

# Право

журнал  
высшей  
школы  
экономики

1/2009

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. Первалов  
Ю.А. Тихомиров

## Редакционная коллегия

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

## Главный редактор

И.Ю. Богдановская

## Адрес редакции

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](http://www.hse.ru)

## Правовая мысль: история и современность

### Ю.М. Юмашев, К.В. Филимонов

Европейский союз и международное частное право:  
истоки европейского частного права (школа глоссаторов) 3

## Российское право: состояние, перспективы, комментарии

### Н.Н. Ефремова

Эволюция отечественного правосудия  
(судебные реформы XX — начала XXI в.) 21

### Н.Ю. Ерпылева

Расчетные отношения в теории банковского права  
и российском законодательстве 36

### А.Г. Калпин

Ответственность судовладельца за ущерб,  
причиненный несохранностью груза 51

### А.А. Шахматев

Категория «режим» в правовом механизме налогообложения 63

## Реформа юридического образования

### Н.А. Богданова

Преподавание конституционного права: поиск модели  
фундаментального образования 79

### Д.В. Кузнецов

Особенности правового статуса декана факультета  
и заведующего кафедрой в высшем учебном заведении 94

## Дискуссионный клуб

Конституционный механизм власти: роль в кризисных условиях 99

## Рецензии

### Н.М. Нестерова

Авторское право России и Франции:  
сравнительно-правовые аспекты 119

## Право в цифрах

### С.В. Кротков, И.Э. Круговых

Статистические параметры законотворчества 121

## Summary

124



### **Publisher**

State University —  
Higher School  
of Economics

### **Editorial Council**

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

### **Editorial Board**

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

### **Chief Editor**

I.U. Bogdanovskaya

### **Address:**

Malaya Ordynka Str., 17,  
Moscow, P.O. 119017,  
Russia  
Tel.: (985) 220-99-87  
<http://law-journal.hse.ru>  
e-mail: [lawjournal@hse.ru](mailto:lawjournal@hse.ru)

## **Legal Thought: History and Contemporarity**

### **U.M. Umashev, K.V. Filimonov**

EC and International Private Law: The Background  
of European Private law (the School of Glossators) 3

## **Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries**

### **N.N. Efremova**

The Evolution of Russian Justice  
(Court Reforms of XX—XXI centuries) 21

### **N.U. Erpyleva**

Settlement Relations In Theory of Banking Law and Russian Legislation 36

### **A.G.Kalpin**

Responsibility of Ship-Handlers for Damage Caused  
by Non-Cargo of Freight 51

### **A.A. Shakhmametiev**

Category of Regime in Legal Mechanism of Taxation 63

## **Legal Education Reform**

### **N.A. Bogdanova**

Teaching Constitutional Law: In Search  
of Fundamental Education Pattern 79

### **D.V. Kusnetsov**

Status of Dean of Faculty and Head of Chair 94

## **Discussion Club**

Constitutional Mechanism of Power in Crisis Times 99

## **Book Review**

### **N.M. Nesterova**

Copyright in Russia and France: Comparative Legal Aspect 119

## **Law in Figures**

### **C.V. Krotkov, I.E. Krugovykh**

Statistical Dimensions of Law-Making 121

## **Summary**

124



**Ю.М. Юмашев**

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

**К.В. Филимонов**

*Старший преподаватель  
кафедры международного  
частного права факультета  
права Государственного  
университета — Высшей  
школы экономики*

## Европейский союз и международное частное право: истоки европейского частного права (школа глоссаторов)\*

Международное частное право (далее — МЧП) является одним из основных инструментов регулирования частноправовых отношений с «иностранным элементом». Его существенную роль для интеграционных процессов в Европейском союзе/Европейском сообществе (далее — ЕС) трудно переоценить, особенно учитывая тот факт, что их конечной целью является становление единого внутреннего рынка посредством обеспечения свободного движения лиц, товаров, услуг и капиталов на всей территории Союза/Сообщества.

Однако МЧП, несмотря на свою бесспорную значимость, представляет собой лишь элемент частноправового механизма регулирования делового и гражданского оборота в ЕС. Представляется целесообразным рассмотреть проблемы МЧП, с которыми приходится сталкиваться Сообществу, в контексте усилий, предпринимаемых по разработке так называемого «европейского частного права» (что само по себе чревато серьезными противоречиями, поскольку право ЕС по своей юридической природе является публичным). В связи с этим необходимо совершить экскурс в историю вопроса, чтобы лучше понять, какие предпосылки послужили стимулом для постановки этой сложной задачи и с какими препятствиями Сообщество сталкивается на пути ее реализации.

### **Истоки зарождения западноевропейского частного права (*ius commune* и глоссаторы)**

Правопорядки современных западноевропейских государств — результат многовекового исторического процесса, сопровождавшегося взаимопроникновением культур различных народов, которые населяли Западную Европу. При всем разнообразии и их коренных отличиях эти правовые порядки имеют общие корни — римское право, кодифицированное Юстинианом в середине VI в. н.э., и каноническое

---

\* Данная статья является первой из серии статей, посвященных вопросу развития частного права Европейского союза.

право католической церкви. Феномен восприятия Западной Европой «вторично» рожденного Юстиниановой компиляцией римского права и канонического права историки права называют «рецепцией римского права». Ее начало традиционно относят к XII в. — «первому веку европейского Возрождения», когда стали возникать правовые школы и университеты, приступившие к изучению, систематизации и научной обработке римского и канонического права как предмета «обоих прав» (*utrumque ius*). Именно с XII в. «оба права» приобретают общеевропейское распространение в качестве универсального правового порядка.

Однако этому «вступлению» предшествовала шестивековая «пауза», или «цезура» (по остроумному выражению немецкого исследователя Виакера), которая наступила после падения Рима в 476 г. и значение которой для современного западноевропейского права трудно переоценить. Строго говоря, разрушение Западной Римской империи изнутри началось задолго до 476 г. под натиском германских племен и мощной волны «великого переселения народов». В эту эпоху зарождались новые языки и нации Западной Европы. Варварские германские племена (бургунды, весты и остготы, франки) — были допущены в пределы «*limes*»<sup>1</sup>. Их поселения, часто организованные в отдельные административные округа, нередко занимали до 2/3 территории тех провинций, в которых они проживали. В этих условиях происходит резкое снижение уровня культуры Империи, с одной стороны, и переплетение элементов латинской Европы и варварских племен — с другой. Это не могло не сказаться на коренных изменениях в области права.

Империя не могла не признать правовые обычаи племен, вошедших в ее состав, и как следствие — регулировать внутри- и межплеменные отношения, руководствуясь *принципом личного права*. Уже в недрах Римской империи времен упадка устанавливается *система личных прав*, которая впоследствии приобрела большую практическую значимость<sup>2</sup>. Другим следствием этого положения стала «варваризация римского права». В конце V — начале VI в. появились три основные компиляции «испорченного римского права» — эдикты остготских королей, римский закон бургундов и римский закон вестготов. В течение первой половины Средних веков Вестготская компиляция была для Западной Европы главным источником римского права<sup>3</sup>. Важнейшей особенностью истории европейского права того периода являлось то, что первоначально римское право было известно только в форме императорских указов и суррогатов юриспруденции постклассического периода.

Не меньшее, если не большее влияние на возрождение правовой культуры Запада оказала *католическая церковь*. Со времен Константина Великого она взяла на себя выполнение многих общественных, социальных и моральных функций. В лице церкви молодые народы увидели, как «непостижимым, божественным образом» «во плоти и крови» продолжали существовать Рим и римское право, несмотря на исчезновение Империи. Христианство оказывало определяющее влияние на развитие европейской правовой мысли даже в тех случаях, когда законодатели и юристы едва ли осознавали наличие взаимозависимости между христианством и правом. Для раннего Средневековья типичным остается факт, что функция распро-

<sup>1</sup> Границы Римской империи.

<sup>2</sup> В частности, уже после падения Западной Римской империи и образования «варварских королевств» римлянам было предоставлено право решать гражданские дела по собственному праву. В новой истории в колониальный период подданные метрополий подлежали собственному праву в отличие от местных жителей тех стран, на территории которых они проживали.

<sup>3</sup> Вестготская компиляция, или «Бревиарий Алариха» 506 г. Его краткое содержание, см., напр.: Виноградов П. Г. Римское право в средневековой Европе. М., 1910. С. 5 и сл.

странения и редактирования писаного права (которым было римское право) полностью осуществлялась носителями церковного образования. Такое образование всегда было связано с монастырской и богословской школами<sup>4</sup>. Помимо всего прочего, это означало, что любое письменное оформление какого-либо прецедента, любой закон, протокол или документ были связаны с языком церкви (латинским языком). Формы правовых сделок вульгаризированного римского права вошли в «плоть и кровь» европейской правовой культуры раннего Средневековья. Церковь в те «темные века» оставалась основным хранителем римской правовой традиции<sup>5</sup>. Именно католическая церковь благодаря своей миссионерской деятельности распространяла знания о римском праве в самые отдаленные уголки средневековой Европы уже после падения Западной Римской империи. Элементарное знакомство с римским правом, как неотъемлемой частью античного наследия, было обязательным элементом образования священников.

В области *процессуального права* прослеживается та же тенденция. Его развитие в целом следует развитию материального права и нередко оказывает влияние на формирование последнего. После падения Рима церковные суды в отличие от судов германских племен оставались «общеевропейскими» судами. Их юрисдикции подчинялись все верующие, независимо от своей национальной принадлежности. В первую очередь это касалось брачно-семейных и наследственных отношений. Не последнюю роль сыграл тот факт, что лишь духовенство в тот период было основным носителем грамотности и письменности<sup>6</sup>.

Следует подчеркнуть, что церковь активно развивала и собственное право на основе римского, обращаясь как к общим принципам, так и вопросам, непосредственно касающимся веры и священнослужителей<sup>7</sup>. Тенденция к формированию канонического права прослеживается с конца V в. Уже в IX в. появляются компиляции, которые содержат материалы римского права, относящиеся к церкви, например, «*Lex romana canonice compta*»<sup>8</sup>. Однако подобные сборники носят еще случайный и разрозненный характер.

Наряду с развитием правовых аспектов функционирования католической церкви происходят существенные изменения в ее политическом статусе. Не в последнюю очередь они связаны с энергичной подвижнической деятельностью Папы Григория I Великого (около 540—604 гг.) При нем окончательно складывается организация материальной базы папской власти. Церковь становится самым богатым землевладельцем в Италии. Он сдерживает экспансию лангобардов и обращает их в католичество<sup>9</sup>. Самое главное — он добивается от византийского императора Фоки в 603 г. признания Рима «главой всех церквей» (*caput omnium ecclesiarum*)

<sup>4</sup> То, что мы сегодня называем преподаванием права, в то время включало общую подготовку священника к выполнению им духовных, церковных и светских функций.

<sup>5</sup> Не случайно в «Рипуарской правде» отмечается, что «церковь живет римским правом». См.: Stein P. Roman Law in European History. Cambridge, 2004. P. 40.

<sup>6</sup> Почти 90% образованных европейцев раннего Средневековья прошли обучение в монастырях, которые на протяжении шести веков были единственными образовательными учреждениями на Западе. См.: Азимов А. Темные века. М., 2005. С. 119.

<sup>7</sup> Например, правового статуса монахов, о чем речь идет в «Новеллах» Юстиниановой компиляции. В принципе, еще со времен Константина Великого регулирование церковных дел стало отраслью имперского законодательства. См.: Петерский И.С. Дигесты Юстиниана. М., 1956. С. 25.

<sup>8</sup> Stein P. Op. cit. P. 40.

<sup>9</sup> Большинство германских племен, обращенных в христианство, придерживалось арианского учения.

Западной римской империи. Григорий I стремился не только завершить строительство религиозного универсализма на Западе, не только поднять значение римско-католической церкви, но и добиться ее политической самостоятельности от воли светских государей (что в дальнейшем осуществил Папа Григорий VII).

При Григории I население Рима впервые избрало Папу первосвященником (*Pontifex Maximus*). В результате его административно-организационной и экономической деятельности, а также благодаря усилиям по распространению католицизма среди германских племен был заложен фундамент перехода и к политическому универсализму, и к христианизации европейского права. Таким образом был создан новый центр высшей власти в Риме — папство, и католическая церковь стала самостоятельной политической силой. Считается, что с понтификатом Григория I завершилась христианская античность и начались Средние века<sup>10</sup>. Они начались с чувства христианского единения Европы и стремления поддерживать это единение. В то же время следствием политической самостоятельности католической церкви стало усиление борьбы между папством и светской властью.

Третьим элементом правовой инфраструктуры Европы раннего Средневековья было «местное (собственное) право» (*ius proprium*), т.е. обычное право германских племен, уставы городских коммун и общин и т.д.<sup>11</sup> Вторжение готов, лангобардов и франков в провинции Империи принесло с собой множество правовых обычаев завоевателей, которые отличались не только от римского права, но и друг от друга. Это, естественно, приводило к затруднениям, особенно когда членам различных племен приходилось вступать в сделки друг с другом, поскольку каждый из них следовал своему праву. Постепенно местные обычаи становятся характерной чертой раннего Средневековья; письменные обычаи и составление их официальных сборников все больше начинают соседствовать с устной традицией. Это привело к определенной стабильности правового регулирования и к вытеснению тех обычаев, которые противоречили зафиксированным в сборниках и одобренным властями<sup>12</sup>. Так, Салическая и Рипуарская правды, лангобардское право почти исключительно основаны на собственных племенных принципах, хотя их тексты записаны на латинском языке. Римское право оставалось для местных обычаев «иностранным», но римские правовые традиции проникали в них под влиянием христианской церкви (в первую очередь в процессуальной сфере) и в связи с необходимостью регулировать гражданские сделки, что осуществлялось с помощью обширных заимствований из римских юридических норм для восполнения пробелов в местном праве<sup>13</sup>.

В связи с этим хотелось бы также отметить «капитулярии» Карла Великого<sup>14</sup>. Их нельзя назвать законодательными актами в современном смысле слова. Скорее, это были императорские предписания, представлявшие собой пеструю смесь судебных решений, воззваний, публичных и частных договоров. «Капитулярии» имели ярко выраженную религиозную окраску, поскольку Карл Великий находился под сильным влиянием своего духовного наставника Алкуина и был убежден, что, создавая

<sup>10</sup> Рожков В. Очерки по истории римской католической церкви. М., 1998. С. 53.

<sup>11</sup> Некоторые современные ученые полагают, что термин был заимствован из «институций» Свода гражданского права (*Corpus iuris civilis*) Юстиниана («quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsis proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi *ius proprium* ipsius civitatis») (*Institutiones*, I. II. 1). См., напр.: *Van Caenegem R.C. An Introduction to Private Law*. Cambridge, 1992. P. 46.

<sup>12</sup> *Van Caenegem R.C. Op. cit.* P. 36.

<sup>13</sup> Виноградов П.Г. Указ. соч. С.18.

<sup>14</sup> «Капитулярии» — разбивка акта на главы, части, разделы, параграфы и т.д. От лат. *capitulum*.

империю, он строит «Град Божий» Св. Августина на земле<sup>15</sup>. Убеждения Карла отразились и на «капитуляриях». Они вносили в обычное право германских племен элементы христианской этики и стремились формировать повседневную жизнь согласно принципам милосердия. В правовом смысле «капитулярии» проводили знак равенства между понятиями «грех» и «неправо», а «добродетель» являлась синонимом «права»<sup>16</sup>. Это служило эффективным инструментом практического осуществления туземного права с помощью христианских взглядов на нравственность.

В отличие от *ius proregium*, основанного на принципе личной подсудности, «капитулярии» представляли собой территориальное право. Это позволило некоторым исследователям назвать «капитулярии» первым корпусом права, заслуживающим название «общего» (*ius commune*), тем более, что в то время уже шел активный процесс смешения племен, и их германские языки положили начало различным диалектам «народной латыни»<sup>17</sup>. Такой вывод не лишен основания, так как Карлу удалось, по крайней мере на время, политически и духовно объединить западный мир. Главной целью существования власти для Карла было служение Церкви. Он видел в вере единственное обоснование политической власти, и своим правлением как бы санкционировал смешение духовного и светского, столь характерное для Средних веков. Позднее папство, опираясь на подобное понимание общественно-го развития, возьмет на себя миссию объединения Европы.

Таким образом, в раннем Средневековье сложились три формы права, положившие начало развитию правовых систем современных европейских государств: варваризированное римское право, церковное право и право германских племен (в первую очередь франков и лангобардов). Эти три правовые системы не были должным образом систематизированы, их содержание часто носило случайный характер. Но они активно взаимодействовали между собой. В результате происходящей конвергенции наметилась четкая тенденция к «романизации» местного права, как благодаря предпочтению, отдаваемому писаному на латыни праву, так и превращению европейского континента в единую «христианскую республику» (т.е. христианское государство).

Тем не менее, *ius proregium* сохраняло свою самостоятельность, что породило проблему его соотношения с варваризированным римским и церковным правом. Практика помогла сформулировать компромиссную презумпцию примата норм римского права, как норм более общего характера, которая, однако, может быть опровергнута доказательствами ограниченного действия этих норм<sup>18</sup>.

## Римское право и глоссаторы

Первые шесть веков болезненного и трудного становления частного права современной Европы не прошли даром. Причудливое переплетение античности, христианства и обычаев древних германских племен породили новый культурный феномен, одной из характерных черт которого стало «единство в многообразии».

<sup>15</sup> Управление в Каролингской империи находилось в руках священнослужителей даже в большей мере, чем в Империи Константина Великого. Епископы наряду с дворянством участвовали в местном управлении. Так называемая «Королевская капелла», состоявшая из священников, приняла на себя большую часть государственного управления в целом. См.: *Рожков В.* Указ. соч. С. 59 и сл.

<sup>16</sup> Эти взгляды легли в основу «моральной теологии», разработанной церковью в XVI в.

<sup>17</sup> *Stein P.* Op. cit. P. 49.

<sup>18</sup> *Schlosser H.* Grundzuege der neueren Privatrechtsgeschichte. Heidelberg, 2005. S. 5.

С этой точки зрения поворотным пунктом в истории европейской цивилизации становятся XI—XII вв. В этот период происходят коренные изменения в социально-экономическом и интеллектуальном развитии Европы. Они явились следствием небывалого хозяйственного подъема, интенсификации международных и культурных обменов, связанных с крестовыми походами, расширением денежного обращения, развитием путей сообщения. В этот период началось и формирование зачатков современной государственности императорами Священной римской империи из гогенштауфеновской династии (на юге Италии и в Сицилии) и французскими королями (на территории современной Франции)<sup>19</sup>. Но главное — и это следует подчеркнуть в аспекте данной работы — стремительно растут города и их население, появляются первые университеты. Они знаменуют собой расцвет интеллектуальной жизни, что нашло свое наиболее яркое выражение в схоластической философии и разработке абстрактных принципов мышления, характерных для духовного развития континентальной Европы в отличие от прагматизма и конкретного мышления англосаксов<sup>20</sup>.

Одновременно не следует забывать, что развитие университетов в средневековой Европе осуществлялось под эгидой и контролем церкви. Она же реализует и идею единства Европы в XII—XIII вв., одержав победу над светской властью в борьбе за политическую инвеституру (во время понтификата Григория VII)<sup>21</sup>. Начатое им движение за политический примат церкви не только в духовных, но и в мирских делах, за ее независимость от светской власти коренным образом изменило западное христианство и в конечном счете привело к отделению церкви от государства, что не было известно ни византийскому православию, ни мусульманству. Это событие в европейском христианском мире оставило наиболее заметный след<sup>22</sup>. Деятельность Григория VII принято называть «грегорианской реформой» или «папской революцией». В юридическом плане она привела к распространению папской юрисдикции не только на вопросы веры и морали, но и на гражданско-правовую сферу, в частности на брачно-семейные и наследственные дела. Разделение, одновременность и взаимодействие светской и духовной юрисдикций стали основным источником западной традиции права<sup>23</sup>.

Право, являясь неотъемлемой частью культурного возрождения Западной Европы, играло ведущую роль в университетском образовании. Этому во многом способствовало вторичное открытие в XII в. **кодифицированного Юстинианом полного Свода гражданского римского права (Corpus Iuris Civilis)**, его анализ и синтез с помощью методов схоластической философии<sup>24</sup>. Римское право дало всей Европе

<sup>19</sup> См., напр.: *Колесницкий Н.Ф.* Священная Римская империя: притязания и действительность. М., 1977. С. 169; *Schulze H.* Staat und Nation in der Europäeischen Geschichte. München, 1999. S. 31—32.

<sup>20</sup> *Жильсон Э.* Философия в Средние века. М., 2004. С. 577.

<sup>21</sup> Григорий VII (около 1020—1085), Папа Римский с 1073 по 1085 г. Его называют «духовным зодчим Средневековья».

<sup>22</sup> *Ле Гофф Ж.* Рождение Европы. СПб., 2007. С. 98—99.

<sup>23</sup> *Берман Г.Дж.* Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994. С. 106. Автор отмечает, что до 1075 г. юрисдикция Папы над мирянами подчинялась юрисдикции императора и королей.

<sup>24</sup> Термин «Corpus Iuris Civilis» появился в XII в., при глоссаторах. См.: *Перетерский И.С.* Указ. соч. С. 31.



(включая Англию) большую часть юридического словарного запаса; схоластический метод остался преобладающим способом юридического способа мышления на Западе вплоть до сегодняшнего дня<sup>25</sup>.

Традиционно историки права выделяют три этапа освоения Юстинианова Свода римского гражданского права европейской юридической мыслью и позитивным правом. Эти этапы отличаются друг от друга с точки зрения как подходов, так и методологии: в XII—XIII вв. — **гlossаторы**, в XIV—XV вв. — **комментаторы** («пост-гlossаторы», как их продолжают называть некоторые историки права), в XVI—XVII вв. — гуманисты.

*Гlossаторы.* Первоначально пробудившийся интерес к изучению права вызвал к жизни создание четырех центров юридического преподавания в Провансе, Ломбардии, Равенне и Болонье. Из этих четырех центров болонская школа права, сформировавшаяся в Болонском университете, получила всемирную известность благодаря новаторскому подходу гlossаторов к исследованию и преподаванию *Corpus Iuris Civilis*.

*Болонский университет* был первым европейским университетом. От других старейших университетов Европы он отличался тем, что не был создан специальным актом церковных или городских властей, а возник в определенной степени стихийно благодаря потребностям студентов-юристов в самостоятельной организации для получения качественного образования и признанной повсеместно квалификации. Университетская корпорация включала только студентов. Профессора составляли отдельную коллегия докторов. На какое-то время Болонский университет стал моделью, прообразом средневекового университета, управлявшегося студентами и нанимавшего профессоров для их обучения. Хотя в университете были и другие факультеты (теологический и медицинский), бесспорная пальма первенства принадлежала факультетам гражданского и канонического права. Их влияние росло на протяжении XII в., и в конечном счете они слились.

Еще одна особенность Болонского университета заключалась в том, что в эпоху, когда обучение в принципе было функцией церкви, в Болонье более ста лет преподавание не подлежало церковному контролю. Это, несомненно, способствовало независимости университета<sup>26</sup>.

К концу XII в. положение Болоньи как всеевропейского центра юриспруденции («матери права») стало неоспоримым, и туда съезжались тысячи студентов со

<sup>25</sup> Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 127. О римской правовой терминологии в английском праве см., напр.: Borowski F., du Plessis P. Roman Law. Oxford, 2005. P. 387 ets. О схоластическом методе при изучении и применении права см.: Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 135 и сл.; Ле Гофф Ж. Интеллектуалы в Средние века. М., 1997. С. 112 и сл.

<sup>26</sup> Возникновение болонской школы права относят к началу преподавания в Болонском университете римского права Ирнерием (ум. 1130 г.) в конце XI в. (около 1088 г.) по приглашению герцогини Матильды Тосканской, друга Папы Григория VII. Сам Ирнерий (как и его ученики и последователи) поддерживал светскую власть, за что и был отлучен от церкви. Не случайно Фридрих Барбаросса в 1154—1155 гг. в благодарность за поддержку в его борьбе с Папой Римским за инвеституру наделяет студентов и преподавателей Болонского университета особыми привилегиями, подобными цеховым: они включали, в частности, право на самоуправление и независимость от городских властей. Лишь в 1219 г. номинальной главой университета становится архидиакон Болоньи. Но и тогда могущество университетских корпораций опиралось на три основные привилегии: право прямого обращения к Папе (т.е. автономную юрисдикцию), право на забастовку и уход (что было невыгодно для города с экономической точки зрения), монополию на присвоение университетских степеней. См.: Ле Гофф Ж. Интеллектуалы в Средние века. С. 87, 96.

всего континента<sup>27</sup>. Впервые со времен падения Рима благодаря Болонскому университету право на Западе стало самостоятельной дисциплиной. Прослушавшие успешно сложный курс обучения получали квалификацию профессиональных юристов. Недаром XII в. не без основания называют «юридическим веком».

В значительной степени этому способствовало вторичное открытие «Дигест» в Северной Италии, так как в них в значительной степени отражено содержание римского права в целом. «Дигесты» стали основным предметом изучения, разработки и преподавания «глоссаторами» частного права в Болонском университете<sup>28</sup>. Они видели свою цель прежде всего в приспособлении источников римского права путем толкования к потребностям своего времени. Такой подход к анализу и изучению Юстиниановой компиляции был продиктован самой эпохой. Для средневекового человека с его религиозным сознанием «существовать» означало быть сопряченным «вечности». Время считалось достоянием Бога и было неизменным.

С позиций людей того времени римское право было основано на естественном разуме и принципах равенства. Это частица Божественного света, который Всевышний послал человеку<sup>29</sup>. Глоссаторы рассматривали римское право, созданное при других условиях и для другого народа, как идеал, существующий вне времени и пространства, лишенный противоречий и подлежащий применению в неизменном виде. Другими словами, подобно Библии для верующих, «Свод римского гражданского права» в обработке юристов Юстиниана был для глоссаторов **непогрешимым**<sup>30</sup>. Это во многом способствовало тщательному изучению, углубленному толкованию и систематизации ими римских источников<sup>31</sup>.

Глоссаторы произвели переворот в юриспруденции. Во-первых, именно при них и благодаря им произошло отделение юридической науки от практики. Они преподавали римское право исключительно как научную дисциплину. Во-вторых, при них был сделан первый шаг на пути отделения права от этики. Традиционно, согласно взглядам Исидора Севильского, считалось, что право (имеющее дело с поведением человека) следует рассматривать как часть этики<sup>32</sup>. Глоссаторы же полагали, что это может быть справедливо лишь в отношении содержания правовых норм. С точки зрения толкования текстов, право — это часть логики. В этих своих взглядах они опирались прежде всего на схоластические методы преподавания того времени.

Самое главное заключается в том, что именно глоссаторы заложили основы современного толкования, систематизации и обобщения юридических текстов. Они

<sup>27</sup> Цифры колеблются от 10 тыс. (Берман Г. Дж. Указ. соч. С. 127; Муромцев С. А. Указ. соч. С. 27) до 1 тыс. (Coing H. (Hrsg). *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*. München, 1973. V. 1. S. 81). Тем не менее цифру 10 тыс. никто не опровергает.

<sup>28</sup> Древнегреческое слово «глосса» по-русски означает «язык», «слово», а также «толкование слов». Подобное толкование текстов, включая юридические, было известно и ранее. Но лишь глоссаторы ввели это слово в научный оборот.

<sup>29</sup> *Van Caenegem R.C.* Op. cit. P. 49.

<sup>30</sup> «Дигесты» называют юристов «священниками», а юриспруденцию — знанием человеческим и Божественным. Цит. по: *Stein P.* Op. cit. P. 46.

<sup>31</sup> Блестящее знание глоссаторами Юстиниановой компиляции восхищает современных исследователей. Глоссаторы могли наизусть цитировать фрагменты *Corpus Iuris* с первых слов. Все последующие поколения романистов не могли похвастаться столь точным и детальным знанием римских источников. См.: *Stein P.* Op. cit. P. 47.

<sup>32</sup> Исидор Севильский (570—636 гг.) — архиепископ Севильи, писатель и ученый. Многогранность знаний позволила ему стать «учителем всего Средневековья». Наряду с Боэцием, Кассиодором и Бедой он сохранил наследие античной культуры. Свое понимание природы права Исидор Севильский излагает в монументальном труде «Этимологии», или «Начала». Канонизирован (в 1598 г.) и признан «учителем церкви».

