговли, Министерства финансов, в подчинении которого находится Таможенная служба. В отдельных случаях (прежде всего в связи с осуществлением экспортного контроля) в механизм нетарифного регулирования включается Министерство обороны. Вопросами применения нетарифных мер в торговле сельскохозяйственными и продовольственными товарами занимается Министерство сельского хозяйства.

Ключевые позиции в организационной структуре нетарифного регулирования занимает Комиссия по международной торговле США (U.S. International Trade Commission), которая в системе публичной администрации США относится к «независимым федеральным агентствам». Комиссия по международной торговле была создана в 1974 г. в результате реорганизации Комиссии по тарифам, произведенной в соответствии с предписаниями Закона о торговле 1974 г. Члены Комиссии избираются Конгрессом на срок девять лет без права повторного переизбрания. Такой порядок формирования Комиссии обеспечивает известную самостоятельность этого федерального независимого агентства от президентской власти и какой-либо политической партии.

Комиссия по международной торговле наделена правом начать расследование в случае использования импортером недобросовестной конкуренции, если такая деятельность наносит или может нанести ущерб промышленности США. Комиссия

²² Чебанов С.В. Указ. соч. С. 26.

также изучает положение, складывающееся на внутреннем американском рынке в случае чрезмерного импорта определенного товара, и представляет Президенту свои рекомендации по исправлению сложившейся ситуации²³. Совместно с Министерством торговли Комиссия рассматривает дела о применении антидемпинговых и компенсационных пошлин.

Комиссия по международной торговле — весьма специфический орган публичной администрации США, выступающий в различных ипостасях в зависимости от реализуемых полномочий. Когда Комиссия организует расследования в виде судебных слушаний по делу с привлечением заинтересованных сторон, она выступает в роли квазисудебной инстанции. Принимая решение о запрете импорта в случае причинения ущерба промышленности США или угрозы его причинения, Комиссия выступает как административный орган.

Принятие решение по вопросам нетарифного регулирования перечисленными органами в ряде случаев предполагает проведение различного рода консультаций и согласований — с Национальным бюро стандартов (National Bureau of Standards), Агентством по содействию развитию малого бизнеса (Minority Business Development Agency) и др.

В последнее время усиливается роль межведомственной координации при принятии решения по вопросам таможенно-тарифного и нетарифного регулирования. Для этого, в частности, был создан Консультативный комитет по торговой политике и переговорам (Advisory Committee on Trade Policy and Negotiations, АСТРН) — совещательный орган при Президенте США под председательством Торгового представителя США. Его состав постоянного расширяется и включает Госсекретаря, министров финансов, торговли, обороны, сельского хозяйства, внутренних дел, юстиции, помощника Президента по экономическим вопросам. В сферу ведения Консультативного комитета входят вопросы подготовки рекомендаций для Президента по заключению торговых соглашений, защиты от иностранной конкуренции на американском рынке, торговли энергоносителями и сырьем²⁴.

Переходя к характеристике собственно нетарифных мер, отметим, что для США характерны все основные тенденции современного нетарифного регулирования международной торговли, в том числе тенденция разрастания нетарифного инструментария, появления новых способов и приемов регулирования внешне-торговой деятельности. Среди экономических инструментов нетарифного блока следует прежде всего выделить антидемпинговые, компенсационные и специальные пошлины.

Резкая активизация в последние годы использования Правительством США антидемпинговых и компенсационных мер стало настоящим бедствием для торговых партнеров США. На рубеже XX—XXI вв. на долю США приходилось более трети антидемпинговых мер, действовавших во всех странах — членах ВТО (326 из 1011), и почти две трети компенсационных мер (60 из 100)²⁵. Дело не только в количестве таких мер, но и в их значимости — с их помощью США удалось поставить под свой контроль поставки целого ряда важных товарных позиций (стальной прокат, древесина и т. д.).

²³ Президент может не согласиться с выводами Комиссии по международной торговле и не принять ее рекомендаций, однако в этом случае он обязан обосновать свою позицию в обеих палатах конгресса.

²⁴ Подробнее см.: Внешнеэкономическая политика США: проблемы и противоречия. С. 119.

²⁵ Государственная экономическая политика США: современные тенденции. М., 2002. С. 272.

США надежно занимают лидирующую позицию среди стран, активно использующие законные (разрешенные ГАТТ/ВТО) торговые ограничения — антидемпинговые, компенсационные и специальные меры защиты. К этому стоит добавить также дозволенный «аграрный протекционизм», который в соответствии с решениями Уругвайского раунда, должен быть существенно ограничен. Однако на практике он только усилился, судя по государственным расходам на поддержку сельского хозяйства в США. Аналитики отмечают: «По иронии судьбы по мере того, как мировая торговля стараниями ВТО становится все более либеральной, использование законных мер торговой протекции приобретает все больший размах»²⁶.

Антидемпинговая пошлина является одной из наиболее распространенных нетарифных мер, отличающихся вместе с тем весьма высокой эффективностью применения, о чем можно судить, например, по следующим данным. В 1995—2002 гг. по числу инициированных антидемпинговых расследований и принятых окончательных антидемпинговых мер, США занимали второе место в мире, уступая лишь Индии. В этот период основными объектами антидемпинговых процедур были товары из Китая (14,4% всех антидемпинговых расследований и 16,7% окончательных антидемпинговых мер), Японии (8,9% расследований, инициированных США, и 9,4% антидемпинговых пошлин), Республики Корея (6,8% и 5,7% соответственно), из Германии, Индонезии, ЮАР, Индии, Канады, Мексики и России, доля которых в общем числе антидемпинговых процедур США составляла от 3 до 4%²⁷.

По данным ряда исследований, объем экспорта товаров в США через три года после введения антидемпинговых мер сокращается в среднем на 50–70%, а цена импортного товара на американском рынке увеличивается примерно на 30%. Отмечались случаи, когда эффект был еще сильнее. Так, импорт Соединенными Штатами из Аргентины катанки из углеродистой стали сократился после введения пошлины с 68,3 тыс. т. в 1983 г. до 2,7 тыс. т. в 1997 г., т.е. на 96%. После введения антидемпинговой пошлины на поставки аспирина из Турции его экспорт в США через год снизился на 85%, а через три года полностью прекратился²⁸.

Анализ «отраслевой принадлежности» антидемпинговых процедур показывает, что они сконцентрированы в нескольких отраслях, традиционно защищаемых от иностранной конкуренции во многих странах. Большинство инициированных антидемпинговых расследований приходится на продукцию черной металлургии — 65%, химической промышленности — 8,9%, изделия из пластмасс — 6,8%, машины и оборудование — 4,8%²⁹.

В настоящее время применение антидемпинговых мер в США регулируется положениями главы 7 Закона «О тарифах» (Tariff Act) 1930³⁰, в которую внесены изменения и дополнения в соответствии с законами «О внешнеторговых соглашениях» (The Trade Agreements Act) 1979³¹ и «О соглашениях Уругвайского раунда» (The Uruguay Round Agreement Act) 1994³².

²⁶ Там же. С. 273.

²⁷ Anti-Dumping and Countervailing Procedures. Use or Abuse? Implications for Developing Countries. UNCTAD. 2003. P. 1—54. Цит. по: Экономика и управление в зарубежных странах. С. 49—50.

²⁸ Там же. С. 47—48.

²⁹ Там же. С. 51.

³⁰ Pub. L № 71—61, ch. 497, tit. III, § 337, 46 Stat 703.

³¹ 19 U.S.C. § 1671-1671h (применение компенсационных мер); 19 U.S.C. § 1673-1673h (применение антидемпинговых мер).

³² Pub. L № 103-465, §220, 1994 USCAN (108 Stat) 4809 (1994) (codified at 19 U.S.C. § 1675 (c) (1)).

Антидемпинговыми пошлинами облагается импорт товаров, которые реализуются на территории США по цене ниже «справедливой рыночной цены». Для установления факта продажи товара по цене ниже справедливой (*fair value*) такую «справедливую цену» сравнивают с «американской ценой» (*US price*). В таком качестве может выступать (в зависимости от условия поставки товара в США) как *покупная цена* (*purchase price*), т.е. цена, по которой товар куплен для экспорта в США за счет импортера до даты импорта, так и *цена продажи* экспортера (*exporter's sales price*) — цена, по которой товар был продан в США после его импорта экспортером или за его счет. В обоих случаях из их базовой цены делаются соответствующие вычеты (расходы на упаковку, оплата пошлин и т.д.).

«Справедливой ценой» считается:

- цена *нетто франко-завод* в стране экспортера, по которой товар предлагается внутренним покупателям (эта цена сравнивается с «американской ценой», приведенной к тому же базису, т.е. нетто франко-завод в стране экспортера);

- цена, по которой осуществляются поставки экспортером товара в третьи страны (эта цена используется, если данный товар на внутренний рынок страны — экспортера не поставляется или поставляется в незначительных количествах — менее 5% экспортных продаж);

- «*воссозданная цена*» (*constructed value*), составными частями которой являются стоимость материалов, рабочей силы и изготовления, общие расходы (упаковка, маркировка и т.д.), а также расходы, связанные с отгрузкой товара в США («воссозданная» таким образом цена используется, если данный товар не поставляется в третьи страны, а поставляется только в США). Данный метод используется, как правило, в отношении импорта из стран с государственно регулируемой экономикой.

Для принятия решения о введении антидемпинговых мер недостаточно установить только факт демпинга, надо также определить ущерб, вызванный продажей товара по демпинговым ценам. Под *ущербом* понимается либо существенный ущерб, нанесенный федеральному товаропроизводителю, либо угроза причинения существенного ущерба, либо существенное препятствие созданию и (или) расширению федеральным товаропроизводителем производства аналогичного товара.

Принятию решения о введении антидемпинговых мер предшествуют антидемпинговое расследование, начинаемое Министерством торговли США по собственной инициативе либо по обращению заинтересованной стороны, которой могут признаваться американские производители, оптовые торговцы, группы рабочих, торговые союзы и деловые ассоциации. Помимо Министерства торговли, в проведении расследования со стороны государства участвует Комиссия по международной торговле. Изменение состава участников антидемпингового расследования со стороны государства можно проследить с помощью таблицы № 1.

Таблица № 1.

Государственные органы США, участвующие в антидемпинговом регулировании

	Орган, устанавливающий факт демпинга	Орган, определяющий ущерб от демпинга
1921—1954	Министерство финансов	Министерство финансов
1954—1979	Министерство финансов	Комиссия по тарифам [№]
1979—н/в	Министерство торговли	Комиссия по международной торговле

* Комиссия по тарифам в 1974 году была переименована в Комиссию по международной торговле.

Антидемпинговое расследование начинается с подачи петиции в Министерство торговли по поводу факта недобросовестной конкуренции. После получения такой петиции Министерство торговли проверяет обоснованность предположений по факту демпинга. Комиссия по международной торговле в это же время определяет наличие ущерба, нанесенного американской экономике вследствие демпинговых поставок, консультируясь по этому вопросу с Министерством торговли. На Министерство торговли возлагается обязанность выяснить, связан ли такой ущерб непосредственно с продажей товаров по демпинговым ценам. Результаты расследования публикуются в Федеральном регистре.