разработали методы выявления правильности тех или иных положений путем взаимных ссылок и преодоления имеющихся противоречий между отдельными положениями толкуемых текстов, поскольку подходили к анализу их содержания как к единому целому. Это был новаторский подход. Как известно, *Corpus Iuris* не содержит гармоничного целого, не принадлежит одному автору или одному времени. Глоссаторы с помощью глосс стремились выявить верное с их точки зрения понимание текста, поясняя трудные места источников учебными примерами. В глоссах при толковании соответствующего положения изучаемого текста указывались и другие положения, подтверждающие первое. В этом проявлялась тенденция к систематизации, что, кстати, было чуждо классическим римским юристам. Глоссаторы старались собрать воедино весь однородный материал, разбросанный по текстам «Дигест», привести в определенное соотношение различные части этого материала, чтобы одно положение подтверждало другое или из него выводилось.

Что касается противоречий (которых было немало), то их глоссаторы толковали как «мнимые» (по крайней мере, «несущественные» для других положений данного текста), поскольку подобные противоречащие друг другу положения призваны регулировать различные правоотношения (или фактические составы). В конечном счете, все их можно свести к единой основе. Другими словами, глоссаторы стремились «гармонизировать» Юстиниановы тексты и сгладить противоречия с помощью метода «различений». Суть метода сводилась к тому, чтобы доказать — применение на первый взгляд противоречивых норм ведет к различным, но отнюдь не к противоречивым результатам, так как предметом регулирования являются различные обстоятельства.

Типичным примером, иллюстрирующим, каким образом глоссаторы устраняли антиномии Юстиниановой компиляции, может служить толкование текстов «Дигест» о приобретении права собственности. Согласно Д. 41.1.31 «никогда фактическая (голая) передача вещи (*traditio*) не переносит права собственности. Оно переходит только в том случае, если передаче предшествовала продажа или какое-либо другое законное основание (цель)»<sup>33</sup>. Но в Д. 41.1.36 действительность передачи ставится под сомнение в зависимости от того, расходятся ли стороны во взглядах относительно основания (цели) передачи в собственность (например, передачи по завещанию или по стипуляции). В данном фрагменте в качестве доказательства со ссылкой на Юлиана указывается, что переходу (права) собственности (в данном случае наличных денег) не может воспрепятствовать расхождение сторон относительно основания (цели) «дачи и получения» (как дарения или в долг). Однако в Д. 12.1.18 Ульпиан утверждает диаметрально противоположное: деньги, данные с намерением дарения, но принятые как бы займы, не становятся принадлежностью принявшего их<sup>34</sup>. Решение глоссаторами подобных противоречий сводилось в конечном счете к выявлению путем толкования правового основания (цели), при этом не имело значения, было оно действительным или ложным (*falsa causa*)<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> Дигесты Юстиниана. М., 2005. Т. VI. Полутом 2. С. 37.

<sup>34</sup> Там же. С. 39.

<sup>35</sup> Hattenhauer H. Europäische Rechtsgeschichte. Heidelberg, 1992. S. 257. Этот немецкий историк права приводит определение «правового основания» в «Глоссе Аккурсия», в котором подчеркивается, что признание «ложного основания» недействительным противоречило бы Книге 12, титулу VI «Дигест» («О Кондикции в случае неуплаты должного») в целом. Поэтому, по мнению Аккурсия, противоречие в Д. 41.1.31 лишь «видимое», так как там все же было правовое основание. Кстати, в Д. 12.VI.52 прямо говорится: «Когда я даю по той причине, что я от тебя что-то получил... то истребование денег не имеет места, даже если основание является ложным». В том же смысле высказывается отечественный романист И.Б. Новицкий, считающий, что абстрактная передача вещи (*traditio*) может служить основанием для перехода права собственности и что она может быть признана господствующей в литературе римского права. См.: Новицкий И.Б. Основы римского гражданского права. М., 1960. С. 93—94.

Другим примером противоречий могут служить текст Конституции С. 4.35.21 (in re mandata), утверждающий, что каждый может быть судьей в вопросах своей собственности (suae rei arbiter), и текст «Дигест» (Д. 8.51), утверждающий обратное. Противоречие устраняется путем признания различных значений этого выражения. В первом случае каждый является хозяином своего имущества и вправе распоряжаться им. Во втором случае это выражение толкуется как обязанность судьи решать дело какого-либо лица, и данный текст означает, что никто не может быть судьей в собственном деле<sup>36</sup>. Разумеется, такие искусственные логические конструкции, придающие одному слову разные значения для устранения противоречий, зачастую искажали верный смысл текстов и подрывали репутацию глоссаторов. Однако метод различений благодаря своей абстрактной сути позволял решать подобные проблемы и в других областях права.

В содержательном плане следует отметить, что кропотливая работа глоссаторов по толкованию Юстиниановой компиляции позволила им разработать общее понятие договора, не известное римским юристам, классифицировать конкретные договоры римского права (контракты — пакты) по принципу их юридической силы. Кроме того, глоссаторы более строго, чем римские юристы, проводили грань между правами, которым придавали первостепенное значение, и исками, призванными эти права защищать<sup>37</sup>.

Глоссаторы досконально знали текст каждого фрагмента в *Corpus Iuris*, и ни одно последующее поколение юристов не могло соперничать с ними по детальной знакомости с юстиниановыми текстами. Любой доктор права из Болоньи «привык держать всю массу рубрик глав «Корпуса» на кончиках своих пальцев»<sup>38</sup>. Все они использовали, как указывалось выше, общепринятый в то время «схоластический метод» исследования. Этот метод стал орудием научного прогресса в праве. С его помощью формальная логика анализирует понятия и строит силлогизмы. Обращение к подобным приемам позволяет придать неполным и отрывочным классическим текстам логическую стройность. Поскольку юридическое мышление в конечном счете в значительной мере сводится к выявлению диалектических различий и установлению соотношений между понятиями, то глоссаторы уже на ранних стадиях становления современного права достигли замечательных результатов<sup>39</sup>.

Глоссы к отдельным текстам юстиниановой компиляции послужили источником для создания различных видов юридической литературы. Помимо глосс создавались *сборники «казусов»* (учебных), при решении которых студенты были обязаны применять изучаемые нормы и принципы права. Другим видом научной деятельности глоссаторов были так называемые «*apparatus*» (**тщательно обработанные материалы**). Они представляли собой сборники глосс, составленные в виде обширных комментариев к определенным титулам *Corpus Iuris*.

<sup>36</sup> *Van Caenegem R.C.* Op. cit. P. 49—50.

<sup>37</sup> В частности, именно глоссаторы ввели в научный оборот понятие «вещных» и «личных» прав, в то время как римские юристы говорили лишь о вещных и личных исках. См.: *Муромцев С.А.* Указ. соч. С. 33. См. также: *Виноградов П.Г.* Указ. соч. С. 74, где автор говорит о том, как английский глоссатор Г. Брактон (1210—1268) и его товарищи — судьи, опираясь на римское учение о реальных и личных исках, «сделали шаг в сторону от своих римских руководителей».

<sup>38</sup> *Виноградов П.Г.* Указ. соч. С. 36. См. также: *Stein P.* Op. cit. P. 47.

<sup>39</sup> Основы схоластики закладывались при Ансельме Святом Кентерберийском (1033—1109). Он формулирует научную программу схоластики на основе принципа — *fides quaerens intellectum* (вера вопрошает разум). В сфере юриспруденции предметом регулирования с помощью схоластических методов служило прежде всего церковное право. Однако их эффективность при гармонизации противоречивых правовых текстов способствовала превращению этих методов в основной научный метод светской юриспруденции. Благодаря схоластическому методу «знание права» (*prudential iuris*) начинает трансформироваться в «науку права» (*scientia iuris*), и постепенно ее связи с теологией и схоластической философией начинают ослабевать. См.: *Schlosser H.* Op. cit. S. 24.

Особой популярностью пользовались «Суммы» (*summa*) и «брокарды» (*brocardica*, *brocarda* или *notabilia*). «Сумма» в отличие от глоссы была оригинальным самостоятельным произведением, дающим в сжатом виде систематизированное изложение содержания отдельных титулов какого-либо памятника римского права (Дигест, Кодекса или Институций). В рамках каждого титула автор «суммы» старался собрать вместе все определения, относящиеся к данному предмету, и последовательно толковал их, переходя от общих понятий к частным. Таким образом авторы «сумм» продемонстрировали, что при глоссаторах стало формироваться обобщающее и систематизирующее юридическое мышление.

В конце XII в. появились сборники «брокард» — кратких сентенций и афоризмов, сформулированных в виде общих принципов и призванных в сжатом виде пояснять суть глоссируемого текста<sup>40</sup>. Большинство из них сгруппировано в последнем титуле 50-й книги «Дигест» (Д. 50.17). «Брокарды» использовались и в качестве доказательства той стороной в споре, которая с их помощью обосновывала свою позицию. «Брокарды» служили «путеводной звездой» юристам-практикам, позволяя им придавать своим аргументам лаконичную отточенную форму с целью «ослепить судью блеском своих научных знаний» и склонить его к принятию благоприятного для себя решения.

В силу особенностей общественного развития Западной Европы в эпоху феодализма изучение глоссаторами *Corsus Iuris* в большой степени выводило сферу их исследований за рамки частного права<sup>41</sup>. Для данной работы интерес прежде всего представляет идеологический аспект их трактовки римского права в условиях противостояния светской власти и папства в борьбе за политическое господство.

Средним векам было чуждо понятие национальной самобытности. Космополитизм и универсализм (наследие Древнего Рима) лежали тогда в основе общественного развития. В сфере политики выразителями этих идей были католическая церковь и Священная Римская империя<sup>42</sup>, в юридической сфере — римское право. В нем видели образец абсолютного, универсального господства и инструмент политики — «одно право — одна империя». Наиболее ярко и остро соперничество Римских пап и императоров Священной Римской империи проявилось в споре за политическую инвеституру. Оно достигло своего апогея в XII—XIII вв. при императорах из династии Гогенштауфенов, которые стремились установить свое господство в Италии и укрепить светскую власть в Империи<sup>43</sup>. Римское право было

<sup>40</sup> Например, *actor sequitur forum rei; locus regit actum; in dubio pro rei* и т.д.

<sup>41</sup> Они занимались, в частности, проблемой народного суверенитета, вопросами соотношения закона и справедливости, закона и обычая, ограничения власти суверена правом, вопросами феодального права и т.д.

<sup>42</sup> Любопытно, что название «Священная Римская империя германской нации» появилось лишь в XVI в. на рубеже Средневековья и Нового времени. В рассматриваемый период этого определения еще не было. При этом слово «Империя» означало не господство над какой-либо территорией, а универсальную, «надличностную» власть, не связанную с какой-либо определенной страной или народом. См.: *Stallberg-Rilling B. Das Heilige Roemische Reich Deutscher Nation. München, 2006. S. 10.*

<sup>43</sup> Некоторые современные немецкие ученые характеризуют Священную Римскую империю как некое наднациональное государство, основанное на религиозно-политическом единстве всей (!) Западной Европы. Однако это представляется преувеличением. Территориально в ее состав входили (по крайней мере, в рассматриваемый период) Германия, Бургундия и Италия, которые формально подчинялись Императору. См.: *Колесницкий Н.Ф. Священная Римская Империя: притязания и действительность. М., 1977. С. 10.* Гогенштауфены правили Священной Римской империей с 1137 по 1268 гг., т.е. в период наивысшего могущества папской власти. Формально Северная и Средняя Италия (за исключением Венеции) входила в ее состав. Но зависимость, прежде всего, северо-итальянских городов от Императора была номинальной. Она ограничивалась денежными субсидиями и посылкой вспомогательных отрядов Императору во время военных действий.

призвано юридически обосновать имперские амбиции Гогенштауфенов, их притязания на светскую инвеституру и независимость от диктата Римских пап.

Фридрих I Барбаросса пригласил на заседание Ронкальского рейхстага (близ итальянского города Пьяченца) в 1158 г. четырех знаменитых профессоров (*quatuor doctores*) из Болонского университета, знатоков римского права, которые должны были дать теоретическое обоснование неограниченной власти монарха. Они дали такое обоснование, опираясь на Юстинианову компиляцию, в присутствии представителей Папы Римского и северо-итальянских городов<sup>44</sup>. В результате и северо-итальянские города, и церковные владения попадали в полную зависимость от Императора<sup>45</sup>. Фактически болонские профессора признали Священную Римскую империю как «правовую империю», а Императора — «владельцем мира» (*dominus mundi*) и «единственным высшим законодателем» (*conditor legum*). Легистские взгляды, согласно которым правопорядок Римской империи продолжает жить в *Corsus Iuris*, а Юстинианово право, развитое средневековыми юристами XII в., является действующим, нашло убедительное подтверждение в политике<sup>46</sup>.

Данный эпизод из жизни средневекового римского права свидетельствует о том, что и светская власть, и папство рассматривали *Corsus Iuris* как **общеперское законодательство**, а университетских профессоров — как арбитров, способных решать сложные юридические споры. Более того, правители европейских государственных образований вне Священной Римской империи также рассматривали *Corsus Iuris* как инструмент в борьбе за единовластие с собственными феодалами<sup>47</sup>.

Еще в большей степени сказанное относится к внуку Фридриха Барбароссы Фридриху II Гогенштауфену (1194—1250). Правда, ему приходилось действовать в изменившейся политической обстановке, существенно отличавшейся от ситуации времен правления его деда. Суть этих изменений заключалась в усилении папства, самостоятельности итальянских городов и сепаратизма германских князей. Тем не менее основной целью своей имперской политики Фридрих II поставил объеди-

<sup>44</sup> Этими знаменитыми докторами права были ученики и последователи Ирнерия — глоссаторы Мартин Гозна (умер в 1166 г.), Булгар (умер в 1166 г.) по прозвищу «золотые уста» (*os aureum*), Уго (умер в 1166 г.), Якоб (умер в 1178 г.). Их задачу облегчил тот факт, что абсолютное большинство высказываний в *Corsus Iuris* относится к периоду принципата. Образ мышления болонских профессоров формировался под влиянием законов поздней Римской империи, и они, как следствие, склонялись к монархической точке зрения. Например, в «Дигестах» достаточно таких сентенций: «Что угодно принцепсу, имеет силу закона» (Д. 1.4.1), «Принцепс свободен от соблюдения законов» (Д. 1.3.31).

<sup>45</sup> Они помогли Фридриху I сформулировать законы, закреплявшие его господство над Северной Италией: *lex regalia sunt haec; lex omni iurisdictionio; lex palacia et pretoria; lex tribunatum dabatur*. См.: Берман Г. Указ. соч. С. 459—460.

<sup>46</sup> *Schlosser H.* Op. cit. S. 51—52. Любопытно, что Фридрих Барбаросса в благодарность за поддержку принял так называемый Закон «Authentica Habita» (первый европейский закон об университетах), наделяющий привилегиями университетских преподавателей и студентов, «...пилигримов из любви к учености» (*omnibus, qui causa studiorum peregrinantur scholaribus*). Закон объявлял Болонский университет «имперским вузом», что обеспечило ему на долгое время независимость и защиту от контроля городских властей и церкви, а студентам — еще и самоуправление, подобное предоставляемому цеховым гильдиям. Фридрих и его последователи включали «Habita» в Кодекс Юстиниана в дополнение к «Конституциям» римских императоров, подчеркивая тем самым, что они — преемники последних.

<sup>47</sup> *Van Caenegem R.C.* European Law in the Past and in the Future. Cambridge, 2002. P. 19, 77. Автор приводит пример борьбы французского короля Филиппа IV Красивого (1285—1314) за установление собственного суверенитета на всей территории королевства с помощью установления примата римского права над феодальными принципами, что позволяло ему сконструировать фикцию, приравнивающую короля Франции к Императору.

нение Германии и Италии (*unio regni ad imperium*). Теория имперского верховенства была у него более разработана, чем у его предшественников. Фридрих II стал глашатаем идеи общеевропейской феодальной империи с гегемонией ее итало-германского ядра над остальными государствами. Опираясь на концепцию «двух мечей» в ее светской трактовке (т.е. примата Империи над папством), он провозгласил тезис о верховенстве Императора над королями как «первого среди равных», и обратился к государям Европы с призывом поддержать его в качестве верховного носителя светской власти в противоборстве с папством. Фридрих мотивировал это тем, что победа Папы облегчит тому подчинение своей власти остальных европейских государей.

Однако ни города, ни феодальные князья не поддержали Фридриха II в борьбе с папством за объединение Европы в Империю по типу Римской. Его лозунг «*unio regni ad imperium*» не отвечал реалиям XIII в. Фридриху не удалось сломить папство как политическую силу. Папская теократия оказалась действеннее имперской<sup>48</sup>.

Хотя Фридрих II проиграл в политическом споре за верховенство в Священной римской империи, в *юридическом плане* авторитет римского права (как основы легитимности Императора, источника имперского права в Германии и имперских городах Северной и Средней Италии) не был поколеблен<sup>49</sup>. Вслед за Фридрихом Барбароссой последующие императоры, в частности Фридрих II, посылали свои законы на экспертизу в Болонский университет. Коллегия профессоров принимала решение о включении этих имперских законов в качестве «аутентичных» в Кодекс Юстиниана в дополнение к античным императорским конституциям<sup>50</sup>.

С точки зрения данной работы сказанное выше позволяет сделать следующие выводы. Спор за инвеституру (с Вормского съезда имперских князей 1076 г. до заключения Вормского конкордата в 1122 г.) и последующая борьба Гогенштауфенов с папством за объединение феодальных государств и свободных итальянских городов в рамках Священной Римской империи под эгидой светской власти длился более чем полвека. Этот процесс показал, что в XI—XIII вв. **римское право** в интерпретации глоссаторов играло исключительно важную роль не только как эффективный инструмент «легитимации политической супрематии» в противостоянии «светского и духовного мечей», но и служило основой такого объединения. Более того, сами университеты, в которых преподавалось римское право, в лице

<sup>48</sup> Фридрих II был дважды отлучен от церкви (в 1227 и 1239 гг.), а в 1245 г. Папа Иннокентий IV даже объявил его низложенным. И это несмотря на то, что в 1229 г. Фридрих II благодаря искусной дипломатии отвоевал у мусульман Иерусалим и вернул (правда, временно) христианской Европе Святую Землю.

<sup>49</sup> Фридриху II удалось реализовать свою имперскую политику («*unio regni ad imperium*») в рамках собственного Сицилийского королевства, превратив его в *прообраз современного государства*. На основе так называемых Мальфийских конституций он создал стройную систему управления страной, отказавшись от формирования административного аппарата по принципу замещения должностей по праву феодального держания. Фридрих заменил вассалов чиновниками, лишил баронов ряда публично-правовых функций, утвердил свое верховенство по отношению к сицилийскому духовенству, максимально ограничил самостоятельность городов, осуществил *централизацию* государственных финансов и налогообложения, ввел монополию внешней торговли и провел судебную реформу, заменив ордали и судебные поединки *институтом присяжных* по образцу канонического права. Подробнее см., напр.: *Неусыхин А.И.* Проблемы европейского феодализма. М., 1974. С. 330 и сл. Кроме того, Фридрих II основал в Неаполе университет по типу Болонского, в котором основой юридического образования служило рецепированное римское право (*corpus iuris*). Университет готовил «юридически вышколенных» чиновников государственного аппарата королевства. В XVIII в. Университет прославил гений Джамбаттисты Вико (1668—1744).

<sup>50</sup> Подробнее см.: *Schlosser H.* Op. cit. S. 52.

гlossаторов были непосредственно вовлечены в политическую борьбу на стороне светской власти и помогали европейским королям юридическими средствами устранять феодальную раздробленность и укреплять свой суверенитет. Glossаторы «романизировали» феодальное право. Римское право стало неотъемлемой частью и одним из основных регуляторов властных отношений в средневековом мире.

## Каноническое право

Glossаторы, являясь легистами, обосновывали обязательность римского права авторитетом светской власти и не ставили своих толкований в зависимость от канонического права, которого они по большей части не знали и к которому относились как к праву более низкого порядка (хотя оно и преподавалось в Болонском университете в качестве учебной дисциплины).

Однако в средневековой Европе, теократической по своей сути, потребность в каноническом праве, как регуляторе общественных отношений с точки зрения католической церкви, была совершенно очевидной. Первоначально оно представляло собой неофициальные сборники разрозненных библейских текстов, решений церковных соборов, мнений отцов церкви и т.д. Этим сборникам не хватало авторитетных текстов, сравнимых с текстами Юстиниановой компиляции<sup>51</sup>.

Положение изменилось после опубликования в 1140 г. монахом Грацианом (умер около 1179 г.) компиляции «*Concordia discordantium canonum*» («Согласование разноречивых канонов»). В ней он попытался устранить явные противоречия в выбранных церковных текстах и дать им необходимые пояснения. В дальнейшем эта компиляция под названием «Декрет» получила признание «декретистов»<sup>52</sup>. Они тотчас же занялись ее glossаторской обработкой. Таким образом, во второй половине XII в. цивилисты были вынуждены признать каноническое право как равноправную, но параллельную гражданскому праву дисциплину. Обе дисциплины изучались раздельно, но имели и сферы соприкосновения. *Гражданское право* было самостоятельной системой и не нуждалось в дополнении со стороны других систем, однако в судах оно применялось субсидиарно для заполнения лакун местного права. *Каноническое право*, наоборот, применялось во всех церковных судах по всем делам церковной юрисдикции. Что касается гражданского оборота в целом, то *каноническое право* не могло отвечать на все возникающие вопросы. «Декрет» Грациана признавал необходимость решения всех неурегулированных каноническим правом проблем по *Corpus Iuris Civilis*.

«Декретисты» уделяли большое внимание деятельности glossаторов и в начале XIII в. попытались выявить, опираясь на римское право, юридическую суть и последствия канонов<sup>53</sup>. При этом канонисты не видели ничего особенного в ис-

<sup>51</sup> Этот факт, видимо, не в последнюю очередь послужил причиной пренебрежения легистов к каноническому праву.

<sup>52</sup> Так стали называть канонистов, которые занимались толкованием «Декрета» Грациана. Сам «Декрет» заложил фундамент церковного права и стал исходным пунктом для развития «канонистики» как самостоятельной и независимой от теологии научной дисциплины во всей Европе. Грациан получил известность как «отец канонистики».

<sup>53</sup> П. Штейн приводит следующий пример, поясняющий их метод. Согласно Инстит. 2.8.1 право собственности может быть передано несобственником путем продажи долговой расписки, данной ему собственником-должником, в счет уплаты долга. Точно так же — рассуждает glossатор канонического права — еретик может передать «Божью благодать», даже не обладая ею. См.: Stein P. Op. cit. P. 50.



пользовании частноправовых принципов в процессе и публичном праве. По их мнению, возможность подобных операций была вполне допустима, поскольку авторитетность этих принципов опиралась на Юстиниановы тексты<sup>54</sup>. В течение XIII в. в дополнение к «Декрету» были приняты еще 6 книг папских «декреталий». К концу XIV в. сформировался основной корпус церковного права, который вполне сравним с *Corpus Iuris Civilis* и который принято называть *Corpus Iuris Canonici*<sup>55</sup>.

В XII—XIII вв. взаимоотношения между этими двумя правовыми системами становятся все более тесными. Благодаря использованию юридизированного «декретистами» понятия «грех» каноническое право распространило свое действие на многие области гражданского права<sup>56</sup>. Наглядно усиливающуюся взаимосвязь между гражданским и каноническим правом можно проследить на примере процессуального и обязательственного права. Наиболее характерной иллюстрацией «совместной» разработки канонистами и глоссаторами является сфера процессуального права. Римское право не знало деления на материальное и процессуальное право. Соответствующие тексты, касающиеся процесса, не систематизированы и разбросаны по всей Юстиниановой компиляции<sup>57</sup>.

Однако в XII в. возросла потребность в общих процессуальных нормах. Одна из основных причин — традиционный для того периода метод доказательств с помощью ордалий перестал соответствовать духу времени. Глоссаторы сделали первые шаги для решения данной проблемы. Они собирали тексты *Corpus Iuris Civilis* и сравнивали их с процессуальными нормами канонов и декреталий. Подобные сборники отрывков из текстов римского и канонического права получили название «судебных порядков» (*ordines iudicarii*). Настоящий переворот в этой области произвел болонский глоссатор Дж. Бассиан (*Giovanni Bassiano*, умер в 1197 г.). Ученик одного из уже упомянутых докторов — Булгара — и сам учитель не менее известного глоссатора Ацо (умер около 1220 г.), Бассиан написал небольшое сочинение о судебном порядке (*libellus de ordine iudiciorum*). В нем он попытался выяснить суть гражданского иска и как его избежать. Свои рассуждения Бассиан сопроводил практическими примерами. Его работа фактически положила начало литературе о процессуальном праве и тотчас нашла применение. Римские папы — юристы, такие как Александр III (1159—1181) и Иннокентий III (1198—1216), потребовали от церковных судов при рассмотрении ими жалоб прихожан следовать правилам «су-

<sup>54</sup> *Stein P.* Op. cit. P. 51.

<sup>55</sup> *Corpus Iuris Canonici* наряду со сборниками папских булл становится важнейшим собранием церковных законов и источником действующего канонического права до 1917 г. В него входят «Декрет» Грациана, «Декреталии» Григория IX (*Liber extra*), *Liber Sextus* Бонифация VIII, «Климентины» Климента V и два частных сборника, именуемых *Extravagantes communes*. В новейшее время каноническое право кодифицировалось еще дважды — в 1917 и 1983 г. Систематика канонического права по-прежнему тесно связана с классическим трехчастным делением римского права (лица-вещи-действия). Однако в Кодексе 1983 г. предпочтение отдается нормам, раскрывающим содержание веры, перед принципом юридической точности, и главное (чтобы идти в ногу со временем), что уже не духовное лицо, а верующий становится главным субъектом регулирования. См.: Джероза Л. Каноническое право. М., 1995. С. 73 и сл.

<sup>56</sup> По мнению церкви, склонными к греху были лица, занимающиеся ростовщичеством, торговлей, дающие закладные и долговые расписки. В сферу канонического права включались наследственное право и все виды семейных отношений, так как брак считался священным.

<sup>57</sup> Строго говоря, римские юристы уделяли много внимания формам и формальностям рассмотрения судебных дел. Но процесс никогда не был самостоятельной областью права, равно как и предметом подробного изучения или исследований. Кодификация Юстиниана не посвятила процессу ни специальной книги, ни даже титула.

дебного порядка», поскольку считалось, что только они могут обеспечить должную защиту интересов тяжущихся сторон<sup>58</sup>.

Свое наивысшее выражение процессуальное право Средневековья нашло в «Судебном зеркале» (*Speculum iudiciale*) клирика и канониста из Прованса Гийома Дюрана (*Guilelmus Durantis*) (1235—1296). В «Зеркале» давался детальный научный обзор процессуального права того времени. Этот трактат достойно венчал век небывалого интеллектуального подъема юридической мысли и долго оставался авторитетным источником процессуального права<sup>59</sup>. Канонистика бурно развивается и перехватывает пальму первенства у цивилистов в области гражданского процесса. Благодаря сильному взаимному влиянию римского и канонического права на судебные процедуры их стали называть «римско-каноническими»<sup>60</sup>.

Что касается договорного права, то канонисты вслед за глоссаторами внесли существенный вклад в развитие гражданско-правовой доктрины. Сформулировав три следующих положения, они заложили основы современной теории общего договорного права<sup>61</sup>:

- возможность реализации исковой защиты и обязательность всех видов договоров, включая неформальные;
- признание морально-этического аспекта содержания путем введения принципа соразмерной оплаты за должное исполнение договорных обязательств (так называемый *принцип эквивалентности*);
- признание принципа *верности договору*, который благодаря доктрине естественного права XVII в. трансформировался в общий принцип *pacta sunt servanda* и стал аксиомой договорного права.

Симбиоз канонического и средневекового римского права благодаря трансграничному характеру обеих систем, их научной обработке и систематизации в университетских школах позволил заложить основу для формирования *всеобщего, единого и отвечающего духу времени правопорядка*, который получил название *ius commune*<sup>62</sup>. Этот правопорядок должен был действовать в общеевропейском масштабе в качестве новой «универсальной системы», имеющей примат над территориальными

<sup>58</sup> К началу XIII в. юриспруденция выработала ряд основных положений относительно судопроизводства. В частности, были решены вопросы о способах и порядке охраны субъективных прав, о формах исков, о возражениях ответчика на доводы истца и т.д.

<sup>59</sup> Дюран учился в Болонье и преподавал в Модене. Он не был только ученым. Дюран занимал должность папского судьи, имел сан епископа. Его книга была опубликована дважды — в 1271 и 1290 гг. См.: *Van Caenegem R.C. European Law in the Past and the Future*. P. 49.

<sup>60</sup> П.Г. Виноградов отмечает, что посредством церковных трибуналов «романистские взгляды» перешли во Франции даже в суды кутюмного права. См.: *Виноградов П.Г. Указ. соч.* С. 53.

<sup>61</sup> Фактически речь шла об обязательности торжественных и неторжественных обещаний, нарушение которых, согласно учению канонистов, считалось ложью и, соответственно, грехом. Решающую роль здесь сыграла практика *принудительного* исполнения клятвенных и неклятвенных договорных обязательств церковными судами путем *отлучения* (от церкви). Постепенно данный вид духовного принуждения приобрел юридический характер. С XIV в. этот принцип канонического учения начал влиять на светскую юриспруденцию, по крайней мере, его безусловно стали применять к торговым сделкам. См., напр.: *Муромцев С.А. Указ. соч.* С. 50.

<sup>62</sup> Этот термин с определенной долей условности можно перевести как «*общеевропейское право*», благодаря тому, что и папство, и императоры, считая себя наследниками Древнего Рима, стремились объединить под своим началом все европейские земли не в последнюю очередь с помощью повсеместно и единообразно применяемого права. Разумеется, *ius commune* нельзя отождествлять с английским *common law* или французским *droit commun*, которые имеют совсем другое значение. Например, французское *droit commun* — это термин, характеризующий правовые нормы об общеуголовных, но не политических преступлениях (*crimes de droit commun* в противоположность *crimes politiques*).

(и городскими) правовыми комплексами, гармонизировать их, способствовать их внутреннему развитию, поскольку они, как правило, представляли собой разрозненный и несистематизированный конгломерат писаных и обычных норм, не отвечающих потребностям гражданского оборота своего времени.

Предпосылками для этого в XII—XIII вв. служили единая христианская религия во главе с централизованной католической церковью, повсеместное стремительное развитие университетов и университетской правовой науки, единообразная практика церковных судов, воспринятая светскими судами, наконец, стремление и папства, и светской власти добиваться верховенства и объединения европейских земель на основе римско-канонического права. Немаловажную роль сыграло и единство языка. Латинский язык был языком католической церкви, светской власти, судов, канонического и римского права, университетской науки.

Глоссаторы стояли в начале пути формирования нового типа правового мышления. Их роль в становлении европейского стиля и характера правовой науки нового времени трудно переоценить. Их эпоха продолжалась приблизительно до конца XIII в. История донесла до нас лишь несколько имен из когорты этих талантливых людей, заложивших фундамент современной правовой науки<sup>63</sup>. Помимо упомянутого выше Ирнерия — «светоча права» (*lucerna iuris*) — и «четырёх докторов» из Болоньи особого упоминания заслуживает Ацо (*Azo Portius*, умер около 1200 г.). «Сумма» Ацо к «Кодексу» и «Институциям» вплоть до XVI в. была непререкаемым авторитетом при изучении римского права. Еще один известный глоссатор — ученик Ацо, Аккурсий (1185—1263)<sup>64</sup>, чьи выдающиеся способности к аналитическому мышлению и систематизации отмечают многие современные исследователи. Всеевропейскую славу Аккурсию принесла «Стандартная Глосса» (*Glossa ordinaria*), известная в литературе, как «Большая Глосса» (*Glossa magna*) или «Глосса Аккурсия». Она содержала почти 97 тыс. глосс и обобщала знания всех предыдущих поколений глоссаторов. Она стала венцом цивилистической школы глоссаторов и даже рассматривалась в качестве самостоятельного источника права наряду с оригинальными текстами Юстиниановой компиляции. Появился даже афоризм — «Что не признает Глосса (Аккурсия), не признает и суд» (*quicquid non agnoscit glossa nec agnoscit forum*). Юстинианова компиляция рассматривалась как действующее право, а «Глосса Аккурсия» служила, кроме того, основой и исходным пунктом для дальнейшей научно-исследовательской работы<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> С.А. Муромцев, ссылаясь на Ф.К. Савиньи, говорит о 47 глоссаторах, «...о которых можно было бы сообщить те или другие биографические сведения». См.: *Муромцев С.А.* Указ. соч. С. 35.

<sup>64</sup> О большом значении «Суммы» Ацо свидетельствует тот факт, что еще в XVI в. владение изложенным в ней материалом считалось в ряде европейских городов необходимым условием для принятия в судейское сословие. См.: *Schlosser H.* Op. cit. S. 42.

<sup>65</sup> Следует отметить, что именно глоссаторы были «зачинателями» так называемого «итальянского метода» (*mos italicus*) толкования и преподавания юридических текстов. Его суть хорошо передает латинский стишок, помогавший студентам усвоить порядок анализа: «*praemitto, scindo, summon, casusque, figuro, perlego, do causas, connote, obicio*». Толкование начинается с вступительных объяснений (*praemitto*), затем следует разделение текста на составные части (*scindo*), резюме основного содержания (*summo*), изложение казусов, реальных или школьных (*casusque*) и краткая оценка текста (*figuro*), замечания на основе чтения различных вариантов текста (*perlego*), философское обоснование текста (*do causas*), дополнительные замечания к тексту (*connote*), наконец, сопоставление близких по смыслу положений и мнений различных ученых (*obicio*). В заключении выявлялась суть текста и не должно было оставаться сомнений в его смысле. Такой детальный разбор текста и его толкование подготавливали студентов для решения практических проблем. Этот «итальянский стиль» был «взят на вооружение» комментаторами и успешно использовался ими в практической деятельности. Описание «*mos italicus*» (в несколько различных интерпретациях) см., напр.: *Муромцев С.А.* Указ. соч. С. 67—68; *Берман Г.* Указ. соч. С. 133—134.

Надо сказать, что исследования учения глоссаторов «доаккурсиева периода», проводимые в последние десятилетия XX в., также показали большую ценность выдвинутых ими правовых идей<sup>66</sup>. Благодаря глоссаторам для континентального права и по сей день научный комментарий правовых текстов уже сам по себе является аутентичным источником права.

Заканчивая данную статью, хотелось бы отметить, что глоссаторы по большей части были «учеными юристами». Они заложили прочную теоретическую основу для дальнейшего развития европейского частного права. Практической реализацией этих идей стали заниматься уже «комментаторы» в XIV—XV вв.

---

<sup>66</sup> Stein P. Op. cit. P. 48.

**Н.Н. Ефремова**

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

## Эволюция отечественного правосудия (судебные реформы XX — начало XXI вв.)

В данной статье дается краткий анализ советской и современной модели суда, т.е. сложившейся и развивающейся в условиях республики\*. Отметим, однако, что в переходный период от февраля к октябрю 1917 г. существенных изменений имперское судоустройство и судопроизводство не претерпели, за одним исключением — в мае были введены мировые суды на волостном уровне, что усилило демократизм и всеобщность судебных органов.

Заметным этапом в истории судебной организации был период 1917—1918 гг., когда предшествующая судебная система была сломана, а взамен создана новая, соответствовавшая особому типу республиканского государственного аппарата, базировавшегося на так называемых принципах полновластия Советов и демократического централизма. Официальная идеология и практика государственного строительства отвергала идею разделения властей как классово-чуждую, буржуазную, в силу чего суд не получал независимости.

В советской и постсоветской преимущественно учебной литературе ранее уже рассматривались вопросы создания нового суда в Советской России<sup>1</sup>. Часть этих работ морально устарела, материал в некоторых из них подавался тенденциозно. Исторические разделы имеются в ряде интересных работ, посвященных различным проблемам правосудия в СССР<sup>2</sup>. Однако специального обобщающего исследования, опирающегося на широкий круг литературных источников, материалы архивов и старой прессы, до сих пор нет.

Автор не ставит задачи дать исчерпывающую характеристику сложного процесса слома старого имперского судебного аппарата и построения радикально нового

---

\*Об истории организации отечественного правосудия в монархический период см.: *Ефремова Н.Н.* Эволюция отечественного правосудия (судебные реформы XVIII—XIX вв.) // *Право. Журнал Высшей школы экономики.* 2008. № 2. С. 34—51.

<sup>1</sup> См., напр.: *Голунский С.А., Карев Д.С.* Учебник по судоустройству. М., 1939; *История государства и права СССР.* Ч. 2. М., 1986; *Карев Д.С.* Советское судоустройство. М., 1951; *Курс советского гражданского процессуального права.* М., 1981; *Семенов В.М.* Суд и правосудие в СССР. М., 1984 и др.

<sup>2</sup> См., напр.: *Суд в СССР.* М., 1977; *Фархитдинов Я.Ф.* Источники гражданского процессуального права. Казань, 1986; *Чистяков Н.Ф.* Верховный суд СССР. М., 1977; *Сырых В.М.* История государства и права России. Советский и современный период. М., 1999; и др.

суда. Мы просто пытаемся привлечь внимание историков права к этой интересной проблеме, которая ждет своего решения на основе обращения к неиспользованным ранее архивным материалам, к прессе тех лет и другим (к сожалению, плохо сохранившимся) источникам.

Данная статья посвящена прежде всего ликвидации старого суда и организации новой судебной системы. Хронологические рамки обусловлены принятой в историко-правовой науке периодизацией развития Советского государства и права<sup>3</sup>, и в частности, тем обстоятельством, что в рассматриваемый период, когда историческая обстановка потребовала, по существу, полного отказа от либерально-демократических институтов, был проведен слом старого аппарата юстиции и в чрезвычайно короткий срок 1917—1918 гг. создан новый пролетарский суд, построенный на началах, коренным образом отличавшихся от прежних принципов судостроительства.

Этому раннему этапу становления советской модели организации суда уделено особое внимание в связи с тем, что она представляла собой совершенно иной тип, неизвестный миру прежде. В 1922 г. будет проведена очередная судебная реформа, заложившая те основы суда и процесса, которые концептуально не изменились в последующие семь десятилетий. Более же радикальная реформа была осуществлена уже в рамках конституционных преобразований конца 1980—1990-х гг., что привело в конечном счете к созданию современной судебной системы. Этим вехам эволюции отечественного правосудия посвящено данное исследование.

На первом этапе (1917—1918 гг.) — этапе радикального обновления суда — были установлены основополагающие принципы, в соответствии с которыми шло строительство новых судебных органов: они были намечены еще в первой программе большевистской партии. Новый суд был призван обеспечить охрану революционного правопорядка и подавление «классово чуждых элементов». Большевики направляли творчество масс на создание народных судов и революционных трибуналов. Эта тенденция встречала сопротивление со стороны левых эсеров, которые, предлагали не торопиться со сломом старого суда и ограничить революцию рамками «демократической законности»<sup>4</sup>.

Созданием новых пролетарских судов руководили Советы и революционные комитеты, сами выполнявшие в указанный период судебно-следственные функции по делам о контрреволюции и саботаже.

Первые суды, самостоятельно созданные, действовали в Петрограде, Москве, Саратове, Смоленске, Ташкенте, Новгородской, Ярославской, Тверской, Пензенской, Уфимской, Оренбургской, Олонецкой губерниях, на Кубани, Украине, в Сибири и некоторых других местах<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> В связи с этим можно сослаться на периодизацию, предложенную проф. В.С. Нерсесянцем, согласно которой первый период (1917 — начало 1920-х гг.) охарактеризован как «завоевание политической власти, слом старого государственного аппарата и осуществление советского государственно-правового строительства, образование Союза ССР». См.: *Нерсесянц В.С.* Советское государственно-правовое строительство: проблемы взаимосвязи истории и теории // Советское государство и право. 1988. № 8. С. 5. Мы выделяем внутри этого периода этап 1917 — первая половина 1918 гг., поскольку позже, с началом гражданской войны и военной интервенции, были изменены задачи и организация судебных органов, внесены изменения в судебное право в целом.

<sup>4</sup> Подробнее см.: *Стучка П.* 13 лет борьбы за революционно-марксистскую теорию права: сб. статей. 1917—1930. М., 1931. С. 8.

<sup>5</sup> См.: *Смирнов Л.Н.* Ленинские идеи о суде и правосудии и их претворение в жизнь // Суд в СССР. М., 1977. С. 10.

Почин в организации новых судов в Петрограде был сделан рабочими Выборгского района. Председателем суда стал рабочий Иван Чакин.

И.А. Ушаков писал, что «уже 28 октября 1917 г. Выборгский районный Совет рабочих и солдатских депутатов в письме, адресованном районной думе, указывал: «Для борьбы с грабежами, мародерством, хулиганством, пьянством и пр. Выборгский районный Совет постановил организовать временные народные суды»<sup>6</sup>. В состав временного народного суда входили избранные Выборгским районным Советом два члена Совета и по одному представителю от районных организаций: районной (большевистской) думы, Совета домовых комитетов и районного бюро профсоюзов и фабрично-заводских комитетов<sup>7</sup>.

Первые суды, создававшиеся Советами и военно-революционными комитетами, носили наименование революционных народных судов, судов общественной совести, революционных трибуналов, крестьянских судов и др.; они комплектовались на началах представительства от Советов, фабзавкомов, партийных организаций большевиков и левых эсеров. Количественный состав судей, структура и подсудность судов, виды и пределы налагаемых ими наказаний, порядок рассмотрения дел в них определялись самими народными массами. Например, при рассмотрении дел в заседаниях суда Выборгского района Петрограда разрешалось принимать участие всем присутствовавшим на процессе. Решение выносилось с учетом мнения выступавших<sup>8</sup>. Иногда уголовные и гражданские дела рассматривались и решались не в специальных судебных органах, а непосредственно на крестьянских сходках или собраниях волостных Советов, т.е. принципа отправления правосудия только судом новое государство не признавало.

Решения о создании первых судов обычно содержали указания о том, что судьи должны при рассмотрении дел руководствоваться не старыми правовыми нормами, не соответствовавшими целям революции, а голосом своей совести, опираясь на волю революционного народа<sup>9</sup>. Обжалование не допускалось, кассационные и апелляционные инстанции отсутствовали. Рассмотрение дел осуществлялось на широких началах публичности и гласности и с правом обвиняемого иметь в качестве защитника любого гражданина. Единственное ограничение, которое было установлено, относилось к количеству обвинителей и защитников: по каждому делу могли выступить максимально по двое тех и других<sup>10</sup>.

Система общегражданского обвинения и общегражданской защиты не исключала возможности выступления как в качестве обвинителей, так и защитников также и случайных лиц. Тем не менее в начальной стадии становления нового суда эта система, несмотря на ее недостатки, была, конечно, оправдана, поскольку по сравнению с другими формами она давала широкие возможности для привлечения общественности к участию в судебном процессе.

Первые суды, созданные творчеством народных масс, как бы предвосхитили форму организации суда, установленную советскими декретами о суде. Это совпадение отмечал, в частности, Д.И. Курский, приводя в качестве примера суд, созданный в Кузнецком узде Сибири, и революционные суды Новгородской губернии<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> Ушаков И. А. Создание первого народного суда в Петрограде // Советское государство и право. 1957. № 1. С. 3.

<sup>7</sup> Там же. С. 4.

<sup>8</sup> См.: Исторический архив. 1957. № 1. С. 108—128.

<sup>9</sup> См.: Материалы НКЮ. Вып. 2. М., 1918. С. 34, 39.

<sup>10</sup> См.: Известия ЦИК и Петроградского Совета рабочих и солдатских депутатов. 1917. 8 ноября.

<sup>11</sup> См.: Курский Д.И. Избранные статьи и речи. М., 1948. С. 18.

Сохранившиеся в раннее послереволюционное время некоторые старые суды выносили приговоры и решения в соответствии с законами Временного правительства и от его имени. Поэтому одновременно с созданием новых революционных судов проводилась ликвидация этих судебных учреждений.

В центре этот процесс завершился быстрее, тогда как на местах в условиях напряженной политической обстановки он затянулся.

Обсуждение подготовленного П.И. Стучкой проекта декрета о суде выявило расхождения в позициях большевиков и левых эсеров. Основные положения проекта заключались в следующем: 1) должны быть ликвидированы все старые судебные органы, включая суды мировой юстиции; 2) при рассмотрении дел суды должны руководствоваться не прежними законами свергнутых правительств, а декретами СНК, революционной совестью и революционным правосознанием<sup>12</sup>. Проект обсуждался в СНК, комиссиях и фракциях ВЦИК. Декрет о суде был принят Советом Народных Комиссаров самостоятельно, минуя ВЦИК, 22 ноября 1917 г.<sup>13</sup> В литературу он вошел под названием Декрета о суде № 1. В постановлении СНК отмечалось, что задержка с утверждением декрета во ВЦИК была вызвана случайными и побочными причинами. Однако отсутствие революционного суда создает для Советского Правительства совершенно безвыходное положение, делая его беспомощным против преступного контрреволюционного саботажа. Поэтому СНК постановил: Декрет о суде утвердить и ввести его в действие<sup>14</sup>.

Декрет ликвидировал все общие судебные установления: окружные суды, судебные палаты, Правительствующий Сенат со всеми департаментами, а также специальные, военные и морские, коммерческие суды. Были упразднены институты судебных следователей, прокуратуры и адвокатуры. Автоматически с судами оказался ликвидированным нотариат. Деятельность мировых судов приостанавливалась. Это исключительное отношение к мировым судам объяснялось той ролью, которую выполняли единственные выборные суды царской России, а также тем, что они после Февральской революции были несколько демократизированы. Правительство допускало, что сможет привлечь к работе некоторых мировых судей, либерально настроенных и лояльно относившихся к Советской власти, в качестве специалистов. К тому же отдельные приверженцы традиционных форм организации судебной системы среди руководящих работников юстиции считали возможной и соответствующую реорганизацию этих судов.

Взамен упраздняемых старых судов создавались местные суды и революционные трибуналы. Декрет провозгласил прямые демократические выборы народных судей и заседателей, однако данный принцип в силу ряда причин не был реализован. Советы составляли списки членов суда, устанавливали очередность их явки на сессии местного суда<sup>15</sup>. Такие взаимоотношения суда и Совета в то время были неизбежны и закономерны, поскольку именно Советы объявлялись единственно полновластными местными органами диктатуры пролетариата. Вместе с тем это обстоятельство ставило суд в значительной мере в зависимость от Совета. В армии местные суды избирались полковыми Советами, а в случаях отсутствия таковых — полковыми комитетами.

<sup>12</sup> См.: Материалы НКЮ. Вып. 2. М., 1918. С. 103—104.

<sup>13</sup> СУ РСФСР. 1917. № 4. Ст. 50.

<sup>14</sup> См.: ЦГАОР СССР. 1917. Ф. 130, оп. 1, д. 1 л. 13.

<sup>15</sup> По мнению П.И. Стучки, «в Социалистической Федеративной Республике Советов рабочих и крестьянских депутатов ПРАВО ВЫБОРА судей должно принадлежать СОВЕТАМ, как органам всей власти и как единственным выразителям взглядов и желаний рабоче-крестьянской демократии» (*Стучка П.И. Народный суд в вопросах и ответах. М., 1918. С. 5.*)



Декрет установил принцип сменяемости судей и заседателей, что должно было способствовать более широкому привлечению трудящихся к отправлению правосудия. Согласно Декрету местным судам были подсудны уголовные дела, по которым обвиняемому угрожало наказание не свыше двух лет лишения свободы, а гражданские дела — по искам, которые не превышали 3 тыс. руб. Местные суды решали дела именем Российской Республики и могли руководствоваться законами свергнутых правительств лишь в тех случаях, когда они не были отменены и не противоречили революционной совести и революционному правосознанию. Отмененными законами считались те, которые противоречили декретам Советской власти<sup>16</sup>.

Приговоры и решения местного суда были окончательными. Кассационный пересмотр, который осуществляли уездные и столичные съезды местных судей, допускался лишь в случаях, когда размер денежного взыскания превышал 100 руб. или же применялось лишение свободы на срок свыше семи дней.

Декрет о суде № 1 помимо местных судов учреждал и революционные трибуналы для борьбы с контрреволюцией и саботажем. Таким образом, первый советский суд не стал единым. Революционный трибунал создавался в составе председателя и шести очередных заседателей, избираемых губернскими и городскими Советами рабочих, солдатских и крестьянских депутатов (ст. 8 Декрета). Были образованы следственные комиссии для производства дел, подсудных рабочим и крестьянским революционным трибуналам. Функцию правозаступничества в формах общественного обвинения и общественной защиты в ревтрибунале выполняла особая коллегия лиц, учрежденная в соответствии с Инструкцией НКЮ от 19 декабря 1917 г. «О революционном трибунале, его составе, делах, подлежащих его ведению, налагаемых им наказаниях и о порядке ведения его заседаний»<sup>17</sup>. Эта коллегия образовывалась путем свободной записи лиц, желавших оказать помощь революционному правосудию и представивших рекомендацию Советов рабочих, солдатских и крестьянских депутатов. Прежняя прокуратура как самый реакционный орган дореволюционной судебной системы была упразднена Декретом, а новой создано не было.

В ст. 11 Инструкции говорилось, в частности, что решения трибунала являются окончательными и не подлежат кассационному обжалованию, но Наркомату юстиции предоставлялось право обратиться к Центральному Исполнительному Комитету Советов рабочих, солдатских и крестьянских депутатов с предложением об отмене приговора революционного трибунала и о назначении вторичного и последнего рассмотрения дела в случае нарушения установленного порядка судопроизводства, а также при обнаружении признаков явной несправедливости приговора. Таким образом, институт судебного надзора выступал в лице ВЦИКа. Наркомюст участвовал в качестве докладчика по делам (в его четвертом отделе предварительно рассматривались жалобы на приговоры ревтрибуналов, а далее коллегия решала вопрос об отказе в удовлетворении жалобы или признании жалобы заслуживающей внимания и направляла жалобу во ВЦИК со своим заключением)<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> Отвечая своим оппонентам, критиковавшим «справа» и «слева» это положение, автор проекта декрета писал, что декрет о суде «признает писанный закон свергнутых правительств лишь постольку, поскольку таковой не отменен революционными декретами или революционным правосознанием народа. Действительно, формулировка эта страдает расплывчатостью, но она откровенна и нелицемерна. Она призывает сам народ до окончательного установления нового порядка в каждом случае решать вопросы о том, что остается еще в силе из прежних 16 томов Свода законов и что из них уже окончательно отменено революцией» (*Стучка П.И.* Старый и новый суд. Тифлис, 1919. С. 10).

<sup>17</sup> СУ РСФСР. 1917. № 12. Ст. 170.

<sup>18</sup> См.: *Шинд В.И.* О судебном надзоре в первые годы Советской власти (1917—1922 гг.) // Советское государство и право. 1957. № 3. С. 103. Автор этой статьи ссылается на архивные материалы: Архив МЮ РСФСР. 1918. Оп. 1, д. 1, л. 30, 34, об. 65.

В Декрете о суде № 1 декларировались основные принципы организации советского суда: 1) отправление правосудия только судом в строгом соответствии с законом; 2) выборность судей; 3) коллегиальность; 4) равноправие сторон в процессе; 5) обеспечение обвиняемому права на защиту; 6) гласность.

Процесс практической реализации положений Декрета о суде № 1 встретил сопротивление. На издание данного Декрета бывшие чиновники судебного ведомства ответили саботажем. Правительствующий Сенат специальным постановлением пытался запретить его применение судами. Собрание Петроградской адвокатуры объявило его не имеющим юридической силы. В других городах прежние деятели юстиции издали аналогичные постановления<sup>19</sup>. 30 ноября 1917 г. на собрании Московского юридического общества, Всероссийского союза юристов, чинов судебного ведомства, адвокатов и «представителей науки права» было заявлено, что декретом об упразднении старого суда по существу уничтожается все право и все правосудие и что данный декрет, наряду со всеми другими декретами Совнаркома, не имеет под собой «научной основы»<sup>20</sup>.

Однако против критиковавших были приняты решительные меры. В Петрограде ликвидация старых судебных органов была произведена 29 ноября 1917 г. уполномоченным Следственной комиссии ВРК, а деятельность московских судов была прекращена при помощи отряда красноармейцев командования Кремля. Еще раньше, 21 ноября, ВРК командировал в бывшее Министерство юстиции отряд красногвардейцев, а П.И. Стучка уволил всех чиновников во главе с бывшими товарищами министра, а затем и всех остальных чиновников-саботажников до VIII класса включительно.

7 марта (22 февраля) 1918 г. в развитие и дополнение Декрета о суде № 1 ВЦИК издал Декрет о суде № 2<sup>21</sup>. Этот декрет предусматривал создание четырехзвенной судебной системы. При сохранении местных судов, которые стали именоваться «местными народными судами», создавались окружные народные суды для рассмотрения дел, превышавших компетенцию первых. Кроме того, была предусмотрена организация областных народных судов и Верховного судебного контроля. Согласно Декрету № 2 члены окружных народных судов избирались и отзывались местными Советами. Председатель суда избирался самими членами суда и мог ими быть в любое время отозван.

Для рассмотрения уголовных дел в окружных народных судах создавались коллегии в составе председательствующего члена суда и 12 народных заседателей<sup>22</sup>. Гражданские дела рассматривались в составе трех членов суда и четырех народных заседателей. Народные заседатели утверждались губернскими и городскими Советами на основании списков кандидатов, представлявшихся местными районными и волостными Советами. Вызов очередных заседателей окружных судов для участия в судебных заседаниях производился путем жеребьевки исполкомами Советов. В компетенцию народных заседателей входило не только решение вопроса о факте преступления, но и о мере наказания, причем они имели право уменьшить указанное в законе наказание или даже вовсе освободить подсудимого от наказа-

<sup>19</sup> См.: *Карев Д.С.* Указ. соч. С. 65.

<sup>20</sup> См.: *Городецкий Е.Н.* Рождение Советского государства. М., 1965. С. 335.

<sup>21</sup> СУ РСФСР. 1918. № 26. Ст. 347.

<sup>22</sup> Отступление от принципа широкого участия заседателей, имевшего место при организации первых советских судов, было вызвано существовавшей в прежние годы тенденцией к упрощению процесса, неоправданным преувеличением роли судьи и фактическим ущемлением функции народных заседателей.

ния. Заседатели участвовали в судебном следствии и обладали правом отвода председательствующего в любой стадии процесса. Во время совещаний народных заседателей председательствующий пользовался только совещательным голосом. Это объяснялось тем обстоятельством, что предполагалась возможность использовать в качестве председательствующих старых специалистов-юристов, над которыми устанавливался таким образом контроль трудящихся. Вместе с тем очевиден отказ от суда присяжных.

Предусмотренные Декретом о суде № 2 областные народные суды явились бы кассационной инстанцией для рассмотрения жалоб на приговоры и решения окружных судов, однако они не были организованы. Члены областных судов согласно декрету должны были избираться общими собраниями членов окружных народных судов, а не Советами. В компетенцию этих судов входило бы право на помилование и смягчение наказания. Предусмотренный декретом в качестве высшего судебного органа Республики Верховный судебный контроль, на который возлагалась обязанность давать принципиальные разъяснения по решениям областных судов в целях обеспечения единообразной судебной практики, также не был создан.

В Декрете о суде № 2 были подробно изложены основные принципы деятельности народных судов. Предварительное следствие по уголовным делам подсудности окружных судов возлагалось на следственные комиссии в составе трех членов, избираемых местными Советами. По постановлению этих комиссий, в частности, могло быть ограничено участие защиты в стадии предварительного следствия. Тем не менее важно, что признавался сам принцип такого участия.

Все предварительные распоряжения судьи должны были принимать коллегиально.

Процесс как по уголовным, так и по гражданским делам согласно декрету должен был проходить в соответствии с нормами Судебных Уставов 1864 г., если последние «не были отменены советскими декретами и не противоречили правосознанию трудящихся классов».

Декрет о суде № 2 отводил активную роль советскому суду в установлении истины по делу, защите прав сторон. Статья 14 Декрета предусматривала, что в отношении доказательств суд не стеснен никакими формальными соображениями и от него зависит, допускать ли по обстоятельствам дела те или иные доказательства или нет. Суд имел право, не ограничиваясь формальным законом, а руководствуясь соображениями справедливости, отвергнуть ссылку на пропуск срока давности или иного срока и вынести решение об удовлетворении явно справедливого требования вопреки формальным возражениям. Свобода суда в выборе доказательств, его активная роль в установлении объективной истины являлась одной из характерных черт раннего советского суда, свидетельствующей о его коренном отличии от доореволюционного суда, который не имел права собирать доказательства по своей инициативе, ограничиваясь установлением формальной истины по делу, действуя в строгом соответствии с законом.