Антидемпинговое расследование обычно проводится в два этапа — предварительный и заключительный. В соответствии с предписаниями Антидемпингового кодекса ГАТТ расследование завершается в срок не позднее 18 месяцев с момента его инициирования. В силу разделения полномочий между Министерством торговли и Комиссией по международной торговле проводится два взаимосвязанных расследования: одно — в отношении ущерба, другое — в отношении факта демпинга. Целью предварительного расследования является установление факта демпинга и нанесения ущерба или угрозы его нанесения; на заключительном этапе определяются величина демпинговой маржи и размер ущерба. Процедура расследования отличается прозрачностью и принимаемые на каждом этапе решения подлежат опубликованию.

Антидемпинговые процедуры в США имеют существенные отличия от аналогичных процедур в ЕС. Если в США расследование осуществляется двумя органами — Министерством торговли и Комиссией по международной торговле, то в ЕС — только Еврокомиссией. В отличие от ЕС, где действует правило «меньшей пошлины» (размер антидемпинговой пошлины может быть меньше демпинговой маржи, если такой размер пошлины оказывается достаточным для устранения ущерба), в США антидемпинговая пошлина должна обязательно равняться демпинговой марже. Сведения для расследования в ЕС подаются за последние четыре года или пять лет, в США — только за четыре квартала для стран с рыночной экономикой и за два квартала при расследовании поставок из стран с нерыночной экономикой.

После вынесения предварительного положительного решения могут быть введены временные меры, которые в США способны принимать форму долгового обязательства, по которому экспортер обязан предоставить Таможенной службе обеспечение, равное средневзвешенной демпинговой марже. Отметим, что вынесение на этапе предварительного расследования положительного решения в обязательном порядке влечет за собой установление временных антидемпинговых пошлин.

После того как Министерство торговли вынесло в рамках своей компетенции окончательное решение, свое окончательное решение выносит Комиссия по международной торговле. Отрицательное решение влечет прекращение дела без введения антидемпинговых мер (уплаченное ранее обеспечение должно быть в этом случае возвращено); положительное решение — к окончанию расследования и введению антидемпинговых пошлин на все будущие поставки данного товара конкретным поставщиком.

Средний срок действия антидемпинговой пошлины в США составляет девять лет (для сравнения: более 90% всех антидемпинговых пошлин в мире вводятся на пять лет)³³.

Окончание читайте в следующем номере

³³ Экономика и управление в зарубежных странах. С. 50.

М.С. Арсанукаева

*Профессор Российского
университета кооперации,
докторант — соискатель
Московской государственной
юридической академии,
кандидат экономических наук*

Обычное право чеченцев и ингушей (XIX — нач. XX вв.)

Обычное право всегда вызывало большой научный интерес и активную дискуссию в среде широкого круга исследователей: юристов, историков, этнографов и социологов. Однако, несмотря на то внимание к данной теме, которое проявляют современные ученые, в частности, историки права, выработать единый подход к изучению правовых обычаев, определить их действительную роль в жизни отдельных народов, в т.ч. и на современном этапе, выявить соотношение обычного, профессионального и позитивного права, на наш взгляд, так и не удалось. Как правило, безусловное признание роли правового обычая как источника права сочетается с попытками умаления или, наоборот, преувеличения его значения в регулировании общественных отношений в отдельные периоды истории.

Повышенный интерес к правовым обычаям, обозначившийся в последние десятилетия, объясняется, во многом, теми событиями, которые произошли и отмечаются в настоящее время в ряде республик Северного Кавказа, свидетельствуя о попытках возрождения некоторых норм шариата и адата (суд, кровная месть, многоженство).

Предметом настоящего исследования является выявление значения норм обычного права в обыденной жизни чеченцев и ингушей и анализ обязательственных отношений. Автор ограничивается временными рамками XIX — начало XX вв., т.к. именно с первых десятилетий XIX в. начинается активный поиск политических средств окончательного присоединения Северного Кавказа к Российской империи. В этот же период предпринимаются попытки распространения на так называемых «мирных» горцев, включая чеченцев и ингушей, российской судебно — правовой системы. Так, в одном из многочисленных проектов покорения кавказских племен прямо указывалось, что для «мирных» горцев необходимо «по мере надобности учреждать местные суды под председательством Русских военных или же Гражданских чиновников по усмотрению здешнего Главного начальства».¹ В 20-х гг. XIX в. по заданию правительства, начинается сбор, систематизация и детальное изучение горских адатов.

Еще в ходе Кавказской войны (1852 г.), кн. М.С. Воронцовым, наместником на Кавказе, в крепости Грозной был учрежден коллегиальный суд «Махкаме Чачани» по образцу действовавших в Кабарде и Осетии. В нем под председательством русского офицера депутаты от «мирных» чеченцев и кадий (духовное лицо) отправляли пра-

¹ Российский государственный военно-исторический архив, ф. 846, оп. 16, д. 6288, л. 319.

восудие по адатам и шариату (семейно-брачные и наследственные дела).² Основная заслуга создания суда, по мнению А.Л. Зиссермана, принадлежала кн. А.И. Барятинскому, исполнявшему в тот период должность начальника левого фланга Кавказской линии. Биограф будущего наместника отмечал, что имам Чечни и Дагестана Шамиль «стремился к решительной нивелировке всего подвластного ему населения; он не допускал никаких местных особенностей, ... и все подчинил одному общему для всех шариату, т.е. духовному суду по Корану...»³. Все это не совсем устраивало чеченцев, которые веками следовали, преимущественно, своим адатам. Оценив ситуацию, а также опасаясь влияния мусульманского духовенства, А.И. Барятинский, «задумал как раз противоположное...», т.е. отдал предпочтение адатам.⁴ Известно, что новый суд, претерпевший в дальнейшем некоторые преобразования, получил большую популярность у чеченцев («мирных» и даже «немирных»).

После завершения войны на Кавказе объявляется Высочайший Указ (1869 г.) о распространении на горцев Кубанской и Терской областей судебных уставов 1864 г. В горских словесных судах, учрежденных с 1870 г. и действовавших наряду с областными, сельскими (аульными) и третейскими судами⁵, большинство гражданских дел, сторонами в которых были горцы, рассматривалось и разрешалось на основе адатов и шариата⁶. Суда второй инстанции, в строгом смысле этого слова, не существовало⁷. По данному поводу сенатор Н. Рейнке писал, что в Терской и Кубанской областях «жалобы на решения горских судов приносятся начальнику области»⁸. Высшей инстанцией, рассматривающей дела то в апелляционном, то в кассационном порядке, то в порядке надзора, являлся наместник Кавказа⁹.

Таким образом, адаты горцев, равно как и шариат, не стали составной частью российской правовой системы. В горских словесных, сельских (аульных) и третейских судах применялись только те адаты, которые были систематизированы, исследованы и санкционированы местной военной администрацией. Судьями и кадиями могли быть лишь доверенные лица из горцев, рекомендованные начальниками горских округов и утвержденные в должности приказом начальника области. Рассмотрение и разрешение гражданских дел с применением норм адатов и шариата на вновь присоединенных территориях Северного Кавказа должно было носить, по планам российского правительства, временный характер и сохраняться

² Эсадзе С. Историческая записка об управлении Кавказом. Т.1. Тифлис, 1907. С. 166; Хасбулатов А.И. Установление Российской администрации в Чечне (II пол. XIX — нач. XX вв.). М., 2001. С. 79.

³ Зиссерман А.Л. Фельдмаршал князь Александр Иванович Барятинский. 1815—1879. Т. 1. М., 1889. С. 217.

⁴ Там же. С.217—218.

⁵ Кануков А.А. Законодательные акты, касающиеся Северного Кавказа и, в частности, Терской области // Сборник законов, указов Правительствующему Сенату, положений Комитета Министров, правительственных распоряжений, разъяснений Государственного Совета и Правительствующего Сената. Владикавказ, 1914. С. 21.

⁶ Горские словесные суды действовали в составе председательствующего, которым являлся начальник округа или его помощник, трех членов суда из горцев и кади (духовного лица). См.: Материалы по обозрению Горских и Народных судов Кавказского края. Собр. В.Д. Бушеном. СПб., 1912. С. 138.

⁷ Карганов Н.А. О горских словесных судах на Северном Кавказе. Пг., 1914. С. 4—9.

⁸ Рейнке Н. Указ. соч. С. 15; Материалы по обозрению Горских и Народных судов Кавказского края. С. 14.

⁹ Там же. С. 14.

до окончательного утверждения «российской гражданственности». Такой подход объяснялся опасностью возможных волнений среди горцев.

Правовые обычаи у народов Северного Кавказа (том числе у чеченцев и ингушей), называемые «адатами», возникли на базе родоплеменных отношений и натурального хозяйства, действовали на ограниченном пространстве в отношениях между конкретными социальными группами, родами и племенами. Адаты формировались и совершенствовались в процессе заимствования норм шариата и обычного права соседних кавказских народов. Причем воспринимались только те из них, которые не противоречили местным правовым обычаям и традициям. Новые нормы адатного права обсуждались на советах авторитетных членов вайнахских¹⁰ обществ, получивших признание и уважение в народе благодаря знаниям и опыту. Все предложения по данному вопросу обсуждались на народных собраниях («Мехк — кхел») отдельных вайнахских «тайпов» (тукхумов)¹¹ и принимали силу закона только после одобрения такими собраниями с участием совершеннолетних и дееспособных мужчин¹².

Известно влияние ислама на правовые обычаи народов Северного Кавказа, что является доказанным фактом и стало предметом современных исследований, в числе которых особо следует отметить работы З.Х. Мисрокова¹³. Процесс исламизации чеченцев, как считает историк религии С.-А. Нунуев, включал несколько этапов: «VIII — IX вв. — период арабо-хазарских войск; XI — XII вв. — через исламизированные верхи половцев; XII — XIV вв. — через Золотую Орду; конец XV — начало XVI в. — из Дагестана, Кумыки, Кабарды, Крымского ханства, Турции и Ирана»¹⁴. Окончательный «разворот» Чечни в сторону мусульманской религии, по мнению исследователя М. Блиева, произошел под влиянием проповеднической деятельности шейха Мансура (1785—1791 гг.)¹⁵. Ингуши, как известно, шли к исламу и шариату более длительным и сложным путем¹⁶.

По шариату у чеченцев и ингушей рассматривались и разрешались дела, связанные с заключением и расторжением брака, опекой и попечительством, наследованием.

До окончательного включения чеченцев и ингушей в сферу российской государственности нормы обычного права и шариат обеспечивали определенную ста-

¹⁰ Вайнахи — самоназвание чеченцев и ингушей.

¹¹ Тайп у чеченцев и ингушей — род, тукхум — фратрии, союзы родов.

¹² Леонтович Ф.И. Адаты кавказских горцев. Вып. 2. Одесса, 1890. С. 90—91.

¹³ Мисроков З.Х. Адатское и мусульманское право народов Северного Кавказа в российских правовых системах (XIX — XX в.): Дисс... докт-ра юрид. наук. М., 2003; Его же. Феномен мусульманского права в процессах динамики систем права России (XIX — нач. XX вв.) // Журнал российского права. — 2002. — № 10. — С. 153—158; Его же. Феномен адатского и мусульманского права народов Северного Кавказа в процессах трансформации российской государственности (XIX — нач. XX вв.) // Государство и право. — 2002. — № 11. — С. 110—115; Его же. Конвергенция адата, шариата права России в процессах динамики отечественных систем права (XIX — нач. XX вв.) // История государства и права. — 2002. — №5. — С. 27—31.

¹⁴ Нунуев С.-Х. Об особенностях ислама в Чечне / Чеченская Республика и чеченцы: история и современность. М., 2006. С. 531.

¹⁵ Акаев В. Х. Ислам в Чечне: традиции и современность / Чеченская Республика и чеченцы: история и современность. С. 88.

¹⁶ Арсанукаева М.С. Политика христианизации горцев Северного Кавказа в середине XVIII — первой половине XIX в. (на примере ингушей) / Роль религии в становлении Российской государственности: исторический опыт и современность. Международная научно-практическая конференция. 21 декабря 2007 года. Магнитогорск — Челябинск, 2007. С. 46—53.

бильность и поддерживали порядок, регулируя различные отношения в вайнахских обществах. После присоединения чеченцев и ингушей к России значительную роль в регулировании общественных отношений стало играть российское имперское право.

Наиболее важными исследованиями по обычному праву чеченцев и ингушей служат работы В.И. Леонтовича, Б. Далгата, У. Лаудаева, А.П. Берже, Н.Н. Харузина, А.П. Ипполитова и других дореволюционных авторов¹⁷. Адатное право чеченцев и ингушей стало предметом научного анализа в целом ряде работ, подготовленных в советский и постсоветский периоды. Особенно возрос интерес к чеченским и ингушским адатам в последние годы¹⁸. Однако многие вопросы, связанные с действием адата в сфере, например, частного права, нуждаются в более подробном изучении и тщательном анализе. В связи с этим остановимся на анализе обязательственных отношений у чеченцев и ингушей и их регулировании нормами обычного права.

Отличительной особенностью обычного права является многосубъектность. Г.В. Мальцев выделяет несколько видов или уровней соответствующих субъектов. В первую группу входят, по мнению исследователя, крупные социальные группы, затем следуют подгруппы или ассоциированные надстроечные группы (союзы племен, поселений, деревень и т.п.), обычное право которых складывается за счет обычно-правовых норм союзников¹⁹. На этом уровне выделяется семья, рано заявившая о себе как о субъекте права в области родственных и семейно-брачных отношений. При этом всегда присутствует еще один уровень — индивидуальный, где носителем прав и обязанностей выступал родич, общинник, член социальной группы, семьи²⁰.

Представляется, что у чеченцев и ингушей также выделяются разные уровни и группы субъектов обычного права, укладываемые в общую схему их политической организации: народ, «тукхум» (союз родов), «тайп» (род), «некъи» (ответвления от одного предка), «гар» (фамилии), «дъозал» (семья)²¹.

При определении правового статуса индивида среди чеченцев и ингушей в первую очередь действовал принцип «свой — чужой». Полной правосубъектностью

¹⁷ Ковалевский М. Закон и обычай на Кавказе. Т. 1—2. М., 1890; Леонтович Ф.И. Адаты кавказских горцев. В 2 т. Одесса, 1882—1883; Ипполитов А.П. Этнографические очерки Аргунского округа // Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. 1. Тифлис, 1868; Семенов Н. Туземцы Северо-Восточного Кавказа. СПб., 1895; Вертепов Г. Ингуши. Историко-статистический очерк // Терский сборник. Кн. 2. Владикавказ, 1892; Иваненков И.С. Горные чеченцы // Терский сборник. Вып. 7. Владикавказ, 1910; Максимов Е. Чеченцы: историко-географический и статистический очерк // Терский сборник. Выпуск 3. Кн. 2. Владикавказ, 1893; Харузин Н.Н. Записки о юридическом быте чеченцев и ингушей // Сборник материалов по этнографии, издаваемый при Дашковском этнографическом музее. М., 1888; Далгат Б. Материалы по обычному праву ингушей // Известия Ингушского НИИ краеведения. Вып. 2—3. Владикавказ, 1935 и др.

¹⁸ Кокурхаев К.-С.А.-К. Общественно-политический строй и право чеченцев и ингушей. Грозный, 1989; Гантермирова Ф.А. Общественно-политический строй и обычное право чеченцев и ингушей (XVIII — первая половина XIX вв.): Автореф. дисс... канд-та юрид. наук. М., 1972; Харсиев Б. М. — Г. Ингушские адаты как феномен правовой культуры: Дисс... канд-та филос. наук. Ростов н/Д., 2003; Цуров М.М. Обычное право ингушей // Обычное право в России: проблемы теории, истории и практики. Ростов н/Д., 1999; Сайдумов Д.Х. Обычное право чеченцев: Дисс... канд-та юрид. наук. Махачкала, 2006 и др.

¹⁹ Мальцев Г.В. Очерк теории обычая и обычного права. С. 42.

²⁰ Там же. С. 43.

²¹ Авторханов А. К вопросам изучения тейп, тукумов и классовой борьбы в чеченской деревне // Революция и горец. — 1931. — № 4. — С. 26.

наделялись только члены коренных родов (тайпов). Статус пришлых («чужих»), не принадлежавших к местному, доминирующему тайпу, носил ограниченный характер. Главное ограничение заключалось в отсутствии у переселенцев права занимать земельный участок без согласия членов местного тайпа, выступавшего в роли патрона. Кроме того, переселенцы лишались права голоса на общих собраниях, избрания в руководящие органы управления, вступления в брак с женщинами коренных родов. Хотя могли быть и отдельные исключения, связанные с личностью того или иного лица. Даже приняв ислам, чеченцы в исключительных случаях соглашались на выдачу замуж своих дочерей немусульманам. Например, начальник Аргунского округа А.П. Ипполитов (вторая половина XIX в.) был женат на чеченке, но получил на это согласие лишь после того, как изучил язык и обычаи чеченцев и стал следовать им.

Все свободные и правоспособные мужчины, главы семей в чеченских и ингушских родах (тайпах) имели равные права в сфере гражданско-правовых отношений. С утверждением норм шариата особую значимость приобрела религиозная принадлежность того или иного лица. Под влиянием шариата некоторые ограниченные права получили женщины.

Адаты свидетельствуют о бесправии рабов: «лаев» и «ясырей»²², хотя в повседневной жизни с разрешения хозяина оно могли совершать определенные сделки (мены, купли-продажи и др.). За неисполнение обязательств, принятых на себя рабом по гражданско-правовым договорам, нес ответственность его хозяин.

Объекты обычного права у чеченцев и ингушей были самыми разнообразными: земля, скот, инвентарь, повозки, индивидуальные вещи и др. На основе норм адата на протяжении длительного времени у чеченцев и ингушей регулировались фактически все общественные, в том числе обязательственные отношения.

Известно, что понятие обязанности у кавказских народов ограничивалось двумя основными принципами адатного права: во-первых, обладанием каким-либо статусом, и, во-вторых, взаимностью прав и обязанностей. Представляется, что у чеченцев и ингушей, в отличие от остальных горцев, имевших выраженные сословные различия, члены одного и того же тайпа (рода) имели равные права в сфере гражданско-правовых отношений, в том числе и при заключении сделок.

Харсиев Б. Х. - Г. указывает следующие основания возникновения обязательств («декъар») у ингушей: публичные (генетические); из правонарушений (деликтов); из договоров; из других оснований²³.

В соответствии с первым видом обязательств смыслом жизни каждого ингуша является «постоянное служение семье, родственникам, роду, народу, ближним». Обязательства второго вида возникают из неправомерных действий, совершаемых по отношению к отдельной личности, квалифицируемых как обида. Последствием деликта является стремление потерпевшего наказать обидчика и получить возмещение, а у нарушителя возникала обязанность возместить причиненный вред. Обязательства третьего вида выражали отношения, возникающие из договоренности (соглашения), в силу которой одно лицо имело право требовать от другого исполнения чего-либо в свою пользу. Обязательства, вытекавшие из договоров,

²² Освобождены в 60-х гг. XIX в. См.: Гриценко Н.П. Рабство и рабовладение в Чечено-Ингушетии (XV- первая половина XIX в.) // Вопросы истории Чечено-Ингушетии. Т. X. Грозный, 1976. С. 276—298.

²³ Харсиев Б. М.-Г. Ингушские адаты как феномен правовой культуры: Автореф. дисс... канд.та философии. Ростов н/Д., 2003. С. 19 — 20.

носили имущественный характер, и рассматривались как личная связь между кредитором и должником²⁴.

В целом определение понятий «договор», «соглашение», «предмет договора», «объект договора», «стороны договора», вследствие неразвитости письменного права, у вайнахов отсутствовало, но представление об их содержании уже сложилось.

Все сделки делились на две группы: с отчуждением вещи и без такового. Первый вид договора требовал совершения определенных процедур, т.е. носил формализованный характер: совершение в определенном месте, в присутствии авторитетных лиц, свидетелей, произнесение сторонами и их представителями (свидетелями доброй славы) клятв и т.д. К ним относились договоры купли-продажи, дарения, наследства.

Договоры заключались как в устной, так и в письменной форме. С принятием ислама заключение наиболее важных сделок происходило при участии муллы или кадия, а также свидетелей, заслуживающих доверия. Более того, свидетелями при заключении договоров должны были только те сородичи, которые в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения договора могли отвечать перед кредитором своим имуществом.

С установлением арабской графики наиболее важные договоры оформлялись письменным контрактом, который подписывался сторонами или их доверенными лицами (указанием имени или приложением пальца). Однако большая часть договоров заключалась в устной форме в присутствии свидетелей, и признавались заключенными посредством дачи слова²⁵.

Для действительности договора было необходимо существование следующих условий: 1) правосубъектность сторон; 2) согласие сторон; 3) соответствие заключаемого договора по своему предмету, условиям и порядку заключения нормам адатного права.

Предметом договора могли стать все вещи с индивидуальными признаками, отторжение которых не требовало согласия остальных сородичей, членов как малой или большой семьи, так и всего тайпа (рода). Согласие родственников требовалось лишь при заключении сделок со всеми объектами, составлявшими общую собственность: земля, постройки, скот, семейные реликвии, предметы культа и др.²⁶

Договор выступал в качестве средства правового регулирования как имущественных, так и неимущественных отношений. Сторонами договора могли выступать только свободные мужчины из разных семей и родов (тайпов), достигшие совершеннолетия (по некоторым данным 15 лет) и обладающие гражданской правосубъектностью (правоспособностью и дееспособностью). В отличие от шариата (мусульманского права) чеченские и ингушские адаты не признавали гражданскую правоспособность женщины. Однако по мере усиления ислама и утверждения новых условий жизни женщины могли заключать некоторые незначительные сделки, вести дела семьи в отсутствии мужа или его болезни и даже наследовать.

В некоторых случаях у ингушей признавались действительными также договоры, заключенные с несовершеннолетними, что противоречило традициям сильной (широкой) власти отца и домовладыки. В таких случаях в семьях происходили ссоры и разделы, так как главы больших семей не терпели самоволия своих подвласт-

²⁴ Там же. С. 19—20.

²⁵ Далгат Б. Материалы по обычному праву ингушей. С. 357.

²⁶ Там же.

ных, а отцы — самостоятельности детей²⁷. Однако традиционно действовало правило, в соответствии с которым сделки с недееспособными лицами признавались недействительными.