Согласно Декрету, при местных Советах создавались коллегии правозаступников, которые могли выполнять функции как обвинения, так и защиты. Действовало также правило о том, что помимо основных обвинителя и защитника по делу могли дополнительно выступать один обвинитель и один защитник из лиц, присутствовавших в судебном заседании. Судебный процесс должен был проводиться на местном языке. Основанием для отмены приговора или решения декрет признавал не только формальное нарушение закона, но и несправедливость приговора

или решения. Жалобы на оправдательные приговоры не допускались. Дела о преступлениях несовершеннолетних лиц (до 17 лет) подлежали рассмотрению в «комиссиях о несовершеннолетних».

Ряд основополагающих принципов организации правосудия, нашедших воплощение в Декрете о суде № 2, таких как: устность и гласность процесса<sup>23</sup>, право обвиняемого на защиту, судопроизводство на местном языке, обжалование и пересмотр приговоров по мотивам их несправедливости, формально сохраняли свое значение и на последующих этапах развития советской судебной системы. Этого нельзя, к сожалению, сказать о периоде 1930—1940-х гг., когда действовала особая система репрессивных органов и были установлены специальные, по сути инквизиционные, правила процесса.

20 июля 1918 г. был издан Декрет о суде № 3<sup>24</sup>, который развивал и дополнял два первых декрета. Была расширена подсудность местных судов: за небольшим исключением на них возлагалось рассмотрение всех уголовных дел о преступлениях. Дела о посягательствах на человеческую жизнь, изнасиловании, разбое и бандитизме, подделке денежных знаков, взяточничестве и спекуляции были подсудны окружным судам, а ранее революционным трибуналам. В качестве высшей меры наказания народные суды могли определять срок лишения свободы до 5 лет. К ведению местных народных судов были отнесены гражданские дела по искам до 10 тыс. руб.

По более сложным делам предварительное следствие должны были проводить следственные комиссии. При местных народных судах создавались советы местных народных судей для рассмотрения кассационных жалоб. Были формально упразднены фактически не созданные областные народные суды. Предусматривалось учреждение единого для всей Республики кассационного суда; однако и он не был создан.

В дополнение к Декрету 23 июля 1918 г. была издана Инструкция НКЮ РСФСР об организации и действии местных народных судов, которая определила состав местного суда, порядок избрания его членов (местных судей и заседателей), порядок ведения предварительного следствия, порядок подготовительных к суду распоряжений и действий, а также самого судебного заседания, порядок постановления и вынесения приговоров и решений, порядок обжалования их и исполнения<sup>25</sup>.

Судебная система, предусмотренная первыми декретами о суде, была, несомненно, громоздка. На местах не торопились даже с организацией окружных судов, предпочитая создание двух видов судебных органов — местного народного суда и революционного трибунала. В ряде мест дела, подсудные окружным судам, решали ревтрибуналы.

Наряду с системой народных судов, как уже отмечалось, на первом этапе существования советского суда была создана система революционных трибуналов. В Декрете о суде № 1 ревтрибуналам была посвящена только ст. 8, которая не определяла порядок их деятельности. 19 декабря 1917 г. в развитие Декрета была издана Инструкция Наркомата юстиции РСФСР «О революционном трибунале, его составе, делах, подлежащих его ведению, налагаемых им наказаниях и порядке ведения его заседаний»<sup>26</sup>. Революционным трибуналам были подсудны дела о кон-

<sup>23</sup> В Инструкции Наркомата юстиции от 23 июля 1918 г. было указано, что все заседания суда происходят открыто и только в отдельных случаях, по особым соображениям, публика по постановлению суда могла быть на время удалена из зала суда.

<sup>24</sup> СУ РСФСР. 1918. № 52. Ст. 589.

<sup>25</sup> СУ РСФСР. 1918. № 53. Ст. 597.

<sup>26</sup> СУ РСФСР. 1917. № 12. Ст. 170.

треволюционных преступлениях, спекуляции, нарушении основных декретов Советской власти, злоупотреблении служебным положением, преступлениях против народа путем использования печати. В соответствии со ст. 2 Инструкции наказание устанавливали, «руководствуясь обстоятельствами дела и велениями революционной совести»; применять смертную казнь ревтрибуналы не имели права. В состав ревтрибуналов входили председатель и два его заместителя, которые избирались местным Советом сроком на три месяца (причем они могли быть отозваны и до истечения срока полномочий), а также народные заседатели. Последние избирались сроком на один месяц следующим образом: из общего списка граждан, имевших право быть заседателями; исполком местного Совета путем жеребьевки составлял список из 40 заседателей, из их числа 6 человек принимали участие в очередных заседаниях ревтрибунала.

В соответствии с Инструкцией заседания должны были проходить публично с допущением обвинения и защиты. Обвинителем и защитником мог выступить любой гражданин, не ограниченный в правах, по выбору сторон. При ревтрибуналах также учреждались коллегии правозащитников из числа лиц, «желающих оказать помощь революционному правосудию и представивших рекомендацию Совета рабочих, солдатских и крестьянских депутатов». Из состава этой коллегии по приглашению ревтрибунала мог выступить общественный обвинитель. Кроме назначенных обвинителя и защитника в процессе могли принять участие один обвинитель и один защитник из числа граждан, находившихся в зале суда. Приговоры ревтрибунала не подлежали обжалованию.

Ряд положений этой Инструкции был подвергнут критике в резолюции I съезда председателей трибуналов от 30 октября 1918 г., в которой было указано: «комиссариат Штейнберга повинен в чрезмерном увлечении декоративной стороной процесса, что выразилось в создании громоздкого аппарата в 40 заседателей, с обязательной жеребьевкой, стенограммой и т.д., и в допущении в корне противоречащего задачам трибуналов ограничения их прав при определении мер наказания...»<sup>27</sup>.

С учетом критики<sup>28</sup> 16 июня 1918 г. Наркомюст издал постановление, в котором указал, что «ревтрибуналы в выборе мер борьбы с контрреволюцией, саботажем и пр. не связаны никакими ограничениями, кроме тех случаев, когда в законе определена мера наказания не ниже такого-то наказания»<sup>29</sup>. Тем самым ревтрибуналам была предоставлена возможность более решительного применения репрессивных мер.

Почти одновременно с этим была начата и перестройка организации системы ревтрибуналов. В первой половине 1918 г. ревтрибуналы были созданы не только в губернских городах и крупных промышленных центрах, но и в ряде уездных городов и даже в волостях. В компетенцию трибуналов входило рассмотрение как контрреволюционных, так и значительного числа общеуголовных дел, что затрудняло их деятельность. К тому же отсутствие надлежащего руководства деятельностью трибуналов привело на практике к тому, что многие из них «оказались буквально завалены мелкими уголовными, а иногда и гражданскими делами»<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> См.: *Кожевников М.В.* История советского суда. М., 1947. С. 47—48.

<sup>28</sup> Имеется в виду критика в отношении руководства деятельностью ревтрибуналов со стороны Наркомюста, во главе которого находился И.З. Штейнберг. «Располагая аппаратом комиссариата юстиции, некоторые левые эсеры (в особенности нарком юстиции И.З. Штейнберг) использовали предоставленную им власть для освобождения арестованных по приказу СНК контрреволюционеров, для их защиты, оказания им покровительства и проч.» (см.: XXI Ленинский сборник. 1918. С. 110).

<sup>29</sup> СУ РСФСР. 1918. № 44. Ст. 533.

<sup>30</sup> *Курский Д.И.* Указ. соч. С. 32.

В соответствии с Декретом от 4 мая 1918 г. «О революционных трибуналах»<sup>31</sup> сеть последних сокращалась; они были сохранены только в губернских городах, промышленных центрах и на крупных узловых станциях. Отменялось деление ревтрибуналов на трибуналы по борьбе с контрреволюцией, по борьбе со спекуляцией и по делам печати. Была ограничена их компетенция: изъяты дела общего уголовного характера (переданы в народные суды) за исключением дел о спекуляции, взяточничестве, подлогах, хулиганстве и незаконном использовании советских документов. При каждом ревтрибунале наряду со следственной комиссией учреждалась коллегия обвинителей, выполнявшая функцию поддержания обвинения в суде и некоторые другие функции.

Помимо ревтрибуналов, указанных выше, первоначально действовали также революционные трибуналы печати. Они были учреждены постановлением Наркомюста РСФСР от 18 декабря 1917 г. Согласно Декрету СНК РСФСР от 28 января 1918 г. они создавались при ревтрибуналах общей юрисдикции на иных основаниях. Ревтрибуналы печати состояли из трех постоянных членов, которые избирались местными Советами, что обеспечивало проведение ими определенной политики в борьбе с антисоветскими публикациями, в частности и в издававшихся тогда буржуазных газетах (свои газеты выпускали меньшевики, эсеры, кадеты и др.)<sup>32</sup>. К ведению ревтрибуналов печати были отнесены дела о преступлениях и проступках «против народа», совершаемых путем использования печати. Приговоры по таким делам обжалованию не подлежали.

Декретом от 29 мая 1918 г. был учрежден для рассмотрения важнейших уголовных дел Революционный трибунал при ВЦИК<sup>33</sup>. Его состав избирался ВЦИК. При нем учреждались следственная комиссия и центральная коллегия обвинителей. На последнюю возлагалось, помимо основной (соответственно следственной или обвинительной) функции, в частности, и руководство деятельностью местных коллегий обвинителей. Таким образом, руководство поддержанием обвинения в ревтрибуналах было централизовано. Приговоры Ревтрибунала при ВЦИК не подлежали обжалованию. Для рассмотрения кассационных жалоб и протестов на приговоры местных ревтрибуналов был создан 11 июня 1918 г. Кассационный отдел при ВЦИК<sup>34</sup>.

Наряду с ревтрибуналами органами борьбы с контрреволюционными преступлениями, саботажем, спекуляцией и должностными преступлениями в этот период являлись чрезвычайные комиссии. Всероссийская Чрезвычайная Комиссия была, создана постановлением СНК РСФСР от 20 декабря 1917 г.<sup>35</sup> В ее задачи входило пресечение и ликвидация всех контрреволюционных преступлений и саботажа, предание суду революционного трибунала всех саботажников и контрреволюционеров и выработка мер борьбы с ними. Таким образом, первоначально на ВЧК было возложено предварительное расследование<sup>36</sup>. Право рассмотрения жалоб на неправильные действия местных чрезвычайных комиссий было предоставлено соответствующим вышестоящим ЧК, а также ревтрибуналам и Наркомату юстиции.

<sup>31</sup> СУ РСФСР. 1918. № 35. Ст. 471.

<sup>32</sup> Подробнее см.: *Ефремова Н.Н.* Создание нового Советского суда (1917—1918 гг.) // Из истории советского государства и права. М., 1989. С. 75.

<sup>33</sup> СУ РСФСР. 1918. № 41. Ст. 520.

<sup>34</sup> Там же. № 45. Ст. 545.

<sup>35</sup> См.: Газета Временного Рабочего и Крестьянского Правительства. 1917. 13 (26) декабря.

<sup>36</sup> См.: Декреты Советской власти. Т. 1. М., 1957. С. 491.

В период гражданской войны полномочия чрезвычайных комиссий были расширены, они получили право назначения наказания.

Таким образом, организованная борьба с противниками Советской власти велась как методами судебной репрессии (ревтрибуналы), так и внесудебной (ВЧК). Трибуналы были обычными судами, тогда как ЧК — исключительным органом борьбы с контрреволюционерами.

В этот период правительством отмечалась недостаточная эффективность в работе народных судов, главный упор в деятельности которых должен был состоять в принудительном «перевоспитании» неустойчивых элементов из среды трудящихся. Суды были слабы организационно, укомплектованы недостаточно подготовленными кадрами, действовали без единого, объединяющего их центра. Все это, а также изменившаяся социально-политическая обстановка периода гражданской войны и военной интервенции привело к необходимости внести изменения в судебную систему в целом. Так, «Положение о народном суде РСФСР», утвержденное 30 ноября 1918 г.<sup>37</sup>, ликвидировав созданную в первые месяцы Советской власти громоздкую судебную систему, учредило единый народный суд. Претерпела изменения также система ревтрибуналов.

Положение о народном суде РСФСР подвело итог первому этапу развития советского суда, унифицировало судебную систему. Судейская коллегия, названная народным судом, включала одного судью и от двух до шести народных заседателей. Создатели отдали предпочтение шеффенской модели, отказавшись от суда присяжных. Решающую роль при этом в комплектовании суда играли советы соответствующих уровней (судебные округа совпадали с административными) и их исполкомы. Дальнейшая эволюция советской судебной системы, по существу, уже не вносила более кардинальных изменений в принципы ее организации и не ликвидировала зависимости суда от распорядительно-исполнительных органов государственной власти.

Вместе с тем нельзя обойти вниманием судебную реформу 1922 г., проведенную в РСФСР, созданная в ходе которой модель юстиции была распространена на все национальные республики, вошедшие в состав СССР. Эта реформа была обусловлена теми социально-экономическими изменениями, которые были вызваны новой экономической политикой правительства.

Развитие частнопредпринимательской и кооперативной деятельности, допущение так называемого «государственного капитализма» и одного из главнейших его элементов — частной собственности на отдельные средства производства и иное имущество потребовали коренного изменения организации и целей советской юстиции, ранее ориентированной на борьбу с преступностью и репрессии. Правозащитная функция также стала востребованной. 31 октября 1922 г. ВЦИК утвердил Положение о судостроительстве РСФСР. Была создана относительно новая судебная система: народный суд в составе одного народного судьи, решавшего дело единолично, либо судьи и двух народных заседателей. Вышестоящими инстанциями стали губернский суд и соответственно Верховный суд РСФСР (и его коллегии). Также была создана система специальных судов и квазисудебных органов: 1) военных трибуналов; 2) особых трудовых сессий; 3) центральных и местных арбитражных комиссий. При этом губернские революционные трибуналы и верховный трибунал при ВЦИК ликвидировались<sup>38</sup>.

Было воссоздано следствие, работники которого входили в судебные учрежде-

<sup>37</sup> СУ РСФСР. 1918. № 85. Ст. 889.

<sup>38</sup> Более подробно см., напр.: *Сырых В.М.* История государства и права России. Советский и современный периоды. С. 126—128.

ния. Создавалась прокуратура и адвокатура в связи с проведением процессуальной реформы. 28 мая 1922 г. ВЦИК принял Положение о прокурорском надзоре, а 26 мая того же года — Положение об адвокатуре, которая и в советской юстиции была организационно самостоятельной, децентрализованной системой самоуправляющихся коллегий. Но даже и в этот период, отличавшийся известной либерализацией общественного и государственного строя, суд оставался одним из функциональных звеньев единых органов Советской власти.

Состав суда, включавший в качестве общественного элемента народных заседателей, а не присяжных, олицетворял собой прежде всего государство, интересы которого и должен был защищать в первую очередь.

Новое Положение о судостроительстве было утверждено ВЦИК 19 ноября 1926 г.; оно сохраняло установленную ранее трехзвенную судебную систему. Вместе с тем проводимое так называемое районирование привело к появлению городских, районных, областных (краевых) судов, заменивших прежние.

Очередной вехой эволюции советского суда стала Конституция СССР 1936 г., в развитие которой был принят в августе 1938 г. Закон о судостроительстве СССР, союзных и автономных республик. Они декларировали вполне демократические принципы организации правосудия, которые однако в период политических репрессий 1930—1940-х гг. попирались, не были гарантированы. Было создано четыре уровня судебных органов: 1) народные суды (городской, районный); 2) областной (краевой), суд автономных областей; 3) Верховные суды автономных и союзных республик; 4) Верховный суд СССР.

Очередная волна либерально-демократических преобразований 50—60-х гг. XX в. сопровождалась обновлением законодательства о судостроительстве и судопроизводстве. Однако и формально, и фактически существенных изменений в отправлении правосудия оно не внесло. Последняя союзная Конституция 1977 г. также в целом сохранила сложившуюся модель суда. Радикальное ее изменение начинается в период конституционных реформ конца 1980-х — начала 1990-х гг., в ходе которых вводится принцип разделения властей. Судебная власть должна обрести независимость и быть структурно и функционально обособлена от законодательной и исполнительной. Принятая 12 декабря 1993 г., ныне действующая Конституция РФ закрепила демократические основы организации правосудия и стала учредительным для новой его модели законом. В соответствии с ней в 1990-е гг. был принят ряд законов<sup>39</sup>, на основании которых создана система общих и мировых, арбитражных и конституционных судов в РФ, признанная, как и прежде, единой. Эта система в значительной мере возродила принципы и институты судебного права, которые были концептуально заложены в Судебных Уставах 1864 г., что обеспечило известную долю традиционности и преемственности в сравнении с дореволюционной юстицией. Вместе с тем было обозначено и радикальное ее отличие от советского суда.

Вопрос о динамике современной судебной реформы официально не решен. Очевидно, что созданная организация правосудия нуждается в совершенствовании. Так, например, кадровая проблема является известным препятствием на этом пути. Никого не может ввести в заблуждение значительное число юристов в ряде крупнейших российских городов. В провинции их и сейчас недостаточно, а с развитием мировой юстиции, системы арбитражных и иных специальных судов этот недостаток стал весьма ощутимым. Известно, что в региональных судах большое число судейских должностей вакантно.

Опыт проведения государственно-правовых реформ в России показывает, что

<sup>39</sup> См. об этом подробнее: *Ефремова Н.Н.* Судебные реформы в России // Политико-правовые ценности: история и современность. М., 2000. С. 249.



наибольший эффект в обновлении форм и сущности институтов достигался в том случае, когда реформы проводились в комплексе, взаимозависимости, когда изменениям скоординированно подвергались различные сферы государственной и общественной жизни: социальной, экономической, культурной, политической.

Ясно и то, что, реформируя судебную систему, невозможно оставить без изменения судопроизводство, систему иных правоохранительных органов. Исход судебной системы во многом будет зависеть и от успеха реформы самоуправления, тянувшейся уже второе десятилетие, органы которого могли бы участвовать в комплектовании судебных органов представителями общественности, и наоборот — без сильной судебной власти не может быть гарантирована самостоятельность органов самоуправления.

Позитивный результат этих реформ зависит, в свою очередь, от продвижения экономической реформы, без чего невозможно создать необходимые материальные, финансовые гарантии, как судебной власти, так и местного самоуправления.

Необходимое условие для реализации реформ — обеспечение конституционной законности. Нетрудно заметить, что только при комплексном подходе возможно создание нового (гражданского) общества и государства (социального, демократического, правового) в России. Для жизнеспособности и эффективности деятельности новых создаваемых в ходе реформ институтов необходимы как минимум три рода гарантий: юридические, экономические, идеологические. Без осознания обществом необходимости и правильности курса реформ успех их не может быть обеспечен. Общество всегда более консервативно, чем группа реформаторов. Жесткость методов в проведении реформ сама по себе еще не гарант их удачи: достаточно вспомнить реформы Ивана Грозного (второго этапа его правления) и Петра Великого (наоборот, раннего этапа) и т.д.

Проблемы судебных реформ прошлого во многом созвучны современным. Нормативной основой проводимой в стране судебной реформы, наряду с Конституцией РФ и Законом о статусе судей, изначально было Постановление Верховного Совета РСФСР от 24 декабря 1991 г. «О Концепции судебной реформы в РСФСР» и сама «концепция», в известной мере рецепировавшая принципы и институты Судебных Уставов 1864 г., содержанием которых, несомненно, руководствовались ее разработчики. Как справедливо отмечает С.В. Марасанова, «анализ причин, послуживших основой для судебной реформы конца XX в., конечно же, не позволяет нам полностью идентифицировать их с социальными, историческими, политическими и правовыми условиями, имевшими место в России накануне судебной реформы 1864 г. ...если проанализировать концепцию судебно-правовой реформы, то с определенной долей условности параллели просматриваются. Прежде всего, это касается проблем общего кризиса юстиции, недоверие народа... к правосудию...»<sup>40</sup>. Как и Судебные Уставы, Концепция предполагала создание в России (как известно, не состоявшейся) единой судебной системы, состоящей из судов общей юрисдикции и мировых судов. В этом проявлялся известный традиционализм в выборе парадигмы модернизации суда в постсоветский период отечественной истории.

Федеральный Конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации» от 31 декабря 1996 г. провозгласил те же ценностные принципы организации правосудия: независимость, неприкосновенность и несменяемость судей, самостоятельность суда, равенство всех перед законом, гласность, демократичность

<sup>40</sup> Марасанова С.В. Летопись суда присяжных... Вступительная статья // Джанишев Г.А. Основы судебной реформы. М., 2004. С. 7—8.

процесса, сочетание начал публичного и общественного в структуре судейского корпуса.

Тем не менее новое судебное законодательство, принятое в РФ за время реформы, также не предусматривает унифицированной системы судов, сохраняет их специализацию, обеспечивая ее единство прежде всего единством законодательства о суде.

По мнению ряда современных правоведов, национально-территориальному характеру государственного устройства России в большей мере соответствует диверсифицированное правосудие, организация которого допускает наряду с общей федеральной системой также иные отраслевые и негосударственные системы суда, в частности уже функционирующие третейские, а возможно, и «совестные», традиционно-национальные и др.<sup>41</sup>

Также вполне традиционен для России сегодняшний ход реформ: поэтапность введения суда присяжных и других новых элементов организации правосудия, недостаточное финансирование реформы, ее незавершенность применительно к административным судам, ювенальной юстиции.

Вполне привычны и проблемы становления новых форм суда: отсутствие достаточного числа высококвалифицированных юридических кадров, неравномерность социально-экономического и политического развития субъектов федерации (применительно к истории — регионов Российской империи). В связи с этим перед законодателем вновь стоит сложная задача определения степени унификации судебной организации. Эта трудность не была преодолена и в ходе судебной реформы 1864—1899 гг. Созданная тогда судебная система не была единой, существенные отступления от общеимперской модели были допущены в национально-окраинных районах, а в Великом Княжестве Финляндском она не проводилась вовсе.

Отмечая несовершенства сложившейся в Российской Федерации судебной системы в сравнении с пореформенной имперской, заместитель председателя Верховного суда Российской Федерации, в частности, заметил, что «к большому сожалению... исследователи современной судебной реформы, в отличие от их предшественников, не могут констатировать, что наш “новый суд”, несмотря на его, несомненно, значительно выросшую роль, приобрел большое доверие общества»<sup>42</sup>. Не является также новостью коллизия между законодательной и исполнительной властью, с одной стороны, и этих двух с судебной с другой, степени их участия в комплектовании судейского корпуса и контроле за его деятельностью.

В значительной мере новыми, хотя уже накопившими некоторый опыт, для нашей судебной системы являются системы арбитражных судов и Конституционный Суд РФ. Однако ощущается необходимость и в дальнейшей специализации судебных органов. На наш взгляд, программа обновления организации российского правосудия должна соответствовать основной цели — приближения ее к цивилизованной демократической модели, соответствующей требованиям международных конвенций о правах человека. Однако, учитывая менталитет российского народа, опыт реформ прошлого, по-видимому, не следует рассчитывать, что, разрушив старую систему, можно на «чистом» месте создать новую. Этот сложный процесс требует взаимочета сложившихся реалий в правовой, политической, и иных сферах общественной жизни. Исторически опыт организации отечественного правосудия свидетельствует также о том, что достаточно традиционными оставались и цели

---

<sup>41</sup> См., напр.: *Синюков В.И.* Российская правовая система. Саратов, 1994. С. 421—422.

<sup>42</sup> *Жуйков В.М.* Судебная власть парадоксальна. Вступительная статья // Судебная реформа в прошлом и настоящем. М., 2007. С. 8.

судебных реформ, и провозглашаемые принципы создания равного, справедливого, гуманного суда — общепризнанные в западной цивилизации ценности. Они и по сей день остаются идеалом, соответствующим человеческим чаяниям. Определенный оптимизм внушает то, что почти на каждом этапе отечественной истории реформы достигали определенного положительного результата, являлись очередным шагом в освоении общезначимых политико-правовых ценностей, отражали более высокий уровень организации правосудия в его поступательном, не всегда прямом, прогрессивном развитии.

Не преувеличивая достоинств современной судебной системы, недостатки которой известны и справедливо критикуются, все же можно констатировать, что нынешний период развития института судебной власти отражает общее правило, которое можно сформулировать следующим образом. Судебные реформы отражают определенные периоды совершенствования организации правосудия, в его продвижении к более прогрессивной модели, хотя некоторые эпизоды подтверждают наличие исключений из правил и демонстрируют его временный регресс. Об этом свидетельствует в том числе и история отечественной юстиции.

**Н.Ю. Ерпылева**

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

# Расчетные отношения в теории банковского права и российском законодательстве

В результате фундаментальных изменений в финансово-экономическом развитии России произошли существенные сдвиги и преобразование институциональной структуры хозяйствующих субъектов, выразившиеся, в частности, в появлении коммерческих банков и иных кредитных организаций, которые в настоящее время функционируют в рамках двухуровневой банковской системы. Внедрение рыночных институтов в экономические отношения хозяйствующих субъектов наряду с гиперростом их числа и появлением разнообразных организационно-правовых форм создало объективные предпосылки для существенного увеличения объема расчетных отношений. Развитию этой тенденции способствовали и либерализация внешнеэкономической деятельности российских предприятий и предпринимателей, интеграция России в мирохозяйственные связи, ее участие в международных финансово-экономических организациях.

Все это в конечном счете обусловило повышенный интерес отечественных и зарубежных исследователей к вопросам правового регулирования расчетных отношений. Актуальность исследуемой проблематики нашла отражение в возросшем числе публикаций, посвященных расчетам, и в широком диапазоне охвата анализируемых вопросов. Вместе с тем постепенное развитие и модификация отечественной правовой доктрины и судебной-арбитражной практики ставят перед исследователями новые задачи и создают предпосылки для проведения дальнейшего научного исследования. При подготовке настоящей работы автор поставил перед собой цель дать самостоятельное определение понятия расчетных отношений, проанализировать их юридическую природу в увязке с категорией денежных обязательств, рассмотреть основные виды и формы расчетных отношений, определить их статус в контексте различных источников права (как частного, так и публичного характера).

## Юридическая природа расчетных отношений

Проблема юридической природы расчетных отношений вызывала многочисленные споры и дискуссии в научной литературе на протяжении продолжительного периода времени. Во многом данная ситуация объяснялась тем, что в законодательстве отсутствовало определение понятий «**расчеты**», «**расчетные отношения**», «**денежные обязательства**», хотя в нормативных актах данные термины использовались достаточно часто. Вопрос о юридической природе расчетных отношений исследовался в трудах многих известных советских и российских юристов, но единая точка зрения так и не была сформулирована. Тем не менее все высказанное разными юристами в разное время и в разных историко-политических ситуациях заслуживает самого пристального внимания.

Анализ юридической литературы позволяет утверждать, что расчетные отношения тесно связаны с категорией денежных обязательств, имеющей во всех правовых системах мира самостоятельное место и значение. Это находит подтверждение и в законодательстве, и в судебной практике, и в доктрине. **Советская правовая доктрина трактовала денежное обязательство как обязательство, связанное с платежом определенной денежной суммы.** С точки зрения Л.С. Эльяссона, под денежным обязательством «разумеется обязательство, предметом которого является платеж определенной денежной суммы»<sup>1</sup>. Классик советской цивилистики Л.А. Лунц полагал, что «денежным обязательством в широком смысле слова мы называем обязательство, предметом коего служат денежные знаки как таковые. В тех случаях, когда денежные знаки определяются в договоре индивидуальными признаками или имеют значение “товара”, нет денежного обязательства»<sup>2</sup>. Эта мысль была впервые сформулирована автором в замечательной книге «Деньги и денежные обязательства. Юридическое исследование», увидевшей свет в 1927 г. В своем фундаментальном труде «Денежное обязательство в гражданском и коллизионном праве капиталистических стран» (1948) Л.А. Лунц еще более рельефно высказал мысль о том, что «денежное обязательство направлено на уплату денежных знаков, то есть на предоставление материальных вещей, исполняющих в обороте функцию средства обращения»<sup>3</sup>.

В современной научной литературе наиболее детальный анализ категории денежных обязательств произведен В.А. Беловым и Л.А. Новоселовой. По мнению В.А. Белова, денежное обязательство представляет собой гражданское правоотношение, содержанием которого являются право требования кредитора и корреспондирующая ему юридическая обязанность должника совершить уплату или платеж, т.е. действие (или действия) по передаче определенной (определимой) суммы денег (валюты). Исполнение денежного обязательства (платеж) — это вручение должником кредитору наличных денег (денежных знаков) в сумме, составляющей предмет денежного обязательства. Все денежные обязательства В.А. Белов разделяет на регулятивные (облекающие в правовую форму нормально протекающие фактические имущественные отношения) и охранительные (возникающие из гражданского правонарушения)<sup>4</sup>.