Наиболее важные договоры требовали присутствия свидетелей. Таковыми могли быть только те сородичи, которые в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения договора могли отвечать перед кредитором своим имуществом или правомочные принуждать представляемого (должника) к исполнению долга.

От имени недееспособных и несовершеннолетних действовали их представители, опекуны и попечители («верс»). В интересах женщин (дочерей, сестер, жен) действовали их отцы, братья, мужья, родственники мужа (если это были вдовы, живущие в доме мужа после его смерти, или в отсутствие мужа по разным причинам — плен, отходничество, ссылка, заключение тюрьму), совершеннолетние сыновья (в случае смерти мужа).

При заключении договора сторонами самостоятельно определялись предмет договора, сроки его исполнения и вознаграждение за выполненную работу (цена, оплата труда и т.д.). Отступление от условий договора не допускалось. В случае дополнительной договоренности или по решению маслагатского (третейского) суда при явной несостоятельности должника допускался возврат долга по частям, что опять же было возможно только с согласия кредитора.

Неисполнение договора грозило применением типичных для всех случаев санкции — стороны прибегали к маслагатскому или адатному суду. Ответственность по договору носила двухсторонний характер. С упрочением норм ислама и шариата исполнение условий договора стало обязанностью горца и как мусульманина.

Большинство деликтов (правонарушений), предусмотренных обычным правом, рассматривалось как посягательство на права частного лица. Совершение частных деликтов ставило обидчика (правонарушителя) в положение должника не только перед потерпевшим, но и его семьей, а также родом (тайпом).

Сформировалось также представление и о публичном деликте, чаще всего рассматриваемого как посягательство на интересы рода (тайпа) или тукхума. Это могли быть убийство и оскорбление, поджог чужого имущества, кража (захват чужого) и тайное его истребление, потрава и жатва чужого поля, особенно в ночное время, посягательство на гору и лесной участок, пастбища. В таких случаях использовались различные наказания в зависимости от тяжести совершенного преступления по представлениям отдельных сообществ (семьи, рода, тукхума).

Договоры могли носить как имущественный, так и неимущественный характер. Для горцев Кавказа были характерны так называемые договоры воспитания — аталычество, сыгравшие важную роль в упрочении межсемейных, межтайповых и межплеменных отношений²⁸. Обычай аталычества заключался в том, что новорожденный отдавался в чужую семью на воспитание. Перед тем как приступить к выполнению своих обязанностей аталык заключал договор с отцом воспитанника. По достижении совершеннолетия воспитанник передавался отцу в присутствии остальных родственников и аталык получал обещанное вознаграждение. Многие аталыки незнатного происхождения разорялись, пытаясь обеспечить воспитанника.²⁹ На воспитание могли отдаваться как мальчики, так и девочки.

²⁷ Далгат Б. Материалы по обычному праву ингушей. С. 357.

²⁸ Кокиев Г. К вопросу об аталычестве // Революция и горец. — 1929. — № 3(5). — С. 49—53.

²⁹ Ковалевский М. Закон и обычай на Кавказе. Т. 1. С. 14—16.

Договором неимущественного характера можно считать соглашение о вскармливании ребенка, по которому кормилица (молочная мать) получала вознаграждение не только от родителей ребенка, но (по достижении совершеннолетия) и от самого молочного сына. Молочное родство строго соблюдалось, как этого требовали адат и шарият³⁰.

Исторически первым у чеченцев и ингушей возник договор мены. По сведениям Н.Е. Иваненкова, между горными чеченцами давно практиковался обмен земельными участками³¹. Б. Далгат также отмечал, что у ингушей обмены сенокосными и пашенными участками практикуется достаточно часто. Например, в случаях, когда кому-либо по жребию участок доставался далеко от дома³².

По мере развития хозяйственных и товарно-денежных отношений возникли и другие виды договоров: купли-продажи, оказания услуг (перевозки, строительства, хранения и др.), аренды (в том числе земли, скота, средств перевозки), найма. Ингуши знали также и договоры подряда, доставки сена, исполнения работы и др.³³ Важную роль в хозяйственной деятельности чеченцев и ингушей играли договоры о совместном труде, связанные с обработкой земли, пастьбой скота, сенокосением, строительством, рытьем канав и др. работами, т.е. договоры товарищества.

С развитием товарно-денежных отношений наибольшее распространение получил договор купли-продажи. Объектом купли-продажи могли быть любые вещи, в том числе земля и скот (как крупный рогатый, так и мелкий). Договор купли-продажи скреплялся рукобיתьем, служившим доказательством того, что сделка состоялась. Большинство договоров купли-продажи заключалось в устной форме и присутствии свидетеля³⁴. Продавцу разрешалось увеличивать первоначальную цену за вещь, так как считалось естественным, что каждый хочет продать вещь дороже. При продаже продавец обязывался сообщать о недостатках вещи. Обман или умолчание этих недостатков обязывало продавца дать присягу, которой он доказывал, что не знал о недостатках вещи или продал исправную вещь. Задаток при продаже вещи не брался³⁵.

В конце XVIII — XIX вв. важным объектом купли-продажи становится земля³⁶. Родственникам продавца принадлежало право преимущественной покупки продаваемого участка, традиционно признаваемого общей собственностью. В случае несоблюдения данного условия, договор расторгался приговором общества, и проданная земля отчуждалась в пользу фамилии (семьи).

У горных ингушей не практиковалась покупка земли целым обществом (тайпом) у другого общества (тайпа). На плоскости такие договоры заключались по общественным приговорам, т.е. договор купли-продажи такого рода требовал согласия всех членов этих обществ (взрослых мужчин)³⁷. С течением времени земельные участки стали отчуждаться по усмотрению владельцев любому, в том числе постороннему лицу, заплатившему большую цену. Горские общества чаще всего

³⁰ Арсанукаева М.С. Родство в мусульманском и обычном праве чеченцев // Религия и право. — 2003. — № 1. — С. 26.

³¹ Иваненков И. С. Горные чеченцы // Терский сборник. Вып. 7. Владикавказ, 1910. С. 30—43.

³² Далгат Б. Материалы по обычному праву ингушей. С. 359.

³³ Там же. С. 360.

³⁴ Далгат Б. Материалы по обычному праву ингушей. С. 357; Харсиев Б. М.-Г. Ингушские адаты как феномен правовой культуры. С. 20.

³⁵ Далгат Б. Материалы по обычному праву ингушей. С. 357.

³⁶ Иваненков Н.В. Горные чеченцы. С. 43—44.

³⁷ Далгат Б. Материалы по обычному праву ингушей. С. 357.

выступали против подобной практики, и нередко на своих сходах выносили запретительные приговоры, так как видели в ней нарушение права общей собственности на родовые участки³⁸.

Н.Е. Иваненков сообщает, что купля-продажа земли и скота у чеченцев существовала с давних времен. Когда еще не было денежных знаков (русских, персидских, грузинских), по адатам за один загон платили одного быка. Во времена имамата Шамиля один бык стоил 10 руб., корова — 5 руб., баран или овца — по 1 руб.³⁹ Во второй половине XIX в. десятина земли в среднем по нагорной полосе Чеченского района, по тем же данным, оценивалась по 114 руб. (от 66 до 81 руб. в Шатое, до 178 — 206 руб. в Шарое и Макажое). Цена зависела, прежде всего, от наличия свободной земли⁴⁰.

С возникновением земельной собственности и утверждением широких владельческих прав, что особенно характерно для второй половины XIX — начала XX вв., отмечается развитие арендных отношений. В аренду сдавались не только пахотные земли, но также сенокосы и пастбища («лам» — гора, скот). По специальным приговорам пастбища могли сдаваться и целым обществам.

В указанный период арендаторами были почти все жители нагорной полосы, временно проживающие крестьяне, а также значительная часть коренных жителей равнинной части округов Терской области⁴¹. В равнинной части землевладельцы сдавали земли в аренду только за деньги, а в нагорной полосе сохранялась преимущественно натуральная или отработочная аренда.

Н.В. Иваненков указывает на существование у чеченцев бессрочного залога, называемого «кериесна», с правом пользования землею. Его отличие от договора аренды в том, что у владельца — залогодателя возникал риск лишиться земли, а у другого (залогодержателя) — надежда ее приобрести навсегда. Средняя цена залога равнялась 11 руб., а десятины — 66 руб.⁴² Аренда земли на один посев стоила в горах от 3 до 18 руб. за десятину, т.е. ниже дохода от «кериесны». Договор аренды не имел своего названия, и обычно говорили, что тот или иной человек «загон продал на один год». Кроме того, в нагорной Чечне отдача земли в аренду производилась в обмен на часть урожая, например, из половины зерна, а вся солома шла в пользу арендатора⁴³.

В аренду, как уже указывалось, сдавали и скот. В Ингушетии за быка в сутки платили 20 коп., за пару сохи — 1 р. 20 коп. в день⁴⁴.

Кроме того, в наем отдавались мельницы, дома или часть дома. За наем дома платили обычно по 3 — 5 руб. в мес. Дороже обходилось снять комнату с дровами. Плату вносили вначале или по окончании срока аренды⁴⁵.

Распространенным видом аренды в этот период стала субаренда, объектами которой были также скот и земля. Особое внимание уделялось земле, которая служила основным предметом спекулятивных сделок, ибо анализ источников показывает, что субарендные цены превышали арендные в несколько раз. Если арендатором был человек со стороны или другой национальности, то стоимость аренды возрастала еще больше.

³⁸ Иваненков Н.Е. Горные чеченцы. С. 43—44.

³⁹ Иваненков Н.Е. Горные чеченцы. С. 122.

⁴⁰ Там же. С. 122—123.

⁴¹ Ортабаев Б.Х. Социально-экономический строй горских народов Терека накануне Великого Октября. Орджоникидзе, 1992. С. 121.

⁴² Иваненков Н.В. Горные чеченцы. С. 123.

⁴³ Иваненков Н.Е. Горные чеченцы. С. 123 — 124.

⁴⁴ Далгат Б. Материалы по обычному праву ингушей. С. 359.

⁴⁵ Там же.

Во второй половине XIX — начале XX вв. широкое распространение получили договоры займа. Договор займа должен был быть безвозмездным, как этого требовал шариат, но чаще всего предполагал возмещение в виде процентов. Н.Ф. Грабовский отмечал, что у ингушей существовали хищнические проценты не только на деньги, но и на баранов⁴⁶.

Займы делились на срочные и бессрочные. Ингуши брали деньги у родственников по 5 коп. с рубля в месяц (10% в год). Взаймы давался и хлеб. Долги могли выплачиваться посредством исполнения определенного объема работы или хлебом⁴⁷. Проценты также взимались наперед⁴⁸.

Деньги ссужались в долг и ростовщиками, которые обычно брали залог в обеспечение долга. При заключении договора займа обязательно требовалось поручительство⁴⁹. Между кредитором и лицом, отвечающим за исполнение обязательства должником, полностью или частично, составлялось соглашение, что поручитель отвечает перед кредитором за надлежащее исполнение договора должником.

Н.Е. Иваненков сообщает о кабальных условиях займа в горной Чечне⁵⁰. «Вообще замечается, — пишет он, — что чем недоступнее и отчужденнее от других какое-либо селение, тем и деньги дороже. По большому торговому тракту Шатой — Итум-кале деньги идут на 20 — 25 %; в других же местах не меньше 40-50%»⁵¹.