Л.А. Новоселова справедливо полагает, что «одним из определяющих признаков денежного обязательства является обязанность уплатить деньги; деньги используются в обязательстве в качестве средства погашения денежного долга, восстановления эквивалентности обмена, компенсации продавцу стоимости переданного им товара (в широком экономическом смысле этого понятия) либо компенсации понесенных им “имущественных потерь”»<sup>5</sup>. В качестве основного критерия, позволяющего выделить категорию денежного обязательства, автор указывает «наличие в таком обязательстве цели погашения денежного долга. Основание (цель) передачи денег в денежном обязательстве — платеж, погашение обязательства»<sup>6</sup>. **Денежным может быть как обязательство в целом (договор займа), так и обязанность**

<sup>1</sup> Эльяссон Л.С. Деньги, банки и банковские операции. М., 1926. С. 27.

<sup>2</sup> Лунц Л.А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М., 1999. С. 104—105. (Классика российской цивилистики).

<sup>3</sup> Там же. С. 154.

<sup>4</sup> См.: Белов В.А. Денежные обязательства: учеб. пособие. М., 2007. С. 11, 27—29.

<sup>5</sup> Новоселова Л.А. Проценты по денежным обязательствам. М., 2003. С. 25.

<sup>6</sup> Там же. С. 25—26.

**одной из сторон в обязательстве (оплата товаров, работ или услуг).** В последнем случае обязанность уплатить денежный эквивалент является частью сложного обязательства, охватывающего комплекс взаимных прав и обязанностей сторон — субъектов обязательственного отношения.

Данный подход получил полное подтверждение в судебной-арбитражной практике. В Постановлении Пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ № 13/14 «О практике применения положений Гражданского кодекса РФ о процентах за пользование чужими денежными средствами» от 8 октября 1998 г. (в ред. от 4 декабря 2000 г.) под денежным обязательством понимается обязательство, в силу которого на должника возлагается обязанность уплатить деньги. В этом контексте не считаются денежными обязательствами отношения, не связанные с *использованием денег в качестве средства платежа, средства погашения денежного долга*. В частности, не являются денежными обязательства, в которых денежные знаки используются не в качестве средства погашения денежного долга (обязанности клиента сдавать наличные деньги в банк по договору на кассовое обслуживание, обязанности перевозчика, перевозящего денежные знаки). Не являются денежными и обязательства, в которых валюта (деньги) исполняет роль товара (например, сделки по обмену валюты) (п. 1 Постановления).

Все вышесказанное позволяет сделать вывод, что **в денежном обязательстве его предмет — деньги — не может выступать в качестве товара, а выступает лишь как средство обращения, как средство платежа. При этом деньги передаются должником в собственность кредитора с единственной целью погашения денежного долга.** Фактические действия, прекращающие денежные обязательства, т.е. действия, направленные на погашение денежного долга, осуществляются в рамках расчетных отношений. В этом смысле **расчет определяется как действие, направленное на погашение денежного обязательства платежом, т.е. исполнением.** Л.С. Эльяссон отмечал, что «возникающие в процессе обмена отношения сторон по передаче имущества, производству работ, оказанию услуг связаны с соответствующими денежными платежами со стороны лица, получившего исполнение. Возникает денежное обязательство, платеж по которому и является расчетом за полученное имущество, выполненные работы, оказанные услуги»<sup>7</sup>. Аналогичной позиции придерживаются и современные ученые. Е.А. Васильев полагает, что «в торговом обороте в абсолютном большинстве сделок денежные обязательства являются неотъемлемым их элементом. Правоотношения по исполнению и принятию исполнения по денежному обязательству получили название расчетных правоотношений. Исполнение денежных обязательств чаще всего осуществляется путем безналичных расчетов»<sup>8</sup>.

В настоящее время большинство российских ученых подчеркивает отсутствие самостоятельной экономической роли расчетных отношений. Такие отношения выполняют вспомогательную функцию, которая заключается в том, что при их осуществлении вообще не образуется новой стоимости. По мнению Д.А. Медведева, «расчетные отношения опосредуют осуществление платежей за переданное имущество (выполненные работы, оказанные услуги) или по иным основаниям. Их цель — надлежащее оформление передачи денег из рук должника в руки кредитора»<sup>9</sup>. Специфика расчетных отношений проявляется в том, что в одних случаях они возникают в качестве

<sup>7</sup> Эльяссон Л.С. Указ. соч. С. 27.

<sup>8</sup> Учебник по публичному и частному праву // под ред. Г.П. Толстого, А.А. Костина: в 2 т. Т. II: Частное право. М., 2008. С. 378 (автор раздела — Е.А. Васильев).

<sup>9</sup> См.: Гражданское право: учебник // под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого: в 2 т. М., 2003. Т. 2. С. 534 (автор раздела — Д.А. Медведев).

предпосылки для последующих денежных операций (договор банковского счета), в других — опосредуют процесс передачи ценностей от одного лица к другому на возвратных условиях (договоры займа и кредита). С их помощью поддерживается эквивалентность в гражданском обороте, когда движение товаров по основному договору сопровождается соответствующей передачей денег (расчетные обязательства). Расчетные отношения определяются как правоотношения, которые возникают между субъектами гражданско-правового обязательства и кредитной организацией (в определенных случаях — только между субъектами названного обязательства) в связи с осуществлением платежей за переданное имущество (выполненные работы, оказанные услуги) или по другим основаниям<sup>10</sup>.

А.Я. Курбатов полагает, что «под расчетами следует понимать передачу (перечисление) денежных средств во исполнение частноправовых или публично-правовых обязательств (обязанностей) денежного характера, а также передачу (перечисление) денежных средств в качестве предмета сделки»<sup>11</sup>. Н.В. Фомичева определяет расчетные правоотношения как «урегулированные нормами права общественные отношения, возникающие между субъектами возмездного гражданско-правового обязательства и кредитной организацией в связи с осуществлением платежей за переданное имущество, выполненные работы, оказанные услуги или по другим основаниям. Целью расчетов является надлежащее оформление передачи денег из рук должника в руки кредитора»<sup>12</sup>. Л.Г. Ефимова пишет, что «термином «расчеты» обычно называют процесс исполнения денежных обязательств. Способ расчетов (модус исполнения денежных обязательств) может быть различным. В зависимости от требований законодательства и соглашения сторон надлежащее исполнение денежных обязательств (расчеты) может осуществляться тремя способами: путем наличных или безналичных расчетов и зачета встречных требований»<sup>13</sup>.

Несколько иной позиции придерживается В.А. Белов, который, дифференцируя расчеты на наличные и безналичные, полагает, что «термин «безналичные расчеты» употребляется обыкновенно в двух значениях. В широком смысле безналичные расчеты представляют собой процесс погашения (прекращения) денежных обязательств без применения наличных денег, путем так называемого перечисления «безналичных денежных средств». Второе значение термина «безналичные расчеты» — узкое юридическое и может быть расшифровано как правовые отношения (предпосылкой возникновения которых является договор банковского счета), содержание которых составляет право требования владельца счета к обслуживающему его банку о перечислении с указанного банковского счета определенной денежной суммы по указанным реквизитам в определенный срок и за вознаграждение, а также корреспондирующая данному праву обязанность банка»<sup>14</sup>.

В.В. Витрянский высказывается по данному вопросу еще более рельефно. Разделяя расчеты на наличные и безналичные, он полагает, что «наличные расчеты, осуществляемые между должником и кредитором (без участия банка или иной

<sup>10</sup> Гражданское право: учебник // под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 487, 489.

<sup>11</sup> Курбатов А.Я. Правовое регулирование расчетов в Российской Федерации // Хозяйство и право. 2000. № 7. Приложение. С. 3.

<sup>12</sup> Вавилин Е.В., Груздева А.А., Фомичева Н.В. Кредитные и расчетные обязательства в гражданском праве России: учеб. пособие. Саратов, 2003. С. 53.

<sup>13</sup> Гражданское право: учебник // под ред. В.П. Мозолина. М., 2004. Часть вторая. С. 536 (автор раздела — Л.Г. Ефимова).

<sup>14</sup> Белов В.А. Банковское право России: теория, законодательство, практика: юридические очерки. М., 2000. С. 309.

кредитной организации), не порождают никаких особых правоотношений за рамками существующего между ними обязательства и по существу представляют собой действия сторон по исполнению этого обязательства. Такие особые (расчетные) правоотношения появляются лишь в том случае, когда исполнение денежного обязательства производится путем перечисления денежных средств, находящихся на банковском счете должника, что непременно предполагает обращение плательщика за услугами обслуживающего его банка по переводу соответствующих денежных средств в банк, обслуживающий кредитора (получателя денежных средств). Только в этом случае возникают специфические расчетные правоотношения с обязательным участием банка (банков), требующие специального правового регулирования»<sup>15</sup>. Под расчетными отношениями В.В. Витрянский понимает лишь безналичные расчеты и именно им придает особый характер, что позволяет выделить расчетные отношения в качестве предмета специального правового регулирования.

Анализируя приведенные точки зрения, можно подчеркнуть два момента, носящих спорный характер. Во-первых, это акцент на вспомогательную, **акцессорную роль расчетных отношений**, их строгую привязку к основанию возникновения (гражданско-правовая сделка или иное основание). Во-вторых, это стремление рассматривать **расчетные отношения как одну из форм, опосредующих передачу денежных средств** в качестве предмета гражданско-правовой сделки. На наш взгляд, **расчетные отношения служат формой реализации денежного обязательства в широком смысле слова, ибо направлены на прекращение такого обязательства путем уплаты определенной денежной суммы должником кредитору. Денежное обязательство служит юридическим фактом возникновения расчетных отношений, которое в процессе функционирования отрывается от своего основания и приобретает юридически самостоятельный характер.**

Этим фактом можно объяснить то обстоятельство, что круг субъектов денежного обязательства не совпадает с кругом субъектов расчетного отношения, возникшего на его основе. Например, круг субъектов в денежном обязательстве по оплате приобретенного товара — это покупатель-должник и продавец-кредитор. Однако расчетное отношение, возникшее на основе данного обязательства, может включать более широкий круг субъектов, в который входят кредитные организации, обслуживающие должника и кредитора, иные субъекты (например, рабурсирующий банк в случае, если расчет осуществляется в форме аккредитива)<sup>16</sup>. Под денежными обязательствами в широком смысле слова мы понимаем обязательства, возникшие не только из гражданско-правовых сделок, но и по другим основаниям (в частности, из имущественных отношений, основанных на властном подчинении одной стороны другой, в том числе налоговых, финансовых и административных отношений). **Основанием для возникновения денежного обязательства могут служить не только частноправовые, но и публично-правовые отношения.** Еще Л.А. Лунц отмечал, что «вопросы денежных обязательств возникают также в сфере международного публичного права»<sup>17</sup>.

<sup>15</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга пятая: в 2 т. Т. 2: Договоры о банковском вкладе, банковском счете; банковские расчеты. Конкурс, договоры об играх и пари. М., 2006. С. 416—417 (автор раздела — В.В. Витрянский).

<sup>16</sup> См. об этом более подробно: Садыков Р.Р., Садыков Р.Р. Расчеты: правоотношения и банковские операции // Банковское право. 2006. № 6.

<sup>17</sup> Лунц Л.А. Указ. соч. С. 149.



Концепция денежного обязательства публично-правового характера отнюдь не противоречит его юридической природе, ибо константой остается главная цель такого обязательства — погашение денежного долга. **Абстрактность (отрыв от своего основания) и автономность (самостоятельность) расчетных отношений позволяют им надлежащим образом выполнить свою функцию реализации, исполнения денежного обязательства безотносительно к его частноправовому или публично-правовому характеру.** С точки зрения расчетных отношений расчетная операция по уплате эквивалента за приобретенный по договору купли-продажи товар (гражданско-правовое отношение) ничем не отличается от расчетной операции по уплате налогов в бюджет и внебюджетные фонды (публично-правовое налоговое отношение); по уплате регистрационного сбора за лицензирование хозяйствующего субъекта в качестве профессионального участника рынка ценных бумаг (публично-правовое финансовое отношение); по уплате штрафа за нарушение правил дорожного движения (публично-правовое административное отношение). Общим во всех случаях выступает необходимость погашения денежного долга, возникшего в силу различных частноправовых и публично-правовых оснований.

## Виды расчетных отношений

Действующее российское законодательство предусматривает два вида расчетных отношений:

- **наличными денежными средствами**, когда должник вручает кредитору деньги в «натуральной» форме (банковские и казначейские билеты);

- **безналичными денежными средствами** через банки (кредитные организации)<sup>18</sup>.

Если расчеты производятся путем передачи наличных денег кредитору, то они становятся составной частью гражданско-правового обязательства, во исполнение которого они производятся, и вне рамок данного обязательства существовать не могут. В современном мире подавляющее большинство расчетов осуществляется не путем передачи наличных денег от одной стороны к другой, а в безналичном порядке при помощи финансового посредника (банка, иной кредитной организации). **Видимое отличие безналичных расчетов от расчетов наличными денежными средствами состоит в том, что в первом случае не происходит передачи «материальных знаков стоимости» (банкнот и казначейских билетов) как движимого имущества в материализованной форме.**

Гораздо сложнее обстоит дело с расчетными отношениями в безналичной форме, когда предметом расчетных операций выступают так называемые «безналичные деньги». По вопросу о юридической природе безналичных денег в российской научной литературе были высказаны различные точки зрения, подчас совершенно противоположные по смыслу. Л.Г. Ефимова, полагающая, что наличные и безналичные деньги — всего лишь разные формы денег, указывает на подчинение безналичных денег смешанному вещно-обязательственному правовому режиму. Являясь изначально обязательствами банков, которые не имеют вещественной формы, безналичные деньги тем не менее унаследовали от наличных некоторые черты режима вещных прав: в силу юридической фикции на них распространяется режим права собственности и вещно-правовая система передачи. Перечисление денежных средств с одного банковского счета на другой Л.Г. Ефимова рассматривает как

<sup>18</sup> Д.А. Медведев пишет, что «расчеты подразделяются на безналичные (через кредитную организацию) и наличные, когда должник вручает кредитору деньги в “натуральной форме” (банковские и казначейские билеты, монеты)». См.: Гражданское право: учебник // под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. С. 534.

особую процедуру передачи кредитных денег, приравненную к передаче банкнот (наличных денег) и построенную по типу передачи вещей<sup>19</sup>. Сторонником вещно-правовой природы безналичных денег является К.Т. Трофимов, который утверждает, что расчетные отношения с участием банков — финансовых посредников, являясь самостоятельным видом правоотношений, способствуют переходу права собственности от плательщика к получателю. Вместе с тем он отмечает, что фактически расчетная операция с участием банков представляет собой последовательное дебетование — кредитование счетов<sup>20</sup>.

Иной точки зрения на проблему юридической природы безналичных денег и безналичных расчетов придерживается С.В. Сарбаш. Он полагает, что безналичные денежные средства — это «упорядоченные законом и договором результаты специальных математических операций (учетные записи), дающие определенным субъектам право получить в обмен на совершение этих операций какой-либо объект гражданского права (вещь, работу, услугу и т.д.), не уплачивая за него наличных денег. Расчеты посредством безналичных денежных средств — суть безденежные расчеты. Учитывая сказанное выше, можно утверждать, что в отношении такого вида имущества, как безналичные денежные средства, *a priori* не может возникнуть права собственности или какого-либо иного вещного права»<sup>21</sup>.

Л.А. Новоселова считает, что «при безналичных расчетах в качестве средства платежа используется имущество в форме абстрактного, безусловного и не ограниченного сроком права требования к банку о выдаче (выплате) по первому требованию денег (право на деньги), зафиксированного посредством бухгалтерских записей, ведущихся банком»<sup>22</sup>. По ее мнению, «в современных условиях деньги в банке практически мгновенно теряют свою вещественную оболочку, выступая лишь в виде записей на бумаге либо в электронной форме. Они не могут быть объектом вещных прав вкладчика (клиента) и входят в состав его имущества как право требования имущественного характера, основанное на вытекающем из договора обязательстве банка»<sup>23</sup>.

Наиболее рельефно различия двух видов расчетных отношений отражены во взглядах В.А. Белова. Если речь идет о совершении платежа наличными — налично исполнение денежного обязательства, произведенное посредством передачи денег. Если же стороны договора предусматривают в нем условие о безналичных расчетах, нельзя говорить о том, что оно также гласит о прекращении денежного обязательства исполнением (передачей денег), ибо сущность безналичных расчетов — именно отсутствие такой передачи. Безналичные расчеты не предполагают фактической передачи денег из банка плательщика в банк получателя, ограничиваясь лишь изменением записей по банковским счетам плательщика, получателя и обслуживающих их банков. Таким образом, отличительными чертами безналичных расчетов, не позволяющими отождествлять их с исполнением обязательств с помощью передачи денег, являются: 1) отсутствие физической передачи (перемещения) денег; 2) вовлечение в правоотношения безналичных расчетов третьих лиц — банков, обслуживающих должника и кредитора денежного обязательства<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> См.: *Ефимова Л.Г.* Банковские сделки: право и практика. М., 2001. С. 206, 236.

<sup>20</sup> См.: *Трофимов К.Т.* Кредитные организации в банковской системе России. М., 2004. С. 310. См. также: *Сидорова В.Н.* Проблемы правового режима безналичных денег: соотношение вещных и обязательственных прав // Банковское право. 2007. № 5.

<sup>21</sup> *Сарбаш С.В.* Договор банковского счета: проблемы доктрины и судебной практики. М., 1999. С. 31.

<sup>22</sup> *Новоселова Л.А.* Проценты по денежным обязательствам. С. 17.

<sup>23</sup> *Она же.* Денежные расчеты в предпринимательской деятельности. М., 1996. С. 37.

<sup>24</sup> См.: *Белов В.А.* Банковское право России. С. 313.

Являясь последовательным приверженцем обязательственно-правовой природы безналичных денег, В.А.Белов справедливо утверждает, что безналичных денег как объекта права собственности не только не существует, но и не может существовать вообще. Внесение наличных денег в банк, извлечение их из банка или изменение записей по счетам на основании состоявшихся соглашений о переводе долгов говорит только об изменении субъектов и состава прав денежных требований. Если такое изменение является следствием наличного расчета, налицо изменение правоотношений, юридическим фактом к которому стало исполнение денежного обязательства (ст. 408 ГК). Вместе с тем **проведение безналичных расчетов по денежному обязательству не означает его прекращения исполнением, а выступает как способ прекращения денежного обязательства должника-плательщика перед кредитором-получателем, возникшего в силу договора между ними или из закона, путем его новации в обязательство банка, обслуживающего кредитора-получателя, перед последним.**

Юридическим результатом безналичных расчетов является перевод денежного долга с должника-плательщика по денежному обязательству перед кредитором-получателем на банк, обслуживающий кредитора. При безналичных расчетах, производимых путем изменения записей по счетам, юридическим фактом прекращения денежного обязательства выступает его новация в денежное обязательство банка-получателя перед получателем денежных средств путем возложения исполнения основного денежного обязательства между должником и кредитором на третьих лиц, т.е. банки плательщика (должника) и получателя (кредитора). Таким образом, по мнению В.А. Белова, мы имеем изменение правоотношений, юридическим фактом к которому стало прекращение денежного обязательства путем его новации в обязательство по переводу долга и прекращение последнего путем его новации в денежное обязательство банка-получателя перед получателем средств<sup>25</sup>.

В.В. Витрянский полностью согласен с концепцией обязательственно-правовой природы денежных средств, находящихся на банковском счете (безналичных денежных средств), в том, что денежная сумма, выраженная записью на банковском счете, составляет объем обязательственных прав требования владельца счета к банку-контрагенту по договору банковского счета или их перечислению. Однако, по мнению В.В. Витрянского, существо механизма безналичных расчетов состоит в том, что права требования плательщика к обслуживаемому его банку в объеме, определяемом перечисляемой денежной суммой, переходят к получателю денежных средств в виде прав требования к банку — контрагенту получателя по договору банковского счета. Такого рода перемещение безналичных денежных средств по банковским счетам, т.е. переход прав требования плательщика к банку с их трансформацией в требование к банку, обслуживаемому получателем денежных средств, представляет собой особый случай перехода прав кредитора к другому лицу на основании закона — норм о безналичных расчетах<sup>26</sup>.

В.В. Витрянский справедливо полагает, что договор банковского счета содержит условия об обязанностях банка осуществлять за счет внесенных клиентом (владельцем счета) средств по его поручениям определенные операции по проведению платежей. При совершении таких операций банком по счету клиента остаток числящихся на нем денежных средств уменьшается (при списании средств) или увеличивается (при зачислении на счет поступивших средств). Пропорцио-

<sup>25</sup> Белов В.А. Банковское право России. С. 314—319.

<sup>26</sup> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 431—432.

нально уменьшается или увеличивается объем прав требования владельца счета к обслуживающему его банку. Таким образом, при безналичных расчетах средством платежа служат не деньги, а права требования к банку. При безналичных расчетах по гражданско-правовым сделкам кредитор по денежному обязательству взамен переданных должнику товаров, выполненных работ или оказанных услуг получает от должника не деньги, а имущественные права требования к обслуживающему должника банку, которые трансформируются в права требования к банку, обслуживающему кредитора. **В результате безналичных расчетов права требования должника к банку (остатки денежных средств на его счете) уменьшаются с одновременным увеличением объема прав требований кредитора к обслуживающему его банку. Иными словами, при безналичных расчетах активы кредитора увеличиваются не за счет денег, полученных от должника, а за счет такого вида активов, как имущественные права требования<sup>27</sup>.**

Выбор вида расчетных отношений практически не зависит от волеизъявления сторон по денежному обязательству, а большей частью прямо предписан в законодательстве как частноправового, так и публично-правового характера. Общая тенденция такова, что сфера наличных расчетов представляется достаточно узкой. В первую очередь это обусловлено подходом гражданского законодательства. В частности, п. 1—2 ст. 861 ГК предусматривает, что расчеты с участием граждан, не связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, могут производиться наличными деньгами без ограничения суммы или в безналичном порядке. Расчеты между юридическими лицами, а также расчеты с участием граждан, связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, производятся в безналичном порядке<sup>28</sup>.

**Порядок осуществления расчетов наличными деньгами, помимо существа денежного обязательства (частноправовое или публично-правовое), во исполнение которого производятся расчеты, зависит и от субъектного состава расчетного правоотношения.** Если получателем денег является гражданин, платеж во всех случаях может осуществляться путем личного вручения. При осуществлении расчетов по обязательствам с участием физических лиц наличные деньги возможно перечислить получателю через предприятие связи. Если наличные расчеты осуществляются между юридическими лицами, то деньги должны вноситься непосредственно в кассу юридического лица — получателя средств или (в строго ограниченных законом случаях) — в депозит нотариуса или суда (ст. 327 ГК). Внесение денежной суммы в депозит нотариуса или суда (т.е. помещение ее на специальный банковский счет) считается надлежащим исполнением денежного обязательства.

**Выступая родовым понятием, понятие «расчетные правоотношения» поглощает видовые понятия «наличные расчеты» и «безналичные расчеты».** В соответствии с п. 3 ст. 861 ГК необходимым условием осуществления безналичных расчетов является открытие счета в кредитной организации (банке)<sup>29</sup>. Договор банковского счета плательщика удостоверяет право его требования к банку о выдаче (перечислении) денежных средств со счета согласно указаниям плательщика и в пределах находящихся на счете сумм. В то же время этому праву требования корреспондирует обязательство банка по перечислению или выдаче со счета денежной суммы как объ-

<sup>27</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 426—427.

<sup>28</sup> См. об это более подробно: Чураков М.С. К вопросу о понятии и содержании системы безналичных расчетов // Банковское право. 2007. № 1—2.

<sup>29</sup> См. об этом более подробно: Аграновский А.В. О роли договора банковского счета в организации безналичных расчетов // Право и политика. 2005. № 2.

екта обязательственных правоотношений. Договор банковского счета получателя удостоверяет его право требования к банку о выдаче (зачислении) поступающих на счет денежных средств, которому корреспондирует обязательство банка зачислить на счет или выдать с него денежные средства.

Безналичные расчеты осуществляются в определенных формах. По мнению Л.Г. Ефимовой, «формы безналичных расчетов различаются порядком документооборота, видом расчетного документа, а также наличием или отсутствием условий предоставления денежных средств в распоряжение получателя платежа»<sup>30</sup>. В.А. Белов под формами безналичных расчетов понимает предусмотренные законом, банковскими правилами и обычаями делового оборота способы документального оформления и подтверждения волеизъявления владельца банковского счета или (в установленных законом случаях) третьего лица на перечисление денежных сумм, числящихся на банковском счете<sup>31</sup>. Л.А. Новоселова под формами безналичных расчетов понимает «урегулированные законодательством условия исполнения через банк денежных обязательств, отличающиеся порядком зачисления средств на счет кредитора, видом расчетного документа и порядком документооборота»<sup>32</sup>. В.В. Витрянский полагает, что «под формой безналичных расчетов понимаются способы и порядок исполнения денежного обязательства с использованием денежных средств на банковском счете должника»<sup>33</sup>. Таким образом, **форму безналичных расчетов можно понимать как предусмотренные правовыми нормами условия платежей, отличающиеся способом зачисления средств на счет кредитора, видами расчетных документов и порядком документооборота.**

Глава 46 «Расчеты» части второй Гражданского кодекса РФ (в ред. от 30 декабря 2008 г.)<sup>34</sup>, Положение ЦБ РФ № 2-П «О безналичных расчетах в РФ» от 3 октября 2002 г. (в ред. от 22 января 2008 г.)<sup>35</sup> и Положение ЦБ РФ № 222-П «О порядке осуществления безналичных расчетов физическими лицами в РФ» от 1 апреля 2003 г. (в ред. от 22 января 2008 г.)<sup>36</sup> выделяют следующие **формы безналичных расчетов: расчеты платежными поручениями, аккредитив, инкассо, чек**<sup>37</sup>. Необходимо отметить, что данный перечень крайне эклектичен и никак не отражает классификацию форм безналичных расчетов. Так, расчеты чеками осуществляются банками в порядке инкассо, а расчеты платежными поручениями и путем инкассо представляют собой две разновидности одной формы расчетов — банковского перевода как кредитового и дебетового переводов соответственно.

Л.Г. Ефимова предлагает следующую классификацию форм безналичных расчетов. В зависимости от того, зачисляются ли полученные от плательщика средства на счет получателя безусловно или в зависимости от выполнения последним определенных требований, различаются **перевод** и **аккредитив**. Под кредитовым переводом средств (переводом кредита) понимается безусловный перевод средств,

<sup>30</sup> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. С. 317.

<sup>31</sup> См.: Белов В.А. Банковское право России. С. 321—322.

<sup>32</sup> Новоселова Л.А. Денежные расчеты в предпринимательской деятельности. С. 49.

<sup>33</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 440.

<sup>34</sup> Собрание законодательства РФ. 1996. № 5. Ст. 410; 2009. № 1. Ст. 16.

<sup>35</sup> Вестник Банка России. 2002. № 74; 2008. № 9.

<sup>36</sup> Вестник Банка России. 2003. № 24; 2008. № 9.

<sup>37</sup> См. об этом более подробно: Сайфуллина Н.А. Система законодательства о регулировании расчетных отношений // Банковское право. 2003. № 1; Гусева Т.А., Дракина М.Н. Правовое регулирование безналичных расчетов // Банковское право. 2004. № 3; Метелева Ю.А. Правовое регулирование безналичных расчетов // Право и экономика. 2006. № 9.

осуществляемый по инициативе плательщика (т.е. должника) — инициатора платежа. Таким образом, в рамках перевода выделяются дебетовый и кредитовый перевод. При кредитовом переводе указание о платеже исходит от лица, производящего платеж. При дебетовом переводе такое указание исходит от лица, получающего платеж. Разновидностью кредитового перевода по российскому законодательству являются расчеты платежными поручениями, а дебетового — расчеты в порядке инкассо<sup>38</sup>.

Обобщая положения российского законодательства и доктринальные точки зрения, В.В. Витрянский выделяет четыре формы безналичных расчетов — платежными поручениями, по аккредитиву, по инкассо и чеками. Кроме того, расчеты по инкассо дифференцируются на расчеты, осуществляемые на основании платежных требований, оплата которых может производиться по распоряжению плательщика (с акцептом) или без его распоряжения (в безакцептном порядке), а также инкассовых поручений, оплата которых производится без распоряжения плательщика (в бесспорном порядке)<sup>39</sup>. Статья 862 ГК допускает осуществление расчетов в иных формах, предусмотренных законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота. Наиболее распространенными формами международных расчетов выступают банковский перевод (или кредитовый перевод), документарное инкассо (или дебетовый перевод) и документарный аккредитив.

В науке банковского права отмечалось, что **понятие формы безналичных расчетов не является синонимом расчетной сделки. Любая форма безналичных расчетов состоит из нескольких расчетных сделок, имеющих различную правовую природу и бывающих как односторонними, так и двусторонними.** В этом контексте Л.Г. Ефимова под расчетной сделкой понимает любую гражданско-правовую сделку, осуществляемую участниками системы безналичных расчетов (банками и их клиентами) в рамках определенной формы безналичных расчетов и направленную на перемещение (трансферт) безналичных активов с одного счета клиента на другой, принадлежащий как ему самому, так и третьему лицу<sup>40</sup>.

Л.Г. Ефимова разделяет все расчетные сделки на односторонние и двусторонние. Для заключения двусторонних расчетных сделок необходимо наличие воли и волеизъявления не только клиента, но и банка. Двусторонние расчетные сделки при расчетах платежными поручениями: договор плательщика с обслуживающим его банком об осуществлении кредитового перевода средств; договор банка плательщика с банком-посредником об осуществлении кредитового перевода средств. Двусторонние расчетные сделки при расчетах в порядке инкассо: договор между получателем платежа и банком-эмитентом о получении (инкассировании) причитающихся получателю платежа средств; договор между исполняющим банком и банком-посредником о переводе инкассированных сумм. Двусторонние расчетные сделки при расчетах в порядке непокрытого неподтвержденного аккредитива: договор между плательщиком (приказодателем) и банком-эмитентом о выставлении аккредитива; договор между банком-эмитентом и исполняющим банком об обслуживании выставленного аккредитива; договор между банком-эмитентом и получателем платежа (бенефициаром) об осуществлении платежа.

<sup>38</sup> См.: *Ефимова Л.Г.* Банковские сделки: Комментарий законодательства и арбитражной практики. М., 2000. С. 75—76.

<sup>39</sup> См.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Указ. соч. С. 440. См. также: *Садыков Р.Р.* Бесспорное списание денежных средств: эхо ушедшей эпохи // *Банковское право.* 2007. № 5.

<sup>40</sup> См.: *Ефимова Л.Г.* Банковские сделки: Комментарий законодательства и арбитражной практики. С. 76—78.

Односторонними Л.Г. Ефимова считает те расчетные сделки, которые представляют собой действия должника по исполнению других расчетных сделок, а также оферту и акцепт. Односторонние расчетные сделки при расчетах платежными поручениями: действия банка-посредника по зачислению поступивших средств на счет банка получателя этих средств; действия банка получателя платежа по зачислению поступивших средств на счет получателя платежа. Односторонние расчетные сделки при расчетах в порядке инкассо: акцепт плательщиком предъявленных ему для платежа расчетных и коммерческих документов; списание исполняющим банком средств со счета плательщика; зачисление банком-посредником инкассированных сумм на корреспондентский счет банка получателя платежа; зачисление банком получателя платежа инкассированных сумм на счет получателя платежа. Односторонние расчетные сделки при расчетах в порядке непокрытого неподтвержденного аккредитива: действие банка-эмитента по выставлению аккредитива; действие получателя платежа по представлению исполняющему банку документов, соответствующих условиям аккредитива, с целью получения платежа; действия банка-эмитента по совершению платежа<sup>41</sup>.

Концепция расчетных сделок, лежащих в основе различных форм расчетов, подверглась жесткой критике со стороны В.В. Витрянского. Он полагает, что при таком подходе любая рядовая операция по безналичным расчетам (по перечислению или получению банком денежных средств по поручению клиента) выглядит как нагромождение различных договоров и односторонних сделок, заключаемых (совершаемых) участниками расчетов. Предлагаемая Л.Г. Ефимовой правовая квалификация расчетных сделок представляет собой попытку искусственного расчленения действий банка, обслуживающего владельца счета, и привлеченных указанным банком иных банков к исполнению поручения клиента о перечислении или получении денежных средств на целый ряд самостоятельных договоров и односторонних сделок, что никак не вытекает из действующего российского законодательства<sup>42</sup>.

По мнению В.В. Витрянского, именно обязательства сторон, вытекающие из договора банковского счета, включают право владельца счета давать банку распоряжения о перечислении (получении) денежных средств со счета (на счет) и о проведении других операций по счету, а также обязанность банка выполнять такие распоряжения (п. 1 ст. 845 ГК). Банк, получивший распоряжение клиента (владельца счета), вправе возложить исполнение своего обязательства на другие банки (п. 1 ст. 313 ГК) путем их привлечения к проведению соответствующей банковской операции (п. 2 ст. 865, п. 1 ст. 867, п. 2 ст. 874 ГК). Что же касается собственно так называемых расчетных сделок, то они представляют собой действия банка по исполнению обязательства, вытекающего из договора банковского счета, в том числе и при возложении указанного исполнения на привлеченные банки<sup>43</sup>.

Можно утверждать, что только безналичные расчеты осуществляются с помощью отдельных банковских операций, которые имманентно служат формой реализации безналичных расчетных правоотношений<sup>44</sup>. Именно поэтому круг субъ-

<sup>41</sup> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: Комментарий законодательства и арбитражной практики. С. 78—83.

<sup>42</sup> См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 443—444.

<sup>43</sup> Там же. С. 448.

<sup>44</sup> Под расчетными правоотношениями В.В. Витрянский понимает отношения, возникающие между владельцем счета — плательщиком (получателем денежных средств) и банком, в котором открыт его банковский счет, а также иными банками, привлеченными к осуществлению соответствующей банковской операции в связи с исполнением поручения владельца счета о переводе (получении) денежных средств, находящихся на банковском счете, в порядке безналичных расчетов. См.: Там же. С. 419.

ектов таких отношений шире, чем круг субъектов денежного обязательства, на прекращение которого и направлены безналичные расчеты. Представляется, что круг субъектов расчетных отношений и денежного обязательства при наличных расчетах совпадает. Принимая во внимание, что основным отличительным признаком безналичных расчетных правоотношений является участие в них в качестве субъектов третьих лиц — банков и иных кредитных организаций, Л.А. Новоселова выделяет ряд принципов правового регулирования безналичных расчетов<sup>45</sup>:

1) безналичные расчеты осуществляются сторонами гражданско-правового обязательства через банки с открытых ими расчетных, текущих и иных счетов, условия которых позволяют производить платежи по распоряжению клиента;

2) участники расчетов могут выбирать и закреплять в договоре любую форму расчетов, предусмотренную законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота. Банки не вправе отказать клиентам в совершении таких операций, если иное не предусмотрено договором банковского счета;

3) в расчетных гражданско-правовых отношениях средства со счетов списываются по распоряжению владельца счета, за исключением случаев, предусмотренных действующим законодательством либо договором между банком и клиентом. Волеизъявление владельца счета может быть выражено либо в форме прямого указания банку о перечислении средств, либо в форме письменного согласия на платеж по требованию, предъявленному третьим лицом;

4) банк не вправе определять и контролировать использование денежных средств, находящихся на счете клиента, и устанавливать не предусмотренные законодательными актами или договором ограничения его права распоряжаться денежными средствами по своему усмотрению;

5) банк, участвующий в расчетах по гражданско-правовому обязательству контрагентов, сам не становится стороной в этом обязательстве. Он является стороной договора банковского счета и лишь за его исполнение отвечает перед своим клиентом;

6) не допускается ограничение прав клиента на распоряжение денежными средствами, находящимися на счете, за исключением наложения ареста на денежные средства на счете или приостановления операций по счету в случаях, предусмотренных законом;

7) платежи со счетов производятся при наличии средств на счетах плательщика либо за счет банковского кредита, предоставленного плательщику;

8) безналичные расчеты производятся на основании документов установленной формы.

**Вид расчетных правоотношений оказывает решающее воздействие на момент и место исполнения денежного обязательства, лежащего в основе его возникновения.** Место исполнения денежного обязательства определяется по правилам ст. 316 ГК. Если место исполнения не определено законом, иными правовыми актами или договором, не явствует из обычаев делового оборота или существа обязательства, то по денежному обязательству исполнение должно быть произведено в месте жительства кредитора в момент возникновения обязательства (если кредитором является юридическое лицо — в месте его нахождения в момент возникновения обязательства). Если кредитор к моменту исполнения обязательства изменил место жительства или место нахождения и известил об этом должника — в новом месте

<sup>45</sup> См.: Новоселова Л.А. Денежные расчеты в предпринимательской деятельности. С. 47—49.



жителства или нахождения кредитора с отнесением на счет кредитора расходов, связанных с переменной места исполнения. Расходы по доставке денежных средств в место исполнения ложатся на должника, если иное не предусмотрено законом или соглашением сторон.

В отношении отдельных видов денежных обязательств законодательством могут быть обозначены иные правила об определении места платежа, носящие специальный характер по сравнению с правилами общего характера, которые закреплены в ст. 316 ГК. Это касается **вексельных обязательств** (местом исполнения денежного обязательства может быть место нахождения плательщика — акцептанта переводного векселя или векселедателя простого векселя, а не кредитора); **обязательств по договору займа** (сумма займа считается возвращенной в момент передачи ее займодавцу или зачисления соответствующих денежных средств на его банковский счет — п. 3 ст. 810 ГК); **обязательств банков по выплате вкладов гражданам** (требование о выдаче вклада, выплате процентов по нему и распоряжения вкладчика о перечислении денежных средств со счета по вкладу другим лицам осуществляются банком по месту нахождения банка или его филиала, если вклад был внесен в филиал — ст. 843 ГК).

**При наличных расчетах денежное обязательство считается исполненным в момент и в месте передачи наличных денег должником кредитору, т.е. их вручения физическому лицу или внесения в кассу юридического лица по приходному кассовому ордеру.** Гораздо сложнее обстоит дело при совершении безналичных расчетов, ибо налицо иной состав субъектов расчетных отношений, нежели чем в денежном обязательстве, а также отсутствие физического перемещения наличных денег как объектов материального мира, место которого занимает цепочка учетных записей по банковским счетам. **По общему правилу, место и момент исполнения денежного обязательства при безналичных расчетах определяются с учетом формы расчетного правоотношения (перевод, инкассо, аккредитив).**

При расчетах платежными поручениями судебная практика в качестве места исполнения признает место нахождения банка получателя денежных средств, а в качестве момента исполнения денежного обязательства — момент надлежащего зачисления средств на корреспондентский счет банка, в котором ведется лицевой счет получателя средств. В Постановлении Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 5 «О некоторых вопросах практики рассмотрения споров, связанных с заключением, исполнением и расторжением договоров банковского счета» от 19 апреля 1999 г.<sup>46</sup> прямо говорится, что банк плательщика обязан перечислить соответствующую сумму банку получателя, у которого с момента зачисления средств на его корреспондентский счет и получения документов, являющихся основанием для зачисления средств на счет получателя, появляется обязательство, основанное на договоре банковского счета с получателем средств, по зачислению суммы на счет последнего (п. 1 ст. 845 ГК). Поэтому при разрешении споров следует принимать во внимание, что **обязательство банка плательщика перед клиентом по платежному поручению считается исполненным в момент надлежащего зачисления соответствующей денежной суммы на счет банка получателя**, если договором банковского счета клиента и банка плательщика не предусмотрено иное (п. 3). Данная позиция нашла поддержку и в отечественной правовой доктрине<sup>47</sup>.

**Что касается инкассовой формы расчетов, то в литературе была высказана мысль — моментом и местом исполнения денежного обязательства следует считать момент спи-**

<sup>46</sup> Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1999. № 7.

<sup>47</sup> Новоселова Л.А. Проценты по денежным обязательствам. С. 89.

сания суммы долга с расчетного счета плательщика в месте нахождения исполняющего банка<sup>48</sup>. При расчетах по аккредитиву моментом исполнения денежного обязательства будет являться момент зачисления средств на счет получателя в месте нахождения исполняющего банка. Об этом косвенно говорит Положение ЦБ РФ № 2-П «О безналичных расчетах в РФ», согласно которому платеж по аккредитиву производится в безналичном порядке (п. 4.4). Характерно, что судебная-арбитражная практика не содержит каких-либо комментариев на этот счет, хотя имеется Информационное Письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ № 39 «Обзор практики рассмотрения споров, связанных с использованием аккредитивной и инкассовой форм расчетов» от 15 января 1999 г.<sup>49</sup>

Завершая рассмотрение вопросов теории правового регулирования расчетных отношений, хотелось бы предложить следующее определение. **Расчетные отношения — это отношения, включающие в себя фактические и юридически значимые действия, направленные на исполнение денежного обязательства (погашение денежного долга) в наличной и безналичной формах, которые регулируются частноправовыми и публично-правовыми нормами, содержащимися в национальном законодательстве, международных договорах и международных обычаях.**

---

<sup>48</sup> Ефимова Л.Г. Банковские сделки: Комментарий законодательства и арбитражной практики. С. 168.

<sup>49</sup> Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1999. № 4.

**А.Г. Калпин**

*Профессор кафедры  
гражданского права  
факультета права  
Государственного  
университета —  
Высшей школы  
экономики, доктор  
юридических наук*

# Ответственность судовладельца за ущерб, причиненный несохранностью груза

**Общие положения.** Следствием нарушения судовладельцем лежащих на нем по договору фрахтования обязанностей может явиться несохранность груза, выражающаяся в его утрате, недостатке, повреждении. В этом случае у фрахтователя возникает правомочие требовать возмещения ущерба, а у судовладельца — обязанность его возместить. Правовые положения, определяющие ответственность за несохранность груза, представляют несомненный интерес для сторон договора, работников коммерческих и юридических служб внешнеторговых фирм и судовладельческих компаний. Правовые знания в этой области необходимы также и капитанам судов, и их грузовым помощникам. Настоящая статья имеет своей целью ознакомить указанных лиц с тем, какими положениями определяется ответственность за несохранность груза, какой характер носят регулирующие ее нормы закона, какую роль могут играть договорные условия чартера об ответственности за груз.

**Ответственность судовладельца за несохранность груза по нормам статутного и общего права.** При решении вопроса об ответственности судовладельца за несохранность груза стороны договора фрахтования судна на рейс сталкиваются со сложным переплетением норм закона, условий чартера и коносамента.

Содержащиеся в чартере положения определяют ответственность фрахтовщика только перед своим контрагентом по договору — фрахтователем. При этом соответствующие условия договора применяются тогда, когда ответственность фрахтовщика перед фрахтователем регулируется диспозитивными нормами закона соответствующей страны. Если же связанные с ответственностью за груз отношения подпадают под действие императивных норм, условия чартера об ответственности фрахтовщика за груз действуют лишь постольку, поскольку не противоречат этим нормам. При перевозке груза на основании чартера в заграничном сообщении в большинстве случаев выдается товарораспорядительный документ — коносамент. В нем содержатся условия об ответственности перевозчика перед держателем коносамента за несохранность груза. Если коносамент находится в руках фрахтователя безотносительно к тому, является ли тот отправителем или получателем груза, ответственность фрахтовщика перед фрахтователем — держателем коносамента определяется условиями чартера. Эти условия обязательны для фрахтователя как стороны договора фрахтования, хотя бы даже он и владел другим, позднее составленным документом — коносаментом.

Положение меняется, как только коносамент, выданный при перевозке груза по чартеру, переходит к третьему по отношению к сторонам договора лицу, т.е. к лицу, не являющемуся фрахтователем.

В своей основе нормы морских законов, касающиеся отношений между судовладельцем-перевозчиком и держателем коносамента — третьим лицом им-

перативны (обязательны). Следовательно, ответственность за несохранность груза перед держателем коносамента — третьим лицом определяется императивными предписаниями закона и соответствующими условиями коносамента, поскольку они не расходятся с императивными нормами закона.

Условия чартера становятся обязательными для получателя груза — третьего лица лишь тогда, когда в коносаменте сделана соответствующая ссылка на чартер. Это в полной мере отвечает предписаниям Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаментах, подписанной в Брюсселе 25 августа 1924 г. (в дальнейшем — Конвенция 1924 г.) Положения названной Конвенции являются императивными (п. 8 ст. 3). Российская Федерация в силу Федерального закона РФ от 6 января 1999 г. «О присоединении РФ к Протоколу об изменении Международной конвенции “Об унификации некоторых правил о коносаментах”, измененной Протоколом от 23 февраля 1968 года», присоединилась одновременно к Брюссельской Конвенции 1924 г. и Протоколу 1968 г. (Правила Висби). Сфера применения Конвенции — это отношения, регулируемые коносаментом как тогда, когда договор чартер партии не был заключен, так и в случаях, когда выданный при перевозке на основании чартера коносамент перешел к третьему лицу и стал, следовательно, регулировать отношения между фрахтовщиком и этим третьим лицом.

30 марта 1978 г. в Гамбурге была подписана Конвенция ООН о морской перевозке грузов (Гамбургские правила), которая была подписана советской делегацией, но не была ратифицирована СССР или РФ. Эта Конвенция вступила в силу, но не является обязательной для РФ. Некоторые положения Гамбургских правил были учтены при подготовке Кодекса торгового мореплавания 1999 г. (далее — КТМ РФ). Вопрос об обязательности для сторон положений об ответственности при перевозке грузов по чартеру или коносаменту урегулирован в Гамбургских правилах так же, как и в Конвенции 1924 г.

В Российской Федерации этот вопрос решается в соответствии с нормами главы VIII КТМ РФ. Согласно п. 1 ст. 175 КТМ РФ соглашение об освобождении перевозчика от ответственности или уменьшении пределов его ответственности ничтожно только в случае, если перевозка груза осуществляется на основании коносамента или коносамента, который выдан в соответствии с чартером и регулирует отношения между перевозчиком и держателем коносамента, не являющимся фрахтователем. Отсюда следует обратный вывод — если перевозка осуществляется по чартеру или коносаменту, но не регулирует отношения между перевозчиком и держателем коносамента, так как они регулируются чартером, то соглашение об освобождении перевозчика от ответственности или уменьшении пределов его ответственности допустимо. Следовательно, ныне отношения, касающиеся ответственности по чартеру, регулируются диспозитивными правилами. Это положение оказалось закрепленным в законе лишь с принятием КТМ РФ 1999 г. В ранее действующем КТМ СССР 1968 г. ст. 160, действие которой распространялось на морские перевозки груза как по чартеру, так и по коносаменту, имела императивный характер.

В законодательстве подавляющего большинства морских держав ответственность судовладельца за несохранность груза по чартеру урегулирована диспозитивными нормами (РФ, Польша, ФРГ, Франция и др.), т.е. такими положениями, которые дают возможность сторонам урегулировать в чартере ответственность судовладельца по своему усмотрению и применяются лишь тогда, когда в чартере ответственность не урегулирована иначе. При этом в некоторых странах, где существует диспозитивный режим ответственности по чартеру (РФ, Польша, ФРГ), одни и те же нормы регулируют ответственность судовладельца по чартеру и пере-

возчика по коносаменту, но в первом случае они носят диспозитивный, а во втором — императивный характер. Наоборот, в законах ряда других стран (Франция) правила об ответственности судовладельца по чартеру отличаются от правил об ответственности перевозчика по коносаменту не только по своему характеру, но и по содержанию, устанавливая иные основания освобождения от ответственности. В Англии и США на отношения, возникающие из договора чартер-партии, в принципе распространяются нормы общего права. Однако сфера действия норм общего права об ответственности судовладельца является весьма узкой. Прежде всего возможна ситуация, когда соглашение сторон о чартерной перевозке не облечено в письменную форму.

В этом случае ответственность судовладельца за груз определяется нормами общего права. При наличии письменного документа, в котором закреплены условия чартера как договора (так называемый «явно выраженный договор» — «expressed contract»), ответственность судовладельца регулируется этими условиями. При таком положении нормы общего права могут играть определенную роль лишь постольку, поскольку отношения, связанные с ответственностью за груз, в чартере не урегулированы,

Из норм английского статутного права к чартерам частично применяется Закон о торговом мореплавании 1894 г. (**Merchant Shipping Act**), в котором предусмотрены условия освобождения собственников английских судов от ответственности за ущерб грузу, причиненный пожаром и кражей особо ценных грузов (золота, серебра, бриллиантов и т.д.).

В США до настоящего времени действует Закон о пожаре 1951 г. (**Fire Statute**), регулирующий ответственность судовладельца за ущерб, вызванный пожаром. Его действие распространяется и на отношения, возникающие из чартера. Других законов, которые регулировали бы эти отношения, в США нет. Ввиду отсутствия императивных статутных норм стороны вправе урегулировать распределение рисков, связанных с причинением ущерба, любым образом. По сравнению с условиями чартера нормы общего права в США играют в регулировании ответственности судовладельца такую же ограниченную роль, как и в Англии.

**Освобождение судовладельца от ответственности по статутному праву ввиду отсутствия его вины.** На содержание национальных законов об ответственности за несохранность груза большое воздействие оказала Конвенция 1924 г. Ее участниками являются РФ, Польша, ФРГ, Франция, Англия, США и др. Сфера применения Конвенции — отношения, регулируемые коносаментом как тогда, когда чартер не был заключен, так и в тех случаях, когда выданный при перевозке на основании чартера коносамент перешел к третьему лицу (п. «б» ст. I) и стал, следовательно, регулировать отношения между судовладельцем и этим третьим лицом.

Как в самой Конвенции 1924 г. (ст. 4), так и в национальных законах, воспроизводящих ее положения и распространяющихся, в частности, на отношения по чартеру, закреплено, что перевозчик или судовладелец могут отвечать за несохранность груза лишь при наличии вины. Согласно п. 1 ст. 796 ГК РФ перевозчик (действие статьи распространяется на все виды транспорта) несет ответственность за несохранность груза, если не докажет, что она произошла вследствие обстоятельств, которые перевозчик не мог предотвратить и устранение которых от него не зависело. Эта формулировка означает, что ответственность перевозчика основана на принципе вины. В п. 1 ст. 166 КТМ РФ прямо указано на отсутствие вины перевозчика, его агентов или работников как основание освобождения от ответственности. Только при таком положении, когда судовладелец не предвидел на-

ступления вредного результата и не должен был этого предвидеть, он освобождается от ответственности за наступивший вред. Для обозначения положения, когда при наличии вреда вина субъекта отсутствует, в праве используется особое понятие — случай («казус»).

Процесс установления отсутствия вины судовладельца предполагает прежде всего выявление того конкретного обстоятельства, события или явления, которое может вызвать несохранность груза. Под влиянием Конвенции 1924 г. в национальные законы многих стран были включены перечни обстоятельств, которые наиболее часто вызывают утрату, порчу или повреждение груза. В частности, такого рода перечень предусмотрен и в п. 1 ст. 166 КТМ РФ. Этот перечень имеет примерный характер — судовладелец при определенных условиях может быть освобожден от ответственности и тогда, когда вред наступил вследствие иного обстоятельства, т. е. обстоятельства, не предусмотренного перечнем, но обязательно свидетельствующего об отсутствии вины судовладельца. Помимо основания ответственности перевозчика за несохранность груза в ст. 796 ГК РФ закреплён подход к распределению между перевозчиком и грузовладельцем обязанностей по доказыванию по спорам о несохранности груза. В ГК РФ указывается, что перевозчик несет ответственность за несохранность груза, если не докажет, что утрата, недостача или повреждение (порча) груза произошли вследствие обстоятельств, которые перевозчик не мог предотвратить и устранение которых от него не зависело. Стало быть, в качестве общего правила распределения обязанностей по доказыванию КТМ РФ (ст. 166) придерживается такого же принципа. Но, признавая правильность такого подхода в качестве общего правила, КТМ устанавливает в ст. 168 ряд существенных изъятий, возлагая при определенных обстоятельствах бремя доказывания вины перевозчика в несохранности груза на грузовладельца. С введением в действие части второй ГК РФ эта статья КТМ РФ полностью утратила силу.

По национальным законам большинства морских держав для освобождения судовладельца от ответственности во всех случаях нужно, во-первых, установить конкретное обстоятельство, вызвавшее утрату, недостачу или повреждение груза. Если конкретная причина не выявлена, судовладелец не может быть освобожден от ответственности. Ссылки на проявление должной заботливости о грузе вообще, т. е. вне связи с конкретными обстоятельствами, вызвавшими ущерб, недостаточны. Однако право Франции иначе решает этот вопрос. В силу ст. 6 Закона от 18 июня 1966 г. судовладелец освобождается от ответственности в случае исполнения обязанностей, предписанных законом. При их исполнении он не несет ответственности, хотя бы конкретные обстоятельства, вызвавшие ущерб, не были установлены. В таких случаях риск гибели груза по неизвестным причинам падает на фрахтователя.

Во-вторых, если по праву соответствующего государства для освобождения судовладельца от ответственности необходимо установить конкретные обстоятельства, о которых говорилось выше, то нужно убедиться в том, что между фактическим обстоятельством (событием, явлением) и наступившим вредом существует необходимая причинная связь. Причинная связь — второе звено в цепи предположений, необходимых для освобождения судовладельца от ответственности за наступивший вред.

Третьей предпосылкой освобождения судовладельца от ответственности служит проявленная им должная заботливость о грузе в связи с действием конкретной причины, способной вызвать несохранность груза. О такой заботливости можно говорить при двух условиях:

1) непрячтности фрахтовщика к возникновению вредоносных обстоятельств, событий, явлений;

2) принятии им всех разумных мер по предотвращению их действия или устранению их последствий.

Наличие одного из обстоятельств, указанных в примерных перечнях, приведенных в национальных законах («перечнях исключенных рисков», «каталогах иммунитетов») или одного обстоятельства, могущего вызвать несохранность груза в совокупности с остальными условиями («предпосылками освобождения»), о которых говорилось ранее, дает основания для освобождения судовладельца от ответственности за вред.

В качестве одного из обстоятельств, предусмотренных в перечнях, фигурирует «непреодолимая сила» («*force major*», «*vis-major*»). Под ней понимается чрезвычайное и непредотвратимое при данных условиях событие. Чрезвычайным может быть признано исключительное, из ряда вон выходящее явление, как правило, протекающее чрезвычайно интенсивно. Обстоятельства непреодолимой силы могут быть разделены на две группы — стихийные явления (шторм, мелководье, ураган, смерч, тяжелая ледовая обстановка, землетрясение) и общественные события (военные действия, народные восстания). Для того чтобы событие или явление можно было расценить как непреодолимую силу, оно должно быть непредотвратимым не только для обязанного лица, но и для других лиц, деятельность которых по роду и условиям однотипна деятельности должника. В отношении судовладельца это означает, что вредное воздействие того или иного явления на груз должно быть непредотвратимо не только для данного судна, но и для судов этого типа вообще, непредотвратимо при применении стандартного оборудования и механизмов, снаряжения, приборов и т.п.

Непреодолимая сила представляет собой внешнее событие по отношению к деятельности обязанного лица. Следовательно, событие или явление может рассматриваться как непреодолимая сила для судовладельца, если оно возникает по причинам, лежащим вне сферы деятельности судна, и воздействует на него извне. Если причины того или иного события кроются в деятельности экипажа судна, связаны с эксплуатацией его механизмов, оборудования и приборов, их свойствами, оснований для отнесения этого события к явлениям непреодолимой силы нет.

В национальных морских законах в указанных перечнях, наряду с непреодолимой силой, названы и такие обстоятельства, как опасности и случайности на море, действия и распоряжения властей, военные действия и народные волнения, забастовки и иные обстоятельства, вызывающие ограничение работ полностью или частично. Некоторые из этих обстоятельств в зависимости от их интенсивности и других конкретных условий могут быть иногда отнесены к явлениям непреодолимой силы. Иногда они лишены такого свойства непреодолимой силы, как ее чрезвычайный характер, но в силу своей неожиданности могут обусловить наличие «правового случая», т.е. положения, при котором нельзя говорить о вине судовладельца.

Есть определенная группа опасностей и случайностей на море, которые в зависимости от конкретной ситуации могут быть отнесены или к непреодолимой силе, или к явлениям, обуславливающим отсутствие вины («случай»), но не имеющим характера непреодолимой силы. Например, шторм в зависимости от его силы может быть квалифицирован как проявление непреодолимой силы, если его нельзя предотвратить как чрезвычайное явление, или как опасность на море, если его нельзя было предвидеть и поэтому предотвратить. Одновременно к категории «опасности и случайности на море» должны быть отнесены и такие явления, которые не могут быть непреодолимой силой (посадка судна на мель или на рифы при спокойном море, столкновение судов и т.п.).