Кроме того, среди горцев получил распространение и договор ссуды, по которому деньги и вещи передавались другой стороне при условии возврата как с уплатой, так и без уплаты процента.

Чеченцам и ингушам были известны также договоры найма (имущественного и личного). Когда ингуши нанимали работника, то хозяин платил деньги вперед. Если же работник умирал, то оставшаяся сумма считалась, по сведениям Б. Далгата, «кровавой платой» и отдавалась родственникам работника. Если же работник болел и не смог выполнить оговоренный объем работы, то завершал ее по выздоровлении. Если работник уходил, не доработав, то возвращал за все недоработанное⁵².

Обычай регулировал оплату труда наемного работника⁵³.

Ингуши знали также договоры подряда, перевозки, доставки сена, исполнения работы и др. Одним из древнейших договоров у чеченцев и ингушей был договор товарищества, который выступал скорее как институт взаимопомощи. Как писал Н. Харузин, обеспечение взаимных обязательств по данному договору происходило в добровольном порядке⁵⁴.

По договору хранения у чеченцев и ингушей не предполагалось право пользования вещью. Лицо, принявшее на себя такое обязательство, должно было бережно ее хранить и по требованию хозяина возвратить. Невозвращение вещи расценивалось как ее кража, и в пользу собственника взыскивалась стоимость присвоенного имущества. За ущерб, причиненный хозяину вещи, отвечал принявший ее на хранение⁵⁵.

⁴⁶ Грабовский Н.Ф. Ингуши // Сборник сведений о кавказских горцах. Вып. IX. Тифлис, 1876. С. 100—101.

⁴⁷ Далгат Б. Материалы по обычному праву ингушей. С. 359.

⁴⁸ Там же.

⁴⁹ Там же.

⁵⁰ Иваненков Н.В. Горные чеченцы. С. 124.

⁵¹ Там же.

⁵² Далгат Б. Материалы по обычному праву ингушей. С. 357 — 358.

⁵³ Там же. С. 359.

⁵⁴ Харузин Н.Н. Заметки о юридическом быте чеченцев и ингушей. С. 103.

⁵⁵ Гантемирова Ф.А. Общественно-политический строй и обычное право чеченцев и ингушей (XVIII — первая половина XIX вв.): Дисс... канд-та юрид. наук. М., 1972. С. 106.

Ответственность за неисполнение договора могла быть различной, но чаще всего заключалась в принуждении должника к выполнению всех условий соглашения. Кроме того, по чеченским адатам, собранным в 1844 г., должник не мог выдать свою дочь замуж без разрешения кредитора, т.е. до оплаты долга. Таким образом, ответственность по обязательствам могла приобрести личный характер⁵⁶.

Горские адаты не знали собственно исполнительного производства. Однако все же сложились некоторые механизмы принуждения к исполнению решений маслагатских и адатских судов в случае несоблюдения принципов добровольности и обязательности. Как отмечает Ф.А. Гантемирова, имущественные споры, возникавшие из неисполнения принятых обязательств, могли разрешаться не только путем удержания задатка или залога, но и самосуда, выражавшегося в присвоении чужого имущества⁵⁷. «Адат, — писал А.П. Берже, — предоставляет обиженному право во всякое время украсть у обидчика лошадь или какую-либо ценную вещь. Он представляет похищенные им предметы старикам, которые, оценив их, выделяют ту долю, на которую он имеет право, остальное же возвращает хозяину»⁵⁸. Этот обычай существовал и у остальных кавказских горцев.

Таким образом, адат и шариат служили важнейшими регуляторами общественных отношений чеченцев и ингушей, возникавших в сфере межгрупповых и межличностных отношений. Вайнахские адаты характеризовались многосубъектностью, ответственностью первоначально рода и семьи за своего сородича, а затем и отдельного индивида по своим обязательствам. Адат, сформировавшийся веками, в чистом виде действовал, преимущественно, до исламизации и присоединения Чечни и Ингушетии к Российской империи. С утверждением ислама многие нормы адата были приведены в соответствии с шариатом (мусульманским правом). В конце XVIII — начале XIX вв. (особенно после Кавказской войны) возросло значение российского права. Эта тенденция усилилась к концу XIX — нач. XX вв.

Особенностью адата у чеченцев и ингушей является неразработанность многих норм, связанных с общественными отношениями, возникавшими в различных сферах торговли и хозяйственной жизни. Все это объяснялось низким уровнем развития товарно-денежных отношений и вовлеченности горцев в сферу рынка и предпринимательства до последней трети XIX в. Нормы договорного права, как и все адаты, формулировались в виде казусов и отличались низкой юридической техникой.

Что касается обязательств личного характера, относящихся, прежде всего, к защите чести и достоинства рода, семьи и отдельного индивида, здесь адаты сохранили традиционно преимущественное действие в сочетании с шариатом (мусульманским правом) и применялись в горских словесных (сельских (аульных), третейских судах в случаях, не противоречащих нормам российского права.

В заключение хотелось бы подчеркнуть, что для чеченцев и ингушей большую значимость имели именно нормы адатов, которые отличались гибкостью, и лучше отвечали традициям горского общества, чем достаточно жесткие нормы шариата и мусульманского права. Вместе с тем в приоритете адатов по отношению к нормам шариата (мусульманского права) особую заинтересованность проявляли как верхушка чеченского общества, в котором уже сформировалась своя духовная и светская знать, эксплуатирующая в различных формах соплеменников и сородичей, так и кавказская администрация, опасаящаяся упрочения ислама и шариата в этом регионе.

⁵⁶ Леонтович Ф.И. Адаты кавказских горцев. Вып. II. С. 115.

⁵⁷ Гантемирова Ф.А. Общественный строй и обычное право чеченцев и ингушей. С. 107.

⁵⁸ Берже А.П. Чечня и чеченцы. С. 104.

X Международная
научная конференция
Государственного
университета —
Высшей школы экономики
по проблемам развития
экономики и общества,
7—9 апреля 2009 года
Секция «Право»

Работа секции «Право» началась с сессии «Правовые стимулы социальной активности». Председательствующий сессии д.ю.н., проф. **М.Ю.Краснов** (Государственный университет — Высшая школа экономики) отметил различие между понятиями «социальная активность» и «социальная мобильность». Именно с расширения социальной мобильности и начиналась современная демократия. И сегодня именно социальная мобильность определяет уровень стабильности той или иной страны. Но главное (в том числе и с точки зрения правового регулирования), что социальная активность и социальная мобильность радикально отличаются друг от друга. Социальную активность правовыми средствами вообще реально стимулировать невозможно. Пока у человека не появится сильный побудительный мотив, который, в свою очередь, не возникнет без понимания, что какие-то действия помогут в решении тех или иных проблем, стимулировать активность бессмысленно. Иное дело — право и социальная мобильность. Думается, здесь требуется как раз не стимулирование, а снятие излишних ограничений.

Выступление к.ю.н. **Е.Н. Сальгина** (Государственный университет — Высшая школа экономики) было посвящено теоретическому аспекту проблем правового обеспечения социальной активности. Рассмотрев смысл самого понятия «социальная активность», ее видовые особенности, формы проявления, выступающий обратился к данным социологического исследования «Условия повышения социальной активности граждан в решении местных проблем» (Всероссийский совет местного самоуправления). Люди не очень склонны активно участвовать даже в решении местных проблем. Например, 65% опрошенных считают, что активность населения отсутствует. Это едва ли не самое основное свидетельство, что на местном уровне доминирует патерналистский образ сознания и мировосприятия.

Выход из этого положения, во-первых, в том, что правотворчество и правоприменение должны учитывать фактор социальной активности, необходимо со-

вершенствовать существующие и вырабатывать новые механизмы и институты обеспечения социальной активности.

В выступлении к.ю.н, доцента **С.В. Васильевой** (Государственный университет — Высшая школа экономики) «Конституционно-правовые регуляторы социальной активности: смещение вектора ее проявления» было показано, что законодательными средствами вполне можно стимулировать, упорядочивать или, напротив, подавлять социальную активность. К стимулирующим рычагам относятся нормы о налоговых преференциях тем гражданам и организациям, которые занимаются социально одобряемой деятельностью, например, благотворительностью. С.В. Васильева весьма предметно показала сегменты общественной жизни, где российское государство влияет на социальную активность. Прежде всего, это касается государственно-частного партнерства, выявила характер смещения вектора активности из политической сферы в сферы социальной и экономической жизни.

К.Е. Рыбак (Министерство культуры РФ) в докладе «Правовое регулирование в сфере культуры как фактор развития человеческого капитала» отметил, что понятие «человеческий капитал» не только отражает процесс общей гуманизации современного мира, но и становится одной из основ выбора стратегии социально-экономического развития. Хотя далеко не везде этим понятием руководствуются в реальной политике, тем не менее уже общепризнано, что вложения в человека, которые усиливают и развивают его способности, являются наиболее эффективными как с экономической, так и с общесоциальной точек зрения.

Разумеется, такие вложения необходимы и в физическое состояние человека, и в развитие его духовного мира, чему служат усилия государства в области культуры.

В докладе д.ю.н., проф. **А.Э. Жалинского** (Государственный университет — Высшая школа экономики) «Ограничительное действие уголовного закона на социальную мобильность» проанализировано, как именно уголовно-правовые нормы сдерживают социальную мобильность. Уголовно-правовой запрет является только юридическим «венцом» соответствующей политики государства. Причем нормативная политика, выражающая государственные намерения, может быть существенно искажена в процессе правоприменения, когда та или иная уголовно-правовая норма начинает использоваться как «дубинка». Именно в этом А.Э. Жалинский видит существенную опасность, в том числе и для расширения социальной мобильности. Докладчик обратил внимание на пробелы уголовного законодательства, препятствующие охране трудовой мобильности населения, борьбе с монополистическими действиями и ограничением экономической конкуренции.

Суть доклада старшего преподавателя **С.А. Маркунцова** (Государственный университет — Высшая школа экономики) «Правовые средства ограничения коррупционного поведения» состояла в том, чтобы представить видение угроз, которые несет коррупция, и предложить классификацию коррупционных преступлений.

Старший преподаватель **Д.В. Черняева** (Государственный университет — Высшая школа экономики) в докладе «Влияние социальной мобильности на реализацию пенсионных прав» разграничила вертикальную и горизонтальную мобильность, понимая под первой перемещение между социальными слоями различного уровня, а под второй — между различными социальными группами одного уровня, что связано прежде всего, с миграционными процессами и глобализацией рынка труда. Д.В. Черняева остановилась на том, как в разных странах системы пенсионного обеспечения откликаются на мировую экономическую рецессию.

Дискуссию обобщил официальный дискуссант сессии д.ю.н., проф. **А.С. Автономов** (ИГПРАН).

На круглом столе «Эффективность закона как фактора развития экономики» было отмечено, что правовых и экономических явлений взаимообусловлен. Эта тема на каждом этапе социально-экономического развития требует уточнения подходов и способов решения правовых и экономических задач. В советское время картина была представлена однозначно: экономика, собственность определяют сущность права и основные характеристики правового воздействия, а право имеет определенный потенциал воздействия на экономическое развитие. В постсоветское время отказ от старых мировоззренческих конструкций привел к некому отстранению правоведов от анализа самостоятельной роли права как фактора экономического роста. Вместе с тем представители современной рыночной экономической школы констатируют недостаточность чисто экономических факторов (вопросы накопления, потребления) для определения путей и средств, прогнозов развития экономических отношений. Все большую силу набирает институциональная экономика, как самостоятельное направление в анализе экономических процессов. В этом направлении институтам власти и права отводится одно из ведущих мест среди экономических факторов. В последние десятилетия активно разрабатывается конституционная экономика, основанная на изучении влияния конституции на экономические процессы. Таким образом, можно констатировать наличие общего исследовательского тренда в изучении права как самостоятельного фактора экономического развития. К сожалению, в этом направлении правоведы явно уступают экономистам.