Для освобождения судовладельца от ответственности не обязательно, чтобы то или иное явление относилось к категории непреодолимой силы. Достаточно, если оно обуславливает наличие правового случая, т.е. отсутствие вины судовладельца. Такое положение складывается тогда, когда событие или явление, не будучи чрезвычайным, из ряда вон выходящим, в то же время оказывается непредвидимым судовладельцем и потому непредотвратимым. Одним из обстоятельств, в связи с которым судовладелец подлежит освобождению от ответственности, признается спасание человеческих жизней, судов и грузов. Освобождение судовладельца от ответственности по этому основанию наступает ввиду отсутствия в его действиях противоправности. Спасание на море — это правовая обязанность капитана судна и других членов экипажа. За неисполнение этой обязанности капитан несет ответственность по закону. Ясно поэтому, что при причинении ущерба грузу вследствие спасания нельзя говорить о таком обязательном элементе гражданского правонарушения, как противоправность поведения субъекта.

В практике торгового мореплавания нередко приходится сталкиваться с таким основанием освобождения судовладельца от ответственности, как действия или упущения грузовладельца (отправителя или грузополучателя), его агента или представителя. Типичным примером подобных упущений грузовладельца может служить несвоевременное начало или низкие темпы погрузки или разгрузки судна, приводящие к нарушению сроков доставки груза. Если превышение этих сроков допущено получателем и является единственной причиной ущерба, судовладелец не может нести ответственность за несохранность груза.

Действия или упущения грузовладельца, служащие основанием освобождения перевозчика от ответственности, могут выразиться в небрежном обращении с грузом при осуществлении грузовых операций. Несοхранность груза может быть следствием и вины судовладельца, и действий или упущений грузовладельца. При таком сочетании причин несохранности груза перевозчик может быть лишь частично освобожден от ответственности. Решение вопроса о том, в какой степени ущерб должен быть отнесен за счет вины судовладельца и в какой — за счет действий и упущений грузовладельца, зависит от конкретных обстоятельств каждого дела.

Судовладелец может быть также освобожден от ответственности, если ущерб грузу явился следствием его скрытых недостатков или недостаточности упаковки. Для того чтобы исключить ответственность по этим основаниям, судовладелец обязан, в частности, доказать, что недостатки нельзя было обнаружить при проявлении им обычной заботливости, которую можно требовать от добросовестного перевозчика.

**Возможность освобождения судовладельца от ответственности за виновное причинение вреда грузу.** Ответственность судовладельца за несохранность груза возможна лишь при виновном причинении ущерба, но не всякое виновное причинение ущерба грузу влечет за собой ответственность судовладельца. В международном праве и в национальных морских законах предусмотрены обстоятельства, при которых судовладелец не несет ответственности даже при наличии его вины. В соответствии с законодательством РФ, Болгарии, Польши, Франции, Италии, Скандинавских стран судовладелец не отвечает за утрату, недостачу или повреждение груза, если они произошли вследствие действий или упущений капитана, членов экипажа, лоцмана или служащих судовладельца в судовождении или управлении судном. Это положение представляет собой правило о навигационной ошибке. Навигационная ошибка — это проявление вины служащих судовладельца. Упущения служащих судовладельца представляют собой упущения самого судовладельца, поскольку по



законодательству многих европейских континентальных стран судовладелец отвечает за действия и упущения своих служащих как за свои собственные. Законодатель, освобождая судовладельца от ответственности за навигационную ошибку, тем самым освобождает его от ответственности за ущерб, причиненный по его вине.

Если ошибка в судовождении и управлении судном не влечет за собой ответственности судовладельца, то при ненадлежащем обращении с грузом (так называемая «коммерческая ошибка») судовладелец отвечает по общим правилам ответственности за вину.

В соответствии с российским законодательством (ст. 167 КТМ РФ) субъектами навигационной ошибки (лицами, могущими ее совершить) признаются только капитан судна, другие члены его экипажа либо лоцман. По праву ряда других морских держав к таким лицам могут быть отнесены и некоторые иные категории береговых служащих судовладельца. С объективной стороны навигационная ошибка может выразиться в действиях или в бездействии в судовождении или управлении судном. В судовождении навигационная ошибка иногда состоит в ошибочном определении направления движения судна или места его нахождения, в несоблюдении правил предотвращения столкновения судов и т.п. Ошибка в управлении выражается в неправильной эксплуатации балластной или топливной системы механизмов судна. Правила о навигационной ошибке применяются в морском праве РФ только при перевозке груза в заграничном сообщении и не применяются в большом и малом каботаже. Перспективы сохранения этих правил в российском праве всецело зависят от их судьбы в мировом торговом мореплавании. Отказ от этих правил в мировом судоходстве сделает его ненужным и в российском праве.

**Освобождение судовладельца от ответственности по нормам общего права Англии и США.** В общем праве Англии уживаются две взаимоисключающие концепции относительно правила ответственности судовладельца за несохранность груза. В случае признания судовладельца ответственным хранителем («bailee») для освобождения от ответственности ему достаточно доказать лишь проявление должной заботливости и старательности («due care and diligence») по отношению к грузу. Другое направление общего права Англии сводится к возложению на судовладельца абсолютной ответственности общего перевозчика (в основе которой лежит принцип «исключительных рисков»). Судовладелец может быть освобожден от ответственности только в том случае, если ущерб явился прямым результатом одного из следующих обстоятельств.

1. Стихийного бедствия («Act of God») — буквальный перевод — «действие Бога» или «Божье напущение».

2. Действий врагов короны («Act of Queen's enemies»).

3. Внутренней природы или внутреннего дефекта груза («Inherent nature or vice»).

4. Дефектов упаковки («Defective packing»).

5. Пожертвований частью груза при общей аварии («General average sacrifice»).

По общему праву США судовладелец освобождается от ответственности только в строго определенных случаях. Суды США к числу исключенных рисков, помимо названных выше, относят ошибку грузовладельца.

«Исключенные риски» общего права Англии и США совпадают с обстоятельствами, которые, наряду с другими, часто указываются в договорных оговорках об освобождении судовладельца от ответственности.

Условия, при нарушении которых правило общего права об «исключенных рисках» не применяется, следующие. Прежде всего судовладелец не может быть

освобожден от ответственности в связи с одним из этих исключений, если им была допущена небрежность («negligence»), т.е. если он не предпринял всех разумных шагов, чтобы избежать этих обстоятельств или защитить груз от их действия либо устранить их последствия. В общем праве США также признается, что даже тогда, когда вред наступил вследствие одного из исключенных рисков, ответственность с судовладельца не снимается при наличии его небрежности.

Положения общего права, касающиеся исключенных рисков, не распространяются на судовладельца в случае, если он нарушает одно из двух так называемых «подразумеваемых условий», т.е. условий, которые прямо не выражены в договоре, но при отсутствии в чартере ясно выраженного положения об обратном связывают судовладельца. К ним прежде всего относится условие о приведении судна к началу рейса в мореходное состояние. Второе подразумеваемое условие — недопустимость неправомерного отклонения судна от намеченного курса.

**Обстоятельства, исключющие ответственность судовладельца по условиям чартера.** Ранее отмечалось, что отношения, возникающие из перевозки груза по чартеру, подпадают под действие диспозитивных норм закона. Следовательно, в самом чартере могут быть указаны обстоятельства, освобождающие судовладельца от ответственности. Круг этих обстоятельств очерчен общим правом Англии и США и воспринят мировой практикой торгового мореплавания.

*Стихийное бедствие* («Act of God» — «действие Бога» или «Божье напущение»). Судебные и арбитражные учреждения признают, что судовладелец вправе воспользоваться этой оговоркой только тогда, когда вред причинен исключительно природными явлениями, т.е. явлениями, находящимися вне связи с деятельностью человека. Человек не должен быть ни в какой мере причастен к ним. Если ущерб явился следствием каких-то действий капитана судна, то хотя бы проявление стихийных сил природы и сливалось с этими действиями и именно это сделало плавание опасным, судовладелец не может быть освобожден от ответственности за ущерб.

К этой категории относятся не только явления, специфически характерные для морской стихии. Это могут быть природные силы, действие которых в равной мере проявляется и на суше (сильный мороз, молния). Судовладелец обязан также доказать, что разумные меры предосторожности не давали возможности избежать действия этих природных сил или защитить от них груз. Не требуется, чтобы стихийные силы были чрезвычайными или такими, чтобы судно вообще не могло ожидать встречи с ними. Штормовой ветер, волнение на море, молния являются обычными явлениями и, тем не менее, подпадают под понятие стихийного бедствия («Act of God»). Требуется лишь, чтобы событие было за пределами того, что можно разумно предвидеть. Если событие можно предвидеть, оно должно быть таким, чтобы предвидение и старания, которые разумно можно требовать от человека при данных обстоятельствах, не могли предотвратить его действия. Таким образом, вовсе не обязательно, чтобы событие было абсолютно непредотвратимым.

При таком понимании «стихийное бедствие» существенно отличается от «непреодолимой силы» как основания освобождения судовладельца от ответственности, известного статутному праву, но одновременно часто включаемого в чартеры и служащего договорным основанием освобождения судовладельца. Объемы этих двух понятий совпадают лишь частично. Стихийное бедствие может быть обусловлено лишь природными явлениями. Напротив, непреодолимая сила иногда связана с деятельностью людей. В этом отношении круг стихийных бедствий уже явлений непреодолимой силы. С другой стороны, к категории непреодолимой силы могут быть причислены только явления и события, чрезвычайные по своей интенсивности. Для признания природного явления стихийным бедствием этого не требуется.

*Действия неприятеля* («King enemies»). Под ними понимаются враждебные акции, предпринимаемые иностранным государством, с которым страна судовладельца находится в состоянии войны. Такого рода акции могут быть предприняты также гражданами неприятельского государства. Судовладелец обязан проявить осторожность, чтобы избежать акций, направленных против судна и груза. При наличии враждебных акций со стороны иностранного государства или граждан неприятельского государства судовладелец обязан проявлять осторожность, чтобы избежать этих санкций в виде несохранности груза. Если вследствие проявленной им осторожности будет причинен ущерб грузу, судовладелец не несет за это ответственности.

*Внутренняя природа или внутренние пороки груза* («Inherent nature or vice»). Ответственность судовладельца по этому основанию исключается, если ухудшение либо порча груза произошли в результате обычного процесса, совершающегося внутри груза без какого-либо воздействия со стороны других факторов, зависящих от судовладельца. Последний будет отвечать, если он причинил ущерб, нарушив какое-либо условие договора.

*Дефекты упаковки* («Defective packing»). **Ненадлежащая упаковка груза** представляет собой частный случай проявления небрежности со стороны отправителя, нарушение им подразумеваемой обязанности заботиться об отправляемом грузе. Судовладелец вправе опираться на указанную оговорку и в том случае, когда наступление ущерба было связано с дефектами или недостаточностью упаковки иного груза, чем тот, который был поврежден либо испорчен. Если, однако, дефекты или недостаточность упаковки были очевидными при разумно проводимом осмотре, принявший груз судовладелец не может быть защищен с помощью такой оговорки.

*Пожертвования грузом при общей аварии* («General average sacrifice»). Судовладелец не несет ответственности при намеренном уничтожении или повреждении (порчи) груза ради спасения судна и остающегося груза от угрожавшей им общей опасности. Наиболее типичными примерами таких жертвований являются выбрасывание груза за борт («jettison»), заполнение трюма, в котором находился груз, водой в целях тушения пожара и т.п. Судовладелец утрачивает право ссылаться для освобождения от ответственности на произведенные жертвования, если грузы, которые приходится выбрасывать за борт, были перед выходом в рейс небрежно уложены.

Наряду с «исключенными рисками» общего права и вносимыми в чартеры, есть и другие оговорки, неизвестные общему праву, но включаемые в чартеры и направленные на освобождение от ответственности за груз.

*«Опасности моря»* («Perils of sea»). **Опасности моря понимаются как любые случайности, специфически присущие морю или мореплаванию** (повреждение груза морской водой, столкновение с айсбергами, шторм, столкновения судов, посадка судна на мель или рифы и т.п.), которые судовладелец или его служащие не могли предвидеть и предотвратить. Природные явления, которые нельзя признать характерными только для морской среды или сферы мореплавания (мороз, молния), не могут быть отнесены к опасностям моря. В этом отношении понятие «опасности моря» («Perils of sea») уже понятия «стихийные бедствия» («Acts of God»), которое охватывает любые природные, а не только специфически морские явления.

Судебная практика Англии и США признает источником возникновения опасностей моря определенные действия людей — захват судна пиратами, столкновение судов при отсутствии вины экипажа поврежденного судна. Некоторые события и явления, не относящиеся к «стихийным бедствиям», подпадают под понятие «опасности моря». Оговорки «стихийные бедствия» и «опасности моря» по сферам действия лишь частично перекрывают друг друга.

При квалификации явления как «опасности моря» критерием служит то, мог ли тот или иной несчастный случай произойти не только в морской сфере, но и на земле. Применяя этот критерий, судебные учреждения не распространяют действие оговорки на случай повреждения груза крысами, взрывами котлов и разрывами трубопроводов, если это не связано с действием ветра или морской воды, скрытыми дефектами в корпусе, машине и машинном отделении судна. Для снятия ответственности с судовладельца по основаниям причинения ущерба вследствие морской опасности не требуется, чтобы эта опасность обладала свойствами исключительного или катастрофического явления.

Оговорка об опасностях моря исключает ответственность судовладельца за ущерб, если судовладельцем не была допущена небрежность. Из этого следует, что понятие «опасности моря» применимо не только к событиям и явлениям, носящим характер непреодолимой силы.

*Аресты и задержания судна или груза властями либо правителями* («*Restraints of Princes, Rulers and People*»). Этим понятием охватывается любое насильственное вмешательство в выполнение рейса со стороны органов власти или правителей государства, безотносительно к тому, находится ли оно в состоянии войны с государством флага судна или нет. Настоящая оговорка имеет более широкую сферу применения, чем рассмотренная оговорка «действия неприятеля».

Оговорка «аресты и задержания» применяется при несохранности груза, вызванной запрещением или ограничением ввоза или вывоза товаров, карантинными запретами, объявлением эмбарго или блокады, конфискацией товаров как контрабандных и т.п. Действием оговорки охватываются случаи причинения ущерба грузу вследствие запрещений властей, которые, хотя и не направлены прямо против судна или груза, тем не менее косвенно препятствуют выполнению рейса.

Необязательно, чтобы вмешательство властей или правителей сопровождалось применением физической силы. Если правительство объявило, например, какие предметы относятся к военной контрабанде, то это дает основания судовладельцу выгрузить запрещенный к перевозке груз в другом порту. Анализируемая оговорка не оказывает правовой защиты, если до начала рейса существовали факты, свидетельствующие о том, что судно либо груз неизбежно будут арестованы или задержаны в соответствии с законами порта захода, известными судовладельцу. Действие оговорки не распространяется на судовладельца, по небрежности которого принят груз, если заведомо известно, что из-за его принятия судно будет задержано.

Оговорка не подлежит применению, если арест или задержание судна либо груза произведены судебными учреждениями в соответствии с правилами гражданского судопроизводства. Постановление суда не считается актом правительства (правителей) или органов власти.

*Небрежность капитана, матросов и других служащих судовладельца* («*Negligence of the master, mariners and of her servants of the shipbrokers*»). Среди договорных оснований освобождения судовладельца от ответственности следует особо выделить те, в силу которых судовладелец не несет ответственности за виновные действия капитана, команды, других своих служащих. К числу таких условий чартера нужно отнести оговорку о небрежности и оговорку о баратрии.

Оговорка о небрежности понимается как основание для освобождения за неправильные виновные действия или бездействие капитана, команды, других служащих судовладельца. Круг лиц, за действия которых судовладелец не отвечает на основании оговорки с небрежности, определяется строго ограничительно, исходя из ее прямо выраженного содержания. Оговорка «небрежность капитана или

матросов» не распространяется на небрежность стивидоров, проявленную при укладке груза, хотя и охватывает действия экипажа по укладке. Вместе с тем такая оговорка не защищает самого судовладельца при его личной небрежности. Если в оговорке говорится о служащих судовладельца, то английские суды распространяют ее действие на случаи проявления небрежности не только капитаном и другими членами экипажа, но и стивидорами, иными служащими судовладельца, а иногда и лицами, за действия которых он должен отвечать, хотя бы они и не являлись его служащими. Таким образом, при упоминании в оговорке о небрежности лиц, находящихся на службе у судовладельца, английская судебная практика не проводит различия между небрежностью моряков и небрежностью береговых служащих, считая, что оговорка подлежит применению как в том, так и в другом случае. Действие оговорки распространяется и на грубую небрежность («recklessness»), если даже она представляет собой преступный акт («felonious act»).

Французские суды исходят из того, что только капитан и подчиненный ему экипаж находятся во время рейса в сравнительно самостоятельном положении по отношению к судовладельцу. Это дает последнему право с помощью оговорки о небрежности избежать, ответственности за их действия и упущения. За действия береговых служащих и тем более агентов судовладелец несет ответственность на общих основаниях. В судебной практике ФРГ также проводится различие между небрежностью, допущенной капитаном и экипажем судна, с одной стороны, и береговыми служащими судовладельца — с другой. Небрежность береговых служащих не освобождает его от ответственности.

Английские суды обращают внимание на то, как в оговорке очерчена сфера проявления небрежности — если говорится о небрежности в судовождении, оговорка не охватывает небрежности, проявленной при укладке груза, хотя бы ею занимался экипаж судна.

Эта оговорка может быть сформулирована гораздо шире — «любое действие, небрежность, неисполнение обязанностей или ошибка в судовождении капитана, моряков, лоцмана и других служащих судовладельца в судовождении или в чем-нибудь другом». Такая формулировка позволяет распространить действие оговорки на небрежность, допущенную при укладке или выгрузке груза стивидорами, нанятыми судовладельцем.

Широкое применение в договорах получила оговорка о небрежности «в судовождении или управлении судном».

Если единственной или хотя бы основной причиной ущерба послужила небрежность, выразившаяся в отсутствии разумной заботливости о грузе, судовладелец несет ответственность («коммерческая ошибка»). В том же случае, когда причиной ущерба послужила небрежность, выразившаяся в отсутствии разумной заботливости о судне, судовладелец не отвечает за сохранность груза («навигационная ошибка»). Однако он не освобождается от ответственности, если небрежность была проявлена не в отношении самого судна, а только в отношении использования его аппаратуры, предназначенной для защиты груза от порчи или повреждения.

Английские суды не применяют оговорку к коммерческим ошибкам, когда иное не обусловлено сторонами. Французская судебная практика распространяет оговорку на коммерческие ошибки, но опять-таки, если стороны не договорились об ином.

Оговорка о небрежности не снимает с судовладельца ответственность в случаях причинения ущерба по его личной небрежности. Она может выразиться в не-приведении судна в мореходное состояние, в назначении некомпетентного или злоупотребляющего алкоголем капитана, в запрещении капитану пользоваться

услугами лоцмана, в даче иных распоряжений капитану, выполнение которых приводит к утрате или повреждению груза. Во всех этих случаях судовладелец может быть защищен только путем внесения в чартер самостоятельной (не совпадающей с оговоркой о небрежности ни по содержанию, ни по сфере действия) оговорки о личном освобождении судовладельца от ответственности.

*Баратрия капитана или матросов* («Barratry of the master or mariners»). По английскому праву под баратрией понимаются любой преднамеренный захват судна или груза, или иные насильственные акты в отношении судна либо груза, или любые обманные сознательные неправомерные действия, подвергающие судно либо груз опасности повреждения, уничтожения либо конфискации, и совершаемые капитаном или командой судна. Баратрия — это обязательно умышленный акт, но в нем может не быть признаков преступления. Условие применения оговорки чартера о баратрии — отсутствие согласия судовладельца на причинение вреда и его полная непричастность к совершению этого акта, хотя бы даже он был предпринят с намерением принести судовладельцу выгоду. Разграничение между небрежностью и баратрией проводится английским правом исходя из того, что для баратрии обязательен умысел, направленный на причинение ущерба. Небрежность, доходящая даже до безрассудства, не является баратрией.

В понимании французских судов баратрия — это не только умышленные действия, но и любые совершаемые капитаном или командой ошибки, какова бы ни была их природа. Во Франции баратрия понимается гораздо шире, чем в Англии. При таком понимании баратрия охватывает и все те акты, которые составляют содержание понятия небрежности, но не ограничивается ими, поэтому оговорка о баратрии во французской судебной практике полностью поглощает оговорку о небрежности. Иными словами, освобождение судовладельца по условиям чартера об ответственности за баратрию означает, что его ответственность за небрежность также исключается.

**А.А. Шахмаметьев**

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

## Категория «режим» в правовом механизме налогообложения<sup>1</sup>

В современном правовом механизме налогообложения понятие «режим» занимает важное место, выступая многофункциональной категорией. Для более точного уяснения правовой природы базисной категории «режим» представляется логичным дать ее юридическую характеристику, в том числе как института налогового права и законодательства, уяснить место и роль данной категории в правовом механизме налогового регулирования.

Понятие «режим» применительно к сфере налогообложения, или «налоговый режим»<sup>2</sup> в настоящее время широко используется не только в юридическом понятийном аппарате (в нормативных актах, правовых исследованиях), но и в терминологии иных областей общественной и научной жизни (в международных и политических документах, экономических работах, различных изданиях средств массовой информации). Не углубляясь во все многообразие нюансов и специфических оттенков содержания данного понятия, придаваемых конкретной областью употребления, следует остановиться на его использовании как юридического термина. Необходимо отметить, что и в таком качестве понятие «режим» в регулировании налогообложения может иметь несколько значений. Например, оно часто используется при общем анализе нормативно-правовой базы, определяющей порядок и условия установления и уплаты налогов (исполнения обязанностей по уплате налогов отдельными категориями налогоплательщиков либо налогообложения определенных объектов). В данном случае понятие «налоговый режим» служит для обозначения специальной системы норм и осуществляемых на их основе мероприятий (действий, совокупности методов, приемов), обеспечивающих поступление в доход государства налоговых платежей (их определенных видов), опосредующих государственное воздействие на развитие экономической деятельности. Особое значение содержание рассматриваемого понятия приобретает в случае, когда оно используется для обозначения специальных категорий (институтов) налогового права и законодательства (например, «специальный налоговый режим»).

В общелексическом понимании<sup>3</sup> слово «режим» означает установленные (кем-либо или в соответствии с чем-либо) в отношении определенного объекта (времени,

---

<sup>1</sup> Работа выполнена при информационной поддержке справочной правовой системы «КонсультантПлюс». Если специально не указано иное, в статье использованы электронные версии документов и материалов из указанной системы.

<sup>2</sup> Далее одновременно с понятием «режим», используемым в контексте рассмотрения вопросов налогообложения, также будет применяться термин «налоговый режим» как более точный и удобный.

<sup>3</sup> См., напр.: *Даль В.* Толковый словарь: в 4 т. Т. 3. М., 1994. С. 1670.

обязанностей, общественных отношений) условия образа жизни, порядок (условия) деятельности, существования, работы. С учетом общего смыслового значения понятия «режим»<sup>4</sup> можно отметить некоторые специфические черты его содержания, в известной мере определяющие сферы использования данного понятия.

Во-первых, предположение о наличии определенной системы. Это находит свое выражение в некой взаимосвязи и взаимозависимости внутренних элементов явления, охватываемого понятием «режим», которые в качестве элементов единого комплекса могут существовать и функционировать только во внутренне согласованном, связанном в единое целое виде.

Во-вторых, целеполагание, позволяющее рассматривать отдельные составные части в общем механизме решения определенной задачи (достижения цели).

В-третьих, детерминированность развития явления внешними факторами, проявляющаяся в том, что условия и порядок такого развития определяются заранее (кем-либо или чем-либо).

В-четвертых, отражение комплексного характера явления и его относительной самостоятельности. Это обуславливается сложной внутренней структурой охватываемого понятием «режим» явления, которое, как правило, включает значительное число различных элементов и их взаимосвязей, проявляет определенную самостоятельность по отношению к однородным явлениям (режимам).

Такая многогранность содержания понятия «режим» позволяет использовать его для обозначения комплексных объектов и явлений общественной жизни (политический, государственный, экономический *режим*), а также в различных специальных сферах деятельности (*режимы* страхования, движения и т.п.). Вполне закономерно, что и в юриспруденции данное понятие находит широкое поле применения как на практике, так и в науке права. Используемое в юридической сфере понятие «режим» обычно определяется как «правовой» или «юридический». Например, в исследованиях отечественных авторов понятие «правовой режим» раскрывается различными способами, но в целом предлагаемые определения в той или иной степени воспроизводят многие общие основополагающие признаки данного явления.

С.С. Алексеев, говоря о правовом режиме, рассматривает его как порядок регулирования, который выражен в комплексе правовых средств, характеризующих особое сочетание взаимодействующих между собой дозволений, запретов, а также позитивных обязываний и создающих особую направленность регулирования<sup>5</sup>. В.Б. Исаков отождествляет правовой режим с социальным режимом определенного объекта, закрепленным правовыми нормами и обеспеченным совокупностью юридических средств. При этом понятие «социальный режим» понимается как относительно устойчивая взаимосвязь социального объекта (явления, процесса, института) с другими социальными объектами, обеспечивающая достижение некоторых целей<sup>6</sup>. Л.А. Морозова понимает правовой режим как результат регулятивного воздействия на общественные отношения системы (определенного набора) юридических средств, присущих конкретной отрасли права и обеспечивающих нормальное функционирование данного комплекса общественных отношений<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> В русском языке слово «режим» считается происходящим от французского «*regime*», указанное смысловое значение которого в целом сохранилось и после русификации (см., напр.: Словарь иностранных слов. М., 1987. С. 423).

<sup>5</sup> См.: Алексеев С.С. Теория права. М., 1995. С. 243.

<sup>6</sup> Подробнее см.: Исаков В.Б. Механизм правового регулирования // Проблемы теории государства и права: учебник / под ред. С.С. Алексеева. М., 1987. С. 258.

<sup>7</sup> См.: Морозова Л.А. Конституционное регулирование в СССР. М., 1985. С. 123.



Н.И. Матузов и А.В. Малько трактуют термин «правовой режим» как особый порядок правового регулирования, выражающийся в определенном сочетании юридических средств и создающий желаемое социальное состояние и конкретную степень благоприятности либо неблагоприятности для удовлетворения интересов субъектов права<sup>8</sup>. Э.Ф. Шамсумова рассматривает правовой режим более развернуто, считая, что он представляет собой особый порядок законодательного урегулирования деятельности, действий или поведения физических и юридических лиц в различных сферах общественных отношений либо на определенных объектах, включающий в себя установление механизма обеспечения фактической реализации системы стимулов, нормативов, гарантий, запретов, обязываний, ограничений, а также их компетентное исполнение, применение мер принуждения и привлечения виновных к ответственности<sup>9</sup>. О.С. Родионов исходит из понимания правового режима как установленного законодательством особого порядка регулирования, представленного специфическим комплексом правовых средств, который при помощи оптимального сочетания стимулирующих и ограничивающих элементов создает конкретную степень благоприятности либо неблагоприятности в целях беспрепятственной реализации субъектами права своих интересов<sup>10</sup>. Н.С. Иващенко предложил определять термин «правовой режим» как порядок правового регулирования, который представлен специфическим комплексом правовых средств и выступает не столько как результат воздействия на общественные отношения, сколько как условия воздействия на общественные отношения при помощи различных правовых средств, различных сочетаний правовых средств<sup>11</sup>.

Основываясь на имеющемся опыте анализа понятия «правовой режим» и используя некоторое обобщение, можно предложить его определение: правовой (юридический) режим — это закрепленный в виде системы правовых норм, определяющих особое сочетание и взаимосвязь отдельных правовых средств и методов (юридико-организационных инструментов и мер), порядок регулирования вида деятельности, области общественных отношений, статуса объекта.

В зависимости от сферы исследования и цели применения категория «режим» в юридическом понятийном аппарате наиболее часто используется в трех основных значениях, которые можно условно<sup>12</sup> обозначить как общеправовое, отраслевое и институциональное. В первом значении понятие «режим» («правовой режим») служит для обозначения совокупности правил, относящихся к определенным

<sup>8</sup> Подробнее см.: Матузов Н.И., Малько А.В. Правовые режимы: Вопросы теории и практики // Правоведение. 1996. № 1. С. 17.

<sup>9</sup> См.: Шамсумова Э.Ф. Правовые режимы (теоретический аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 5.

<sup>10</sup> См.: Родионов О.С. Механизм установления правовых режимов российским законодательством: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001. С. 13.

<sup>11</sup> Подробнее см.: Иващенко Н.С. Понятие правового режима в налоговом праве // Электронная версия. Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

<sup>12</sup> Такую классификацию значений понятия «режим» предлагается считать условной, поскольку она основывается, главным образом, на эмпирическом опыте изучения правовой практики и в данном случае фактически не обосновывается специально. Более аргументированное и рациональное объяснение такой классификации потребовало бы значительного места и, видимо, заставило бы отойти в сторону от основной темы. Поэтому при рассмотрении общих вопросов применения категории «режим» в праве предлагается ограничиться лишь простым указанием на названные значения как один из возможных способов классификации. Дополнительные доводы в пользу последней предполагается привести при освещении вопросов места данной категории в правовом регулировании налогообложения.

сферам деятельности (общественных отношений) и обычно включающих нормы различных отраслей законодательства (*правовой режим* государства, территории, внешнеторговых операций, иностранных инвестиций). Во втором значении рассматриваемое понятие служит для обозначения совокупности норм, регулирующих отдельные области общественных отношений и часто совпадающих по своему составу с содержанием отдельных отраслей законодательства либо их относительно самостоятельной части (административный, налоговый *режим* и т.д.). Наконец, категория «режим» в третьем из названных значений используется в качестве понятия, охватывающего специальный правовой механизм регулирования, включающий определенный набор, комплекс юридических инструментов и обеспечивающий выполнение одной или нескольких функций, достижение выбранной цели, какого-либо социального состояния (*правовой режим* безопасности, охраны какого-либо объекта, *правовой режим* налогообложения).

Предложенную классификацию значений категории «режим» можно экстраполировать и на сферу правового регулирования налогообложения. Такой подход может вызвать дискуссии, однако он, как представляется, является вполне правомерным и позволяет показать принципиальную возможность и допустимость применения предложенной классификации. Таким образом, в рамках правового регулирования налогообложения понятие «режим» («налоговый режим») будет рассматриваться и как совокупность общих условий и правил функционирования налоговой системы (государства, союза государств, основанного на применении единых — унифицированных, гармонизированных — налоговых правил), и как отраслевой юридический режим, и как специальный институт налогового права и законодательства.

Категория «режим» в правовом регулировании налогообложения остается пока недостаточно изученной и раскрытой в исследованиях отечественных авторов. Тем не менее, она привлекает внимание и, возможно, станет объектом детального научного анализа<sup>13</sup>. Н.С. Иващенко справедливо отмечает, что «одной из отраслей права, в которой наиболее часто употребляется понятие правового режима, является налоговое право. Этой отраслью права используются такие понятия, как «режим налогообложения», «общий режим налогообложения», «специальный налоговый режим», «льготный режим налогообложения», «иные режимы налогообложения». Значения существующего многообразия вышеобозначенных понятий ни авторами, ни законодателями, как правило, не раскрываются»<sup>14</sup>. Ю.Л. Смирникова, рассматривая налогово-правовой режим как специфический комплекс правовых средств, характеризующих особое сочетание в налоговом праве взаимодействующих между собой дозволений, запретов и позитивных обязываний, создающих особую направленность налогово-правового регулирования, называет два вида налогово-правовых режимов: общий (первичный) и специальный (вторичный). По мнению автора, в основе первого вида лежат позитивные обязывания (например, обязанность уплатить налог), тогда как режимы второго вида выступают модификацией общего налогово-правового режима и характеризуются наличием особых правил, носящих индивидуально-определенный характер<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> См., например: *Иващенко Н.С.* Понятие правового режима в налоговом праве; *Он же.* Структура налогового правового режима // Электронная версия. Справочная правовая система «КонсультантПлюс»; *Смирникова Ю.Л.* Сущность механизма правового регулирования налоговых отношений // Налоговое право России: учебник для вузов / отв. ред. Ю.А. Крохина. М., 2003.

<sup>14</sup> *Иващенко Н.С.* Понятие правового режима в налоговом праве.

<sup>15</sup> См.: *Смирникова Ю.Л.* Указ. соч. С. 164—165.

Прежде чем продолжить анализ категории «режим» в сфере правового регулирования налогообложения, необходимо затронуть теоретический вопрос, связанный с уяснением места налогового права и налогового законодательства в правовой системе, их отраслевой принадлежности. В данном случае целью является не полномасштабное содержательное раскрытие данного вопроса во всей его глубине, а скорее, артикулированное выражение резюмирующей позиции относительно возможных ответов на него. Такой подход обусловлен тем, что детальная разработка указанного вопроса неминуемо далеко выйдет за пределы темы данной статьи и формата ее раскрытия. В то же время невозможно игнорировать необходимость обозначения своей позиции по данному вопросу, поскольку в ее отсутствие возникающая неопределенность закономерно отразится на качестве дальнейшего анализа содержания категориального аппарата, в первую очередь касающегося категории «налоговый режим» как отраслевого правового режима и института налогового права.

Вопрос о содержании налогового права и определении его места в правовой системе может быть также сформулирован как проблема отраслевой принадлежности налогового права и налогового законодательства. Под отраслями права в данном случае понимаются центральные звенья структуры права, охватывающие «основные, качественно особые виды общественных отношений, которые по своему глубинному экономическому, социально-политическому содержанию требуют обособленного, юридически своеобразного регулирования... Отрасли права не просто зоны юридического регулирования, не искусственно скомпонованные совокупности норм, а реально существующие и юридически своеобразные подразделения в самом содержании права»<sup>16</sup>.

Налоговое право отличается динамичностью развития и накопления позитивного материала, сложностью своей структуры, многообразием источников. Данные обстоятельства в немалой степени объясняют отсутствие до настоящего времени общепринятого решения по вопросу определения налогового права и его места в системе права. Принимая во внимание многочисленные работы отечественных и зарубежных авторов и отмечая общие методологические подходы, используемые в этих исследованиях, тем не менее следует констатировать, что в настоящее время в отношении ответа на рассматриваемый вопрос существуют различные мнения. Несмотря на многообразие последних, в их основе можно выделить направления взглядов, представляющих налоговое право, во-первых, как институт финансового права, во-вторых, как подотрасль финансового права, в-третьих, как самостоятельную отрасль права. На фоне этих достаточно радикальных мнений нельзя не отметить и в определенной степени компромиссную позицию, согласно которой налоговое право пока остается подотраслью финансового права, но стремится к обособлению и уже имеет некоторые черты самостоятельной отрасли права. Такую позицию выразил и достаточно подробно аргументировал А.В. Демин<sup>17</sup>.

Соглашаясь с этой аргументацией, можно предположить, что дополнительный вес доводам в пользу самостоятельности налогового права позволяет дать развитие основных тезисов научных дискуссий отечественных правоведов второй половины XIX в. относительно отраслевой принадлежности финансового права. Без углубления далее в детали данной темы авторская позиция по рассматриваемому вопросу кратко формулируется следующим образом: для целей настоящей работы налоговое право (законодательство) предлагается рассматривать как самостоятельную отрасль права (законодательства).

<sup>16</sup> Алексеев С.С. Указ. соч. С. 105.

<sup>17</sup> См.: Демин А.В. Налоговое право России: учеб. пособие // Электронная версия. Справочная правовая система «КонсультантПлюс».

Необходимо обратить внимание на то, что налоговое право и налоговое законодательство рассматриваются не в качестве противостоящих друг другу категорий. Их частое параллельное упоминание объясняется тем, что «система права» и «система законодательства» рассматриваются в науке как однопорядковые, но не тождественные понятия, выражающие соответственно структуру содержания и формы позитивного права<sup>18</sup>. Использование обеих указанных категорий служит для отражения различных аспектов структурной дифференциации и интеграции правовых принципов, норм, положений законодательных и иных юридических актов, входящих в правовую систему налогообложения.

Завершая краткое рассмотрение вопроса отраслевой характеристики налогового права, еще раз стоит отметить, что оно потребовалось для придания ясности и корректности при последующем анализе содержания категории «режим» («налоговый режим») в правовом регулировании налогообложения.

Категория «режим» («налоговый режим») как совокупность общих условий и правил функционирования налоговой системы отражает характерные черты последней и имеет весьма общее правовое содержание, вбирающее материю не только налогового права, но и отдельных элементов других сфер правовой системы (государственного, административного и других отраслей права), а также иных направлений общественного знания. В таком понимании рассматриваемый термин по своей сути входит в ряд аналогичных глобальных категорий, характеризующих государство и его политику (политический, экономический *режим*).

Налоговый режим в рассматриваемом значении часто используется в более узком понимании, ориентированном на юридические аспекты налоговой проблематики, охватывая всю совокупность налоговых правил страны либо их часть, касающуюся какой-либо отдельной области деятельности (государственного регулирования), например, «налоговый режим инвестиций», «налоговый режим внешнеторговых сделок». Такое использование термина «налоговый режим» представляется вполне закономерным, учитывая, с одной стороны, общелексическое содержание и многогранность самого понятия «режим», с другой — важную роль налоговой системы в современном механизме государственного регулирования.

Практическое применение в данном содержательном наполнении понятие «налоговый режим» находит в общем обзоре нормативно-правовой базы, устанавливающей порядок и условия осуществления налогообложения, в справочных изданиях, публикациях средств массовой информации по налоговой тематике. С точки зрения правового анализа конкретных теоретических и практических проблем налогообложения более важными представляются категории режима как отраслевого юридического режима и специального института налогового права (законодательства).

Категория «режим», используемая для обозначения специального отраслевого юридического режима, занимает важное место при исследовании вопросов отраслевой принадлежности налогового права. В данном случае она охватывает налогово-правовой механизм регулирования, включающий специальный набор, комплекс юридических инструментов и обеспечивающий выполнение функций налоговой системы, достижение выбранной цели воздействия на определенную область общественных отношений (экономических, социальных и др.). Налого-

<sup>18</sup> Подробнее см.: *Мицкевич А.В.* Система права и система законодательства: развитие научных представлений и законоотворчества // Проблемы современного гражданского права. М., 2000. С. 20—45. См. также: *Общая теория права: Академический курс: в 2 т. / отв. ред. М.Н. Марченко.* М., 1998; *Поленина С.В.* Взаимодействие системы права и системы законодательства в современной России // Государство и право. 1999. № 9. С. 5—12.

вый режим в этом значении также представляет собой, выступая разновидностью публично-правовых режимов, один из видов специального отраслевого юридического режима. Это утверждение основывается на высказанной ранее позиции относительно отраслевой принадлежности самого налогового права (налогового законодательства).

Налоговый режим в рассматриваемом значении используется для обозначения специального юридического режима, характерного для налогового права как отрасли права, поскольку «ни в чем ином, кроме как в особых режимах регулирования, эта юридическая специфика отдельных структурных подразделений права выражаться не может»<sup>19</sup>. При этом «под юридическим режимом понимается особая, целостная система регулятивного воздействия, которая характеризуется специфическими приемами правового регулирования — особым порядком возникновения и формирования содержания прав и обязанностей, их осуществления, спецификой санкций, способов их реализации, а также действием единых принципов, общих положений, распространяющихся на данную совокупность норм»<sup>20</sup>. В юридическом исследовании понятие «правовой режим» помогает осветить особенности различных отраслей права, рассмотреть действующие в их рамках средства правового регулирования как в целом, так и в отдельности (или по группам).

Характеризуя кратко налоговый режим в качестве специального отраслевого режима, можно отметить, что он:

- базируется на принципах, основных началах, лежащих в основе налогового права (принципы единства системы налогов и сборов, построения налоговой системы, определенности системы налогов и сборов, экономической обоснованности установления налогов и сборов, оптимальности построения системы налогов и сборов, паритета (гармонизации) интересов государства и налогоплательщиков);
- содержательно вбирает в себя совокупность правовых норм, обеспечивающих регулирование налоговых правоотношений и общий порядок налогообложения;
- основывается на императивном методе регулирования (методе властных предписаний), в котором доминируют позитивные обязывания, предопределяющие неравенство субъектов налоговых правоотношений, необходимость следовать установленным предписаниям и максимально ограничивающие возможность данных субъектов по своему усмотрению приобретать права и обязанности;
- включает специальные юридические средства (инструменты) регулирования, определяющие основания возникновения прав и обязанностей, механизмов юридического воздействия, способов защиты прав;
- формализуется в положениях особой отрасли законодательства и кодифицированного акта. Таким законодательным актом о налогах и сборах, устанавливающим основные начала, понятие налога и сбора, систему налогов и сборов, права и обязанности участников налоговых отношений, порядок уплаты налогов и сборов, порядок осуществления налогового контроля, ответственность за нарушение законодательства о налогах и сборах, является Налоговый кодекс Российской Федерации (далее — НК РФ).

Приведенный перечень содержит лишь основные элементы отраслевого режима налогового права и, безусловно, не является исчерпывающим. Также принимая во внимание отсутствие единого подхода в определении места в правовой системе налогового права и законодательства, предлагаемая характеристика его отраслево-

<sup>19</sup> Алексеев С.С. Указ. соч. С. 105.

<sup>20</sup> Там же.

го режима, без сомнения, не может быть признана безукоризненной и бесспорной, но она и не претендует на это.

Категория «режим» в настоящее время широко используется для обозначения элементов, составных частей внутриотраслевой структуры налогового права и законодательства. Выделить данную категорию в таком значении в правовой системе налогообложения позволяют и метод формально-догматического изучения позитивного материала, и метод спекулятивного анализа теории и практики правового регулирования налогов. Не умаляя значения какого-либо из этих методов, нельзя не признать, что последний предоставляет более широкие возможности для научного осмысления содержания данной категории и ее места в правовом регулировании налогообложения.

Действующая в настоящее время в Российской Федерации правовая система регулирования налогообложения, включая в свой понятийный аппарат термин «режим», не дает его формального определения. Возможно, это объясняется признанием нецелесообразности нормативно-правовой фиксации содержания данной категории, с одной стороны, ввиду сложности нахождения универсальной формулировки, а с другой — в целях возможности ее более свободного применения. Тем не менее отсутствие четко выраженной позиции законодателя затрудняет эффективное использование догматического метода для анализа изучаемой категории и построения аргументации путем прямого апеллирования к положениям правовых актов. Критические замечания в отношении последних будут высказаны далее при рассмотрении видового состава налоговых режимов.

Н.С. Иващенко, рассматривая правовой режим в налоговом праве с позиции внутриотраслевого подхода и учитывая использование законодателем таких понятий, как «общий режим налогообложения», «специальный налоговый режим», «льготный режим налогообложения», «иные налоговые режимы», предложил следующее его определение: «Особый порядок правового регулирования налоговых отношений, выражающийся в определенном сочетании правовых средств, создающий специальные условия для обеспечения нормального функционирования налоговых отношений в целях удовлетворения интересов государства в налоговых поступлениях в бюджет и интересов налогоплательщиков (плательщиков сборов) в соразмерном налоговом бремени и закрепленный в нормативных правовых актах о налогах и сборах»<sup>21</sup>. Данное определение, как представляется, имеет общий характер. С учетом этого замечания и принципиального согласия с отмеченными в нем основными чертами рассматриваемого явления представляется возможным рассмотреть последнее в ином, более узком, значении. В таком узком значении налоговый режим может быть представлен как специальный институт налогового права и законодательства, т.е. совокупность юридических положений, которые взаимосвязаны вследствие общности признаков регулируемого ими вида (типа) общественных отношений и определяют правовой статус различных групп налогоплательщиков, условия налогообложения отдельных объектов (их категорий), порядок определения элементов налогообложения и уплаты налогов, их взимания в определенных ситуациях.

Налоговый режим, рассматриваемый в узком значении в качестве института налогового права и законодательства, выступает специальным комплексным юридическим явлением. Характеризуя его посредством указанных определений, необходимо хотя бы кратко остановиться на раскрытии их содержания в данном контексте.

---

<sup>21</sup> Иващенко Н.С. Понятие правового режима в налоговом праве.

Специальный характер данного института выражается в том, что он конкретизируется, находит свое содержание применительно к определенным областям правового механизма налогообложения, видам общественных отношений, связанных общим объектом регулирования, например, режим налогообложения доходов физических лиц, режим налогообложения транспортных средств. Без такой спецификации налоговый режим в принципе может быть с определенными оговорками спекулятивно вычленен во внутриотраслевой структуре права, но будет выступать как абстрактно-теоретическая категория, выражающая общую формулу, основу возможной регламентации типовых налоговых ситуаций, групп отношений в налоговой сфере.

Использование определения «специальный» в отношении налогового режима не связано с заложенным действующим российским законодательством разграничением или противопоставлением двух типов налоговых режимов: так называемых специальных и остальных, прямо не названных и, видимо, относимых к общим, обычным. Потребность предложенного определения обусловлена рассмотрением налогового режима в качестве правового института, интегральной части правового механизма регулирования налогообложения, в котором данный институт «материализуется» через целеполагание, связь с определенными группами, областями общественных отношений. Именно потенциальную значимость для данного института специфической цели, связи и отражает его определение «специальный», конвертируясь при обозначении отдельных видов налоговых режимов в их конкретное обозначение (режим налогообложения нерезидентов, налоговый режим наследства).

Налоговый режим, рассматриваемый под таким углом зрения в качестве специального института налогового права и законодательства, выступает своего рода обобщающей правовой характеристикой, правовой формой регулирования групп налоговых отношений, связанных единой объектно-целевой основой. Это позволяет показать дискретный характер общего правового механизма регулирования налогообложения с выделением в нем системы относительно автономных налоговых режимов, определяющих правовые основы порядка уплаты налогов в зависимости от статуса налогоплательщика, налогооблагаемого объекта (имущества, операций), его предназначения (цели применения, допустимого использования), вида деятельности налогоплательщика и иных юридических условий и требований. Вычленение в правовом механизме налогового регулирования налоговых режимов дает возможность также представить структуризованно использование основных инструментов налогового регулирования, показать основные типовые ситуации их применения. В то же время система таких режимов в своей совокупности составляет единый правовой механизм налогообложения.

Налоговый режим как специальный институт налогового права и законодательства является комплексным правовым явлением. Это находит выражение как с функциональной (практической), так и с формальной точки зрения: налоговый режим охватывает относительно самостоятельные области регулирования общественных отношений, правовая основа которых включает значительный объем юридических норм. Далее представляется логичным перейти к рассмотрению общей структуры правовой основы применения налоговых режимов.

Изучение правового регулирования института налогового режима возможно посредством анализа системы основных элементов (способов) правового регулирования применения режима, включающей:

- требования (обязательные условия);
- ограничения (запреты);
- дозволения<sup>22</sup>.

Данные элементы лежат в основе юридического механизма применения налогового режима, связывая его как институт налогового права с общими экономическими, политическими, организационными и иными основаниями системы регулирования общественных отношений. Дозволения, обязывания, запреты так же, как и в общей системе правового регулирования<sup>23</sup>, в юридическом механизме применения налогового режима выступают в двух основных значениях:

1) как способ правового регулирования, когда они находят свое формальное выражение в соответствующих юридических нормах (дозволительных, обязывающих, запрещающих);

2) как интегральные элементы, когда они носят общий характер, выступая в виде единых исходных нормативных регулирующих начал.

*Требования (обязательные условия)* как элемент внутренней структуры правового регулирования применения налогового режима — это совокупность норм, обязывающих участников налоговых отношений выполнять императивно установленные правилами его применения требования и условия. Это обычно выражается в совершении каких-либо требуемых действий (вести налоговую отчетность, исчислять налогооблагаемую базу, уплачивать налоги по установленной ставке). Выполнение содержащихся в данных нормах требований и предписаний обуславливает необходимость и возможность применения налогового режима.

Требования могут субъективно восприниматься как некоторые ограничения, если их рассматривать под углом прямого противопоставления сфере дозволенного в рамках правовой регламентации применения налогового режима. Однако требования не являются таковыми (запретами, абсолютными ограничениями) ни по форме, ни по содержанию: выступая в качестве обязывания, требования как элемент правового содержания режима создают юридическую основу области должного поведения участников налоговых правоотношений, ответственных за соблюдение установленного режимом порядка налогообложения. При этом данные участники имеют возможность применять режим и достичь желаемой цели (надлежащим образом воспользоваться предоставляемыми данным режимом выгодами) только при условии выполнения ими установленных регламентацией режима обязанностей. Таким образом, требования формализуют условия, активное соблюдение которых (т.е. совершение указанными лицами требуемых действий) предоставляет возможность использования налогового режима.

*Ограничения (запреты)* как способ правового регулирования в правовой регламентации налогового режима представляют собой нормы, возлагающие на участников налоговых правоотношений, ответственных за соблюдение установленного режимом порядка налогообложения, обязанности воздержаться от определенных

<sup>22</sup> Нельзя не отметить, что в числе таких элементов должны быть названы и санкции как специфическая и неотъемлемая их составная часть. Санкции выступают необходимым звеном в целостном механизме применения режима, обеспечивая соблюдение установленного порядка, надлежащую реализацию иных составляющих правового механизма. Не умаляя значения данной группы элементов (санкций), автор позволил себе не указывать их в общем перечне элементов правовой основы применения налоговых режимов и не рассматривать в дальнейшем, поскольку вопросы ответственности и санкций, принимая во внимание их юридическую специфику и особое место в налогово-правовом механизме, требуют самостоятельного изучения.

<sup>23</sup> Подробнее см., напр.: *Алексеев С.С.* Указ соч. С. 111; *Пузинский Б.И.* Теоретические проблемы права // Вестник МГУ. Сер. 11. Право. 1999. № 5. С. 23—33.



действий. В отличие от дозволений и требований (обязательных условий) запреты образуют границу области юридически допустимого поведения, в пределах которой указанные участники правоотношений имеют возможность правомерно совершать определенные действия (в силу выполнения возлагаемых на них обязанностей либо реализуя предоставленные им права). Выход за границы данной области рассматривается как противоправное действие и влечет юридическую ответственность. Таким образом, запреты в правовой регламентации режима:

- выступают как юридические обязанности воздержаться от определенных действий;
- формализуются в нормативных правовых актах в виде запрещающих норм;
- выражаются в императивных, однозначных и предельно четких формулировках;
- гарантируются установленной юридической ответственностью лица, игнорирующего выраженные в запретах обязанности.

Запреты как структурный элемент правового регулирования применения налогового режима могут быть выражены прямо либо косвенно. В прямой форме запрещения устанавливаются в виде запрета на совершение определенных действий при применении режима. В качестве косвенных запрещений (или запрещений в опосредованной форме) часто выступают, а точнее, воспринимаются субъективно, границы меры должного или ограничение возможного поведения. В таком виде запреты формально не выражены прямо, а выступают как юридическая форма логического следствия пресечения несоблюдения лицами, ответственными за выполнение требований использования режима, принятых на себя обязательств или реализации прав. Если данное лицо своими действиями (или бездействием) допустило их несоблюдение (нарушение), то автоматически следует запрещение соответствующих действий (или бездействия). Расширительное толкование пределов разрешенного поведения не допускается, следовательно, иные действия (операции) считаются запрещенными.

*Дозволениями* для целей настоящего анализа признаются установленные правовой регламентацией применения налогового режима нормы, определяющие совокупность прав участников налоговых правоотношений, ответственных за соблюдение установленного режимом порядка налогообложения, совершать определенные действия.

Включение данных норм в правовой механизм применения налоговых режимов объективно обуславливается следующими обстоятельствами. Одной из главных функций налоговой системы в условиях рыночного хозяйства является обеспечение государственного регулирования в экономической сфере. Эффективное взаимодействие государства с рыночной средой предопределяет пределы государственного вмешательства в экономику, необходимость определенных гарантий свободы осуществления предпринимательской деятельности в рамках и национального хозяйства, и международного экономического сотрудничества. Таким образом, выполнение фискальной системой возлагаемых на нее функций, ее прогрессивное развитие возможны только при адекватном отражении в правовом механизме налогообложения принципов функционирования рыночного хозяйства. Закономерным следствием положительного восприятия данных требований является формально-правовое закрепление специальных норм, определяющих права субъектов налоговых отношений при осуществлении ими экономической деятельности.

Дозволения в правовой регламентации применения налоговых режимов образуют область возможного поведения, когда последнее обусловлено усмотрением, интересами и другими подобными мотивациями адресатов дозволений — участни-

ков налоговых правоотношений, ответственных за соблюдение правил применения налогового режима. Поэтому с формально-юридической точки зрения такие дозволения устанавливаются нормами, закрепляющими субъективные права указанных участников. На практике, учитывая публично-правовую основу налогового права, в регламентации налогового режима дозволения, как правило, имеют вспомогательное значение и выражаются в прямой форме. Они формулируются в тексте нормативного правового акта как специальные нормы, определяющие объем прав указанных участников налоговых правоотношений и порядок их реализации.

В правовом регулировании применения налоговых режимов дозволения выражаются в двух основных формах. Во-первых, в виде правовых стимулов (предоставление определенным категориям налогоплательщиков различных льгот по уплате налогов в целях содействия определенным видам деятельности, развития территорий). Во-вторых, в виде управомочивающих норм, закрепляющих права участников налоговых отношений, ответственных за соблюдение налоговых режимов (право получать письменные разъяснения по вопросам применения законодательства о налогах и сборах, получать отсрочку, рассрочку, налоговый кредит или инвестиционный налоговый кредит).

На основании проведенного анализа налогового режима как специального института налогового права можно назвать его основные признаки:

- правовая форма. Налоговые режимы имеют нормативно-правовое закрепление, т.е. либо прямо называются законодательством о налогах и сборах и получают в нем свое формально «обособленное» место, либо могут быть выделены в правовой системе налогообложения вследствие общности объектов их регулирования;

- правовой (организационно-правовой) характер содержания. Каждый налоговый режим в рамках общего правового механизма налогообложения устанавливает порядок регулирования относительно самостоятельных групп общественных отношений, связанных по признаку общности их субъектов (правовых статусов участников налоговых отношений) и (или) объектов (налогообложения определенных объектов);

- целевое и функциональное назначение. Каждый вид налогового режима имеет свои специфические цели, задачи, область регулирования общественных (налоговых) отношений, определяя в ее границах порядок налогообложения (устанавливая элементы налогообложения, статус отдельных субъектов, объектов, временные и пространственные и иные параметры). Правовой механизм налогового регулирования может быть представлен как совокупность, матрица налоговых режимов;

- сочетание средств юридического регулирования. Правовая основа применения налогового режима включает определенное сочетание таких средств, специфика которых детерминируется назначением режима, его субъектным и объектным составом, иными факторами.

Выше уже обращалось внимание на видовое многообразие налоговых режимов, рассматриваемых в качестве специального института налогового права. При этом собственно их состав (перечень) остался вне поля изучения, хотя, несомненно, он имеет важное значение. Поэтому стоит обратиться к данному вопросу, рассмотрев его через призму возможной классификации различных видов налоговых режимов. Для решения этой задачи могут использоваться различные квалификационные характеристики и признаки. Нельзя также не признать, что широкий выбор последних, позволяя представить многообразие налоговых режимов, не всегда дает возможность объединить их в одну общую систему, поскольку допускает создание не одной такой системы, а также отнесение одного режима к различным классификационным группам.

Представить видовой состав налоговых режимов можно, на первый взгляд, наиболее простым путем, обратившись в поиске критериев их классификации к

формальным основаниям, непосредственно закрепленным положениями нормативных правовых актов. В действующем налоговом законодательстве Российской Федерации прямо предусмотрено применение специальных налоговых режимов. В соответствии со ст. 18 НК РФ специальные налоговые режимы могут устанавливаться НК РФ и применяются в случаях и порядке, которые предусмотрены НК РФ и иными актами законодательства о налогах и сборах. НК РФ устанавливает перечень таких режимов, правовую основу применения которых составляют соответствующие положения раздела VIII.1 части второй НК РФ. В данный перечень включены следующие виды специальных налоговых режимов:

- 1) система налогообложения для сельскохозяйственных товаропроизводителей (единый сельскохозяйственный налог, гл. 26.1 НК РФ);
- 2) упрощенная система налогообложения (гл. 26.2 НК РФ);
- 3) система налогообложения в виде единого налога на вмененный доход для отдельных видов деятельности (гл. 26.3 НК РФ);
- 4) система налогообложения при выполнении соглашений о разделе продукции (гл. 26.4 НК РФ).

Предусматривая применение специальных налоговых режимов, НК РФ очень кратко дает характеристику их общих особенностей. Данные режимы могут устанавливать особый порядок определения элементов налогообложения, освобождение от обязанности по уплате отдельных налогов и сборов (ст. 18 НК РФ), предусматривать федеральные налоги, не указанные в ст. 13 НК РФ (п. 7 ст. 12 НК РФ). Приходится констатировать, что действующее налоговое законодательство Российской Федерации не формулирует содержательных и точных определений не только специальных, но и иных налоговых режимов (равно как и их видов, оснований выделения и связи между ними). При этом типы подобных режимов прямо называются в НК РФ: общий режим налогообложения (п. 6 ст. 145), льготный налоговый режим налогообложения (п. 3 ст. 284), особый режим налогообложения (п. 2 ст. 