По мнению д.ю.н., проф. **Ю.А. Тихомирова** (Государственный университет — Высшая школа экономики), марксизм жестко «привязывал» право к экономическим отношениям. Поэтому оправдан вопрос: насколько жестко «привязано» право к социально-значимым результатам его применения. В работе «Эффективность правовых норм» дается такое определение эффективности — это соотношение между фактическими результатами их действия и теми социальными целями, для достижения которых эти нормы были приняты. В последние годы признание истинности и правильности критериев теоретической эффективности норм права сочетается с характеристикой методов изучения эффективности закона, в частности, корреляционного анализа массовых социальных явлений¹.

В последние десятилетия интенсивно развиваются теории регуляции, институциональной экономики, экономического анализа права и др., позволяющие обнаружить сложные взаимосвязи этих явлений. Американский ученый Ричард Познер выделяет ряд ключевых понятий и связей между ними, в частности, правовое опосредование соотношения цены и величины спроса. Во Франции в рамках этих теорий рассматриваются институты как способы преодоления социальных конфликтов и поиска компромиссов. Конституционализм поддерживает идею о центральном месте права, конвенций, договоров и форм организации в качестве основы для объяснения природы социально-экономических явлений².

Еще один аспект — методология анализа регулирующего воздействия, разработанная в рамках Организации экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), применяемая во многих странах. Исходная позиция — регулирование — является одним из важнейших элементов того инструментария, который органы государственного управления используют для решения своих задач. Регулирование явля-

¹ Эффективность закона. Методология и конкретные исследования // отв. ред. В.М. Сырых, Ю.А. Тихомиров. М., 1977. С. 9—52.

² Одинцова А.В. Французский регуляционизм. Институциональные системы и институциональные трансформации. М., 2009. С. 21—31, 45—55.

ется эффективным в том случае, если достижение этих задач обеспечивается при минимально возможных для всех членов общества издержках.

В трактовке эффективности закона есть два главных блока.

Первый — поиск меры правового опосредования фактических отношений и, соответственно, меры собственно правового воздействия. Прогнозирование и целеполагание — это старт движения, аналитические и реальные действия по формированию правовых формул и получение с их помощью конечных результатов — таков финиш. Второй блок обеспечивает эффективность закона. Это государственные и иные институты, муниципальные органы, публичные организации. Их «включенность» в закон как устойчивый нормативный ориентир деятельности позволяет добиться высоких результатов. Иное ведет к юридическим ошибкам, нарушениям законности, отклонению управления и хозяйствования от нормативных целей.

Что касается эффективной экспертизы проектов законов и иных актов — как системной, так и специализированной (юридической, антикоррупционной, экономической, социальной и т.п.), — то ее проведение официальными и независимыми структурами требует прочной законодательной основы. Чрезвычайно важен правовой мониторинг как информационно-аналитический институт с соответствующими полномочиями и действиями публичных экономических и социальных институтов. Мониторинг обеспечивает «обратную связь» от общества к законодателю и необходимую цикличность правового развития. Без этого рвется «правовая цепь» и сохраняются фрагментарность и иллюзорность правового регулирования.

Эффективность закона определяется системой показателей по ряду вопросов, в частности, правильным выбором объектов воздействия, определением целей, набором адекватных способов воздействия, правильным восприятием и реализацией норм, ожидаемых результатов реализации норм. Эффективность закона означает также определение влияния юридических показателей на эффективность деятельности органов и организаций в экономической и социальной сфере. Нами проведен анализ Указа Президента РФ от 28 июня 2007 г. № 825 «Об оценке эффективности деятельности органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации» и утвержденного Перечня показателей оценки эффективности. Выяснилось, что из 43 показателей 27 относятся к экономической сфере, 14 — к социальной, 2 — к правовой (уровень криминогенности и доля преступлений, совершенных несовершеннолетними).

При анализе эффективности закона нужно в полной мере учитывать действие других социальных регуляторов, поскольку использование норм нравственности, традиций, деловых обычаев нередко дает оптимальный эффект. С другой стороны, чрезмерное правотворчество позитивного эффекта не дает.

Ведущий научный сотрудник Института правовых исследований **А.В.Кашанин** (Государственный университет — Высшая школа экономики) отметил, что тема эффективности законодательства относится к одной из наименее разработанных в отечественной доктрине права. В качестве основных причин такого положения следует указать на господство в отечественной юриспруденции крайних нормативистских позиций, редуцирующих право к формальной стороне регулирования и устраняющих из предмета правоведения любые вопросы о содержании права, о его эффективности. Господство нормативистской позиции ограничивает сферу интересов отечественной юриспруденции вопросами систематизации и толкования действующего законодательства. В связи с этим тема эффективности права до настоящего времени не получила развития, равноценного ее социальному значению.

Дополнительным фактором, ограничившим возможности исследования эффективности законодательства, было придание официального статуса одной опреде-

ленной позиции по проблеме соотношения права и экономики. Советская доктрина столкнулась с очевидной проблемой интеграции двух тезисов: позитивистского тезиса, сводящего право к системе норм, и марксистского тезиса об экономической обусловленности права. Выработанная официальная позиция заключалась в признании параллелизма права и экономики, познаваемости закономерностей экономики и возможности сознательного их использования в ходе правотворчества и правоприменения. На практике это привело к признанию возможности корректировать результаты стихийных рыночных процессов, т.е. по сути, к возможности произвольного вмешательства государства в имущественные отношения.

В результате в настоящее время в практике отечественного законотворчества и правоприменения вопросы эффективности нормативных правовых актов, как правило, игнорируются, что проявляется:

а) в отношении к закону как к панацее для решения социальных проблем. Согласно распространенному стереотипу, при возникновении проблемы вполне достаточно, как принято говорить, лишь «прописать» ту либо иную норму в законодательном акте;

б) в распространенности взгляда на возможность коррекции результатов стихийных рыночных процессов, т.е. по сути, произвольного вмешательства государства в имущественные отношения без серьезного прогноза социальных последствий такого вмешательства.

Укорененность таких позиций в практике законотворчества и государственного управления серьезно влияет на вектор и динамику экономического развития общества и на эффективность государства. Предпринимаемое исследование имеет целью проверку указанных позиций.

Вопрос о пределах вмешательства государства в экономику, о предсказуемости социальных событий и принципиальной возможности прогноза эффективности того или иного законодательного решения, о соотношении права и экономики не раз становился объектом исследования в рамках западной экономической теории и юриспруденции. В настоящее время имеется значительный массив иностранной литературы по данной проблематике (не переведенной, однако, на русский язык). Это касается прежде всего исследований в рамках западной правовой доктрины. Настоящее исследование предполагает анализ указанных программ и интеграцию их основных результатов в актив отечественной юриспруденции.

Основной целью предпринимаемого исследования является анализ комплекса вопросов об эффективности права в экономической сфере. Вопрос об эффективности права в любом случае предполагает соотнесение права с внеправовым контекстом, а потому анализ неизбежно будет иметь междисциплинарный характер, предполагающий привлечение обширного корпуса знаний правоведения, экономической теории, социологии. Постановка вопроса об эффективности законодательства в той или иной области включает конкретизацию понятия эффективности, его детализацию для целей законодательства. Важными темами становятся проблемы соотношения экономики и права, функций права.

Научный сотрудник Института правовых исследований **С.В. Третьяков** (Государственный университет — Высшая школа экономики) подчеркнул, что основная логика исследования предполагает анализ и проверку господствующих в различных правовых порядках взглядов на эффективность права в экономической сфере. Необходимо проанализировать, что понимается под эффективным правом в рамках наиболее авторитетных позиций, в том числе:

- юриспруденции интересов, юриспруденции ценностей, школы свободного права и других современных социологических концепций, редуцирующих право к социологическому контексту и оценивающих его эффективность через соотнесение с общественными интересами, ценностями и т.п.;

- теории экономического анализа права (law and economics), исходящей из возможности определения содержания норм права и судебных решений на основе методики сравнительного анализа издержек каких-либо решений;

- инструментализма в праве, в том числе американской школы правового реализма;

- современных концепций юридического позитивизма;

- концепций, основанных на признании автономности правовой системы и ее развития на основании собственной внутренней логики, в том числе системной теории Н. Лумана и концепции Е.Б. Пашуканиса;

- оппонирующей вышеназванным критической теории (critical legal studies movement), отрицающей автономность правовой системы и самостоятельность правовых конструкций;

- теории коммуникативного действия Ю. Хабермаса;

- хозяйственно-правовых теорий, исходящих из парадигмы правового регулирования экономики как процесса решения текущих проблем и невозможности формирования самодостаточного механизма правового регулирования в сфере экономики;

- анализа взглядов экономической теории на роль права в экономике, прежде всего, основных экономических школ (австрийской, неоклассики, кейнсианства).

Необходимо проанализировать, как в рамках указанных доктрин оцениваются правовые конструкции и законодательные решения, какие основания выдвигаются для вывода об их автономном статусе либо производности от внеправовых категорий (экономики, интересов, ценностей), какие факторы должны в первую очередь учитываться при формировании эффективных законодательных решений; каковы должны быть практические результаты реализации принятых нормативных правовых актов. Это позволит соотнести указанные парадигмы с эмпирическим базисом и оценить степень правдоподобия указанных доктрин.

Проведенное таким образом исследование даст основания для выводов:

- о соотношении права и экономики;

- о предсказуемости социальных событий и о принципиальной возможности прогнозной оценки эффективности того либо иного законодательного решения;

- о пределах допустимого вмешательства государства в экономику, роли закона и функций права в экономической сфере;

- о перечне существенных факторов, учет которых необходим при формировании законодательного решения.

Вопрос об эффективности права имеет и специфический правоведческий пласт, связанный с исследованием формальной структуры права: каким должен быть механизм правового регулирования, позволяющий достичь желаемых правовых последствий; каким формальным требованиям должно соответствовать право, чтобы успешно выполнять функции упорядочения поведения людей на основе правил общего характера? В этом смысле речь идет об исследовании внутренних закономерностей права, относящихся как к его формальной стороне, так и определяющих его основное содержание. Крайне важным с этих позиций является также изучение вопроса о пределах применимости методов частного и публичного пра-

ва в различных сферах отношений, об условиях эффективности использования основных юридических конструкций, относящихся к указанным сферам правового регулирования.

Крайне плодотворным представляется анализ степени применимости публично-правовых методов для регулирования экономики, а также степени переносимости публично-правового вмешательства для отдельных участников оборота и для частной сферы в целом. Указанные выводы могут применяться и при анализе новых форм воздействия государства на сферу экономики (например, частно-государственное партнерство).

Говоря о методологии исследования, необходимо отметить, что необходимо исходить из методологической предпосылки о значительной степени самостоятельности правовой системы от иных общественных систем (экономической, политической, культурной). Правовая система, испытывая воздействие различных внешних стимулов, все же развивается исходя из своей внутренней логики, основу которой образует принцип системности права. Именно с этим связана ограниченность возможностей законодателя по произвольному определению содержания норм права.

При проведении юридического исследования основное значение приобретают такие аргументативные стратегии, которые основаны на учете внутренних закономерностей права. Непосредственные ссылки на внешние по отношению к правовой системе факторы (мораль, политическая целесообразность, потребности, интересы) должны признаваться в юридическом дискурсе иррелевантными. При этом актуализируется вопрос о применимости иностранных доктрин, юридических конструкций и аргументативных стратегий в российской правовой системе, имея в виду ее специфику. Мы считаем необходимым специально рассматривать вопрос о применимости иностранного опыта в отечественной правовой системе с учетом ее исторического опыта и внутренних закономерностей правовой системы.

Старший научный сотрудник, к.ю.н. **Э.В. Талапина** (ИГП РАН) полагает, что прежде чем оценивать эффективность закона, необходимо определиться с самим понятием эффективности. Имеется ли в виду достижение цели правового регулирования, поставленной в законе (уменьшение налогового бремени, упрощение административных процедур) или более масштабное изменение состояния общественных отношений? Эффективность имеет разные аспекты — экономический, социальный, причем экономическая эффективность может достигаться за счет умаления социальных целей. В идеале эффективность закона должна оцениваться комплексно, и критерий такой эффективности сложносочиненный, учитывающий самые разнообразные аспекты жизни общества. Применение подобных критериев требует особых методик оценки. Например, проводится антикоррупционная оценка законопроектов. Но нельзя забывать, что полная антикоррупционная корректировка норм законов способна убить экономику, если при этом не считаться с мотивами целесообразности, политическими и социальными условиями. Кроме того, реальность оценки эффективности закона напрямую зависит от того, насколько это удлинит привычный законотворческий процесс. Перспективы внедрения такой оценки маловероятны, если это потребует дополнительных затрат (финансовых и временных).

При обсуждении к.э.н. **Е.В. Голосова** (Кемеровский госуниверситет) отметила необходимость и перспективность комплексных исследований экономистов и юристов в определении критериев эффективности правовых регуляторов в сфере экономики; д.ю.н. **Ю.Г. Арзамасов** (Государственный университет — Высшая школа экономики) подчеркнул роль критериев эффективности законодательной

деятельности, в том числе законодательной техники; к.ю.н. **Е.Н. Салыгин** (Государственный университет — Высшая школа экономики) отметил роль выявления экономических потребностей и адекватное отражение их через интересы в праве, а также проблему соотношения частных и публичных интересов в правовом регулировании и правоприменении.

На сессии «Право и экономика» доклад к.ю.н., проф. **К.Ю. Тотьева** (Государственный университет — Высшая школа экономики) был посвящен теме «**Ответственность за нарушение российского и зарубежного антимонопольного законодательства: экономический утилитаризм или принцип справедливости?**». Практике применения норм отечественного и зарубежного конкурентного права известны два стандарта оценки ответственности за нарушение правил добросовестной конкуренции: 1) принцип экономического утилитаризма; 2) принцип справедливости. Теория утилитаризма используется главным образом в англо-американской экономической и юридической науке для обоснования, критики и механизмов совершенствования современного антитрестовского права. Важнейшей составной частью этого направления является принцип консеквенциализма (consequentialism). В соответствии с ним нормативные предписания и другие институты должны оцениваться с учетом полезности последствий их реализации³. Именно на этом принципе основан экономический анализ права, широко востребованный для исследования последствий применения антимонопольного законодательства. Конституционный Суд РФ не использовал напрямую в своих решениях принцип экономического утилитаризма. Обычно по делам, связанным с антимонопольным законодательством, в решениях этого органа фигурирует принцип свободы добросовестной конкуренции (ч. 1 ст. 8 и ст. 34 Конституции РФ).

Другим критерием оценки антимонопольного законодательства является принцип справедливости. Разработанная в западной философской доктрине теория справедливости устанавливает, что все общественные ценности (к ним относятся и свобода экономической деятельности, и свобода конкуренции) должны быть распределены равномерно, кроме случаев, когда их неравное распределение оказывается выгодно каждому⁴. Эти требования применимы и к оценке мер ответственности за нарушение антимонопольного законодательства. Они выражаются в обоснованности и определенности вводимых законодателем мер регулирования экономической деятельности. Так, по поводу проблемы защиты конкуренции Конституционный Суд РФ отметил необходимость равного доступа к свободе экономической деятельности в п. 4-5 своего Постановления от 23 февраля 1999 г. № 4-П.

К.Ю. Тотьев оценил с точки зрения конституционного принципа справедливости правила об административной ответственности (одноуровневой и двухуровневой) за нарушение антимонопольного законодательства, содержащиеся в статьях 14.31-14.33 и 19.5 Кодекса РФ об административных правонарушениях (КоАП РФ) и пришел к следующим выводам.

Указанные нормы свидетельствуют о давно назревших усилении и специализации такой ответственности. Однако с точки зрения принципа справедливости обоснованность произведенных изменений вызывает сомнения⁵. Речь идет о существенном сужении области применения административной ответственности по

³ См.: *Smart J.J.C., Williams B.* Utilitarianism: for and against. Cambridge, 2007. P. 12.

⁴ *Rawls J.* A Theory of Justice. Harvard, 2005. P. 60.

⁵ См.: п.2.2 Постановления Конституционного Суда РФ от 20 апреля 2006 года № 4-П.

сравнению со сферой действия запретов Закона о защите конкуренции от 26 июля 2006 г. (ЗоЗК). Предусматривая значительный уровень административного усмотрения, отечественный законодатель в то же время не вводит подробных критериев его справедливой и эффективной реализации. Такая дискреция касается выбора: 1) между двумя моделями административной ответственности в КоАП РФ (одноуровневой и двухуровневой); 2) между общими, специальными и смежными составами, имеющими схожие признаки; 3) конкретного размера штрафных санкций. При этом общие положения о назначении административного наказания (ст. 3.1 и 3.5, ст. 4.1—4.7 КоАП РФ) не в полной мере адаптированы к специфике целей и способов реализации антимонопольного законодательства, и поэтому не устраняют указанные проблемы. Данные проблемы возникли во многом из-за настойчивого стремления отечественного законодателя включить все составы, обеспечивающие соблюдение антимонопольного законодательства, в КоАП РФ. Одним из возможных их решений могло бы стать возвращение административных санкций в текст ЗоЗК и ограничение роли КоАП РФ в установлении правил об антимонопольной ответственности лишь отсылочными нормами.

В докладе С.В. Гомцяна «Пути совершенствования правового режима приобретения крупных пакетов акций открытых акционерных обществ» были затронуты меры по совершенствованию двух важнейших составляющих российского правового режима приобретения крупных пакетов акций — правила обязательного предложения и правила добровольного предложения. В 2006 г. вступили в силу изменения в Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208—ФЗ «Об акционерных обществах» (далее — Закон об АО), устанавливающие детальный порядок приобретения крупных пакетов акций открытых акционерных обществ (более 30%). Несмотря на то, что эти изменения были внесены в российское законодательство сравнительно недавно, и основываются они на прогрессивном зарубежном опыте, анализ практики применения Закона об АО и сравнительно-правовое исследование норм российского права о приобретении крупных пакетов акций уже выявили ряд серьезных недостатков.

Анализ становления правовых режимов приобретения крупных пакетов акций в зарубежных правовых порядках (США, Великобритания, ЕС) показывает, что в процессе регулирования должна быть решена задача достижения баланса между двумя прямо противоположными целями: стимулированием корпоративной реструктуризации (т.е. облегчением процедуры приобретения крупных пакетов акций), с одной стороны, и созданием необходимых условий защиты прав и законных интересов миноритарных акционеров, с другой.

К сожалению, в Законе об АО этот баланс соблюдается не всегда, и именно это является причиной проблем при приобретении крупных пакетов акций. С учетом необходимости вышеуказанного баланса были предложены следующие основные направления совершенствования Закона об АО в части направления в акционерные общества обязательного и добровольного предложений:

- ограничение действия его правового режима акционерными обществами, акции которых обращаются на торгах организаторов торговли на рынке ценных бумаг, или которые имеют большое число акционеров (более 500 человек);
- распространение правила обязательного предложения на косвенное установление корпоративного контроля над акционерными обществами;
- сохранение диспозитивного характера нормы о пропорциональном приобретении акций в рамках добровольного предложения только в отношении заявления акционера о продаже акций;

- сокращение сроков действия обязательного и добровольного предложений и, соответственно, правила «невмешательства» (требование о сокращении полномочий совета директоров общества после поступления в общество обязательного или добровольного предложения); установление специальных правил созыва общего собрания акционеров после получения обществом публичной оферты.

Обзор составили: д.ю.н., проф. М.А.Краснов, д.ю.н., проф. В.Д.Мазаев, к.ю.н., проф. К.Ю.Тотьев (Государственный университет-Высшая школа экономики)

Г.А. Степанова

*Начальник отдела по
приему граждан и работе
с письмами Секретариата
Конституционного Суда РФ;*

Т.П. Ферাপонтова

*Начальник отдела по
обеспечению судебных
заседаний
Управления правовой
информации Секретариата
Конституционного Суда РФ;*

С.П. Сафонова

*Главный консультант
Секретариата
Конституционного Суда РФ*

Деятельность Конституционного Суда Российской Федерации в 2008—начале 2009 года. Некоторые цифры

За период с 1 января 2008 г. по 31 марта 2009 г. в Конституционный Суд поступило **22 045** обращений (из них 16 592 — в 2008 году, 5 453 — в первом квартале 2009 года). В основном это жалобы граждан и их объединений.

Наибольшее количество обращений касается вопросов **уголовного права и процесса** — за этот период зарегистрировано **7 391** (из них: по вопросам 474; — 626; — 247; 4 044 обращения). Далее (в порядке убывания):

защита конституционных прав и свобод граждан — 5 464 (из них: по вопросам 3 266; — 1 070; — 453; 135; — 51; — 44; - 25; — 420 обращений);

гражданское право и процесс — 4 850 (из них: по вопросам — 1 423; — 280; — 3 147 обращений);

хозяйственное право, арбитражная практика, финансовое и налоговое законодательство — 632 обращения;

конституционное право — 360 (из них: по вопросам, связанным — 119; 36; 30; — 175 обращений);

административное право — 307 (из них: по вопросам — 153; — 86; по 68 обращениям);

экономика и финансы — 288 (из них: по вопросам — 171; 49; 68 обращений);

экологическое и земельное право — 126 (из них: по вопросам — 51; 14; по - 6 1 обращение);

проблемы армии и ВМФ — 88 обращений;

деятельность общественных организаций, фондов, союзов — 12 обращений;

федеративное устройство и конституционно-правовой статус субъектов РФ — 10 обращений;

международное право, деятельность СНГ — 1 обращение; **государственная и общественная жизнь — 1800;**

отклики и предложения по работе Конституционного Суда РФ — 656, отклики на события в стране — 60.

Если сравнить эти данные с данными за весь предыдущий период работы Конституционного Суда РФ, то соотношение распределения количества поступающих обращений по тематикам в целом сохраняется и в 2008 году, и в первом квартале 2009 года. Не снижается доля обращений по проблемам уголовного права и процесса (24% — по данным за период с 1995 по 2007 годы¹, 35% — в 2008 г., 30% — в первом квартале 2009 г.), соблюдения конституционных прав и свобод (соответственно 25%, 24% и 27%), гражданского права и процесса (соответственно 22%, 22% и 23%). Но есть некоторые особенности. В 2008 году по сравнению с данными за весь предыдущий период уменьшился поток обращений по вопросам конституционно-правового статуса и административно-территориальных отношений субъектов федерации (0,06%), а за первый квартал 2009 года не поступило ни одного обращения по этой тематике. Меньше стало обращений по проблемам конституционного права (3,3% по данным за период с 1995 по 2007 годы, 1,7% — в 2008 г., 1,4% — в первом квартале 2009 г.). В то же время в обращениях в Конституционный Суд вопросы экологического и земельного права поднимались в этот период чаще.

Конституционным Судом Российской Федерации рассмотрено в публичных судебных заседаниях **18** дел: в пленарных заседаниях — 5; в заседаниях палат — 13. В том числе: в соответствии со статьей 125 (часть 2) Конституции Российской Федерации — 2 дела; в соответствии со статьей 125 (часть 4) Конституции Российской Федерации — 15 дел; одно дело рассмотрено в порядке официального разъяснения решения (статья 83 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации»).

Поводом к рассмотрению дел явились **33** обращения **39** заявителей, соединенные в некоторых делах в одном производстве как касающиеся одного и того же предмета. Из них: жалобы граждан и их объединений — 29, запросы органов законодательной власти субъектов — 1, запросы судов общей юрисдикции и арбитражных судов — 2, ходатайства об официальном разъяснении решения — 1.

Оспариваемые заявителями положения нормативных актов признаны: по 6 делам — не противоречащими Конституции Российской Федерации, в том числе с выявлением конституционно-правового смысла; по 11 делам — не соответствующими Конституции полностью или в части. В 12 делах правоприменительные решения по делам 27 заявителей, принятые на основании оспариваемых положений, признанных не соответствующими Конституции или в истолковании, расходящемся с их конституционно-правовым смыслом, выявленным Конституционным Судом Российской Федерации, подлежат пересмотру.

За этот же период Конституционным Судом было вынесено **1 474** определения. Из них: о прекращении производства по делу до начала его рассмотрения в заседании — 8; по запросам государственных органов, судов общей юрисдикции и арбитражных судов — 31; по ходатайствам о разъяснении решений — 58, по жалобам граждан и их объединений — 1377; в том числе 57 определений, в которых подтверждаются или развиваются правовые позиции, выраженные ранее в решениях Конституционного Суда Российской Федерации.

Статистические данные о деятельности Конституционного Суда РФ за последний год свидетельствуют о том, что темпы и напряженность работы Суда с момента его переезда в Санкт-Петербург не снизились.

¹ Конституционный Суд Российской Федерации. Постановления. Определения. 2007 / сост. и отв. ред. В.Г.Стрекозов. — М.: Норма, 2008. С. 603

За период с 21 мая 2008 г. по 20 мая 2009 г. в Конституционный Суд поступило **19 756** обращений (из них зарегистрировано в Представительстве КС в Москве — 5 347, остальные направлены заявителями непосредственно в Санкт-Петербург и зарегистрированы там).

За год работы в Санкт-Петербурге Конституционным Судом РФ рассмотрено в публичных заседаниях **13** дел: в пленарных заседаниях — 3; в заседаниях палат — 10.

В заседаниях Конституционного Суда Российской Федерации в порядке статей 40 и 41 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» за этот год приняты **1333** определения, из них 36 — с выявлением конституционно-правового смысла оспариваемых положений на основе правовых позиций Конституционного Суда Российской Федерации, выраженных им ранее в решениях, сохраняющих свою силу.

LEGAL THOUGHT: HISTORY AND CONTEMPORARITY

V.G. Grafski

CONSTITUTIONALISM AS A SUBJECT OF RESEARCH

The article is devoted to a fundamental theoretical problem, which is connected both with legal theory and constitutional law. The author explores content of terms «constitutionalism», «false constitutionalism», «constitutional state», «political constitution», «rule of law» and their understanding in different countries and in various time periods. The article analyses the role of Russian legal scholars in studying this issue. The author emphasizes the tendency developing in many countries to study the constitutional law in collaboration with such disciplines as administrative and financial law.

LS.U.Danilov

ECONOMIC SCHOOL IN FOREIGN CONSTITUTIONAL DOCTRINE

The article contains the characteristic features of a new approach to constitutional doctrine in countries of West democracies. The author considers the origins of constitutional political economy, analyses the correlation between legal and economic components under such approach. The some research results are presented. The development of constitutional political economy is understood as evidence of cooperation among various scientific fields, legal, economic and political ones.

I.V. Getman-Pavlova

CHARLES DUMOULIN — FOUNDER OF AUTONOMY WILL THEORY IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW

The article is devoted to the research of life and work of a well-known French scientist of the XVI century Charles Dumoulin, the founder of the theory of an autonomy of will in the international private law. Dumoulin, as all his predecessors, proceeded from substantive law norms. Innovation of the scientist is an idea about the right of the parties freely to choose an applicable law not only by means of the special agreement, but also according to their silent or even the hypothetical agreement. The scientist managed to spell out his own doctrine of conflict of laws: in contractual relations when conflict of laws occurs the law chosen by the parties prevails.

RUSSIAN LAW: CONDITIONS, PERSPECTIVES, COMMENTARIES

N.I. Solovianenko

LEGAL PROBLEMS OF ACCESS TO INFORMATION ABOUT DISTRIBUTION OF STATE AND MUNICIPAL PURCHASES

The article contains an analysis of problems of access to information about state and municipal orders and purchases. State purchases are financed by the state budget and their legal regulation is necessary which will enable to maintain the principles of competition, transparency and control. Therefore legal norms regulating access to such information play an important role. They permit to reduce the threat of corruption in this sphere.

V.V.Kuleshov

Some Peculiarities of Services Connected with an International Carriage of Cargo

Notion and peculiarities of dividing services into ordinary ones and those connected with an international carriage of cargo. Some peculiarities of forwarding agent's liability. Different approaches to the definition of international carriage.

L.A.Prokudina

FUNCTION OF COURT BODY IN TRIAL

The article is devoted to the optimization of judges' occupancy, their release from technical and organizational functions, which are not part of administration of justice. It is achieved by involving court and judge office officials into administration of justice. Definitions "judicial activity" and "justice" demarcation are considered. The article dwells upon composition and procedural status of court body officials, who work with the judge and are part of judge's office. Foreign experience of using court officials in administration of justice is also examined in the article.

A.S.Shatalov

CONTROL AND RECORDS OF TALKS DURING PRELIMINARY INVESTIGATION: LEGAL BACKGROUND, TACTICAL CONDITION, TECHNOLOGY OF BEHAVIOUR

For ensuring the constitutional right for confidence of phone and other talks there is a special article in the Criminal procedure code covering control and recording of talks during preliminary investigation. It is the only investigation activity admissible only in such criminal matters as felony, and in case of necessary background. This investigation activity is impossible in cases of misdemeanour. Because of this, in every case of controlling and recording talks an investigator must issue a written order to realize this action technically.

The article explains what control and recording talks means, defines their legal foundations and technical conditions.

LAW IN THE MODERN WORLD

U.M.Umashev

THE FREE MOVEMENT OF GOODS IN EUROPEAN UNION: NON-TARIFF BARRIERS

The article is devoted to the problem of removing the quantitative restrictions (QR) on imports and all measures having equivalent effect (MHEE) to quantitative restrictions within the European Community internal market according to art. 28 of the EC Treaty.

The author underlines the decisive role of the European Court of Justice in shaping legal mechanism aimed at stimulating the freedom of goods in the EC. Three leading cases (Case 8/74 Dassonville, case 120/78 Cassis de Dijon , joint cases C-267 & 268/91 Keck et Mithouard) and the practice that followed in this field are thoroughly analyzed thus permitting the author to make a conclusion that the EC tries to find optimal ways of cooperation between the national legislation of member-states and the EC law in order to develop an effective legal instrument for stimulating free movement of goods within the territory of the European Union as a whole.

T.N.Troshkina

THE PRACTICE OF NON-TARIFF BARRIERS IN THE USA: THE DEVELOPMENT OF LEGAL AND ORGANIZATIONAL FOUNDATIONS

The article researches the system of measures for non-tariff regulation of international trade. It compares the contents of the aggregate notion of “non-tariff regulation” defined by various international organizations and national legislations differentiating notions close in their meanings. The author defines and analyses the essence of non-tariff regulation and non-tariff measures used to provide it, through the notion of customs-tariff regulation and identifies the deficiencies of such definitions.

DISCUSSION CLUB

M.S. Arsanukaeva

CUSTOMARY LAW CHECHEN AND INGUSH (XIX — BEGINNING OF XX CENTURIES)

In the XIX century the Russian government collected, systematized and studied the rules of customary law of Caucasian highlanders (adats). Adats, regulated property relations got an official recognition and were applied by mountain verbal (folk), village (aul) and arbitral tribunals. Chechen and Ingush customary law were characterised by the multiplicity of actors, the equality of «their» — members of the indigenous genera (Taipei), the limited capacity of «outsiders», different rules in the mountains and on the plains, low developed of some institutions, low level of legal technology.

SCIENTIFIC EVENTS

PANEL «LAW» OF INTERNATIONAL SCIENTIFIC CONFERENCE HELD IN STATE UNIVERSITY — HIGHER SCHOOL OF ECONOMICS (APRIL 7 — 9, 2009)

An overview of reports presented at panel «Law» of International scientific conference held in State University — Higher School of Economics under Government of Russian Federation, April 7 — 9, 2009, Moscow. The panel included sessions under the titles «Legal stimulus of social activity» and «Efficiency of law as factor of economic development» and the round table «Law and economics»

Round table «Policies Towards Personnel and System of Social Partnership in Times of Global Financial and Economic Crisis»

An overview of reports presented at the round table under the title «Policies towards personnel and system of social partnership in times of global financial and economic crisis» which took place under the auspices of labour law department at law faculty of State University — Higher School of Economics

LAW IN FIGURES

G.A.Stepanova, T.P.Ferapontova, S.A.Safonova

ACTIVITY OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF RUSSIAN FEDERATION IN 2008 — 2009

The article presents a statistical analysis of activities of the Constitutional Court of the Russian Federation in the period 2008- early 2009.

Требования к оформлению текста 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 усл.п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл.п.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.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-208 «Система стандартов по информации библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общее требование и правило составления, утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии «введен в действие 01.01.2009 г.».

Статьи должны сопровождаться краткой аннотацией и ключевыми словами 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 рецензента рукопись с дискетой возвращается автору на доработку. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Позиция редакции необязательно совпадает с мнением авторов.

Перепечатка материалов только по согласованию с редакцией.

Редактор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *О.А. Иванова*
Корректор *Е.Е. Андреева*

Подписано в печать 19.03.2009. Формат 70×80/16

Усл. печ. л. 8. Тираж 600 экз.

Отпечатано в типографии

Тираж изготовлен при содействии ООО «МАКС Пресс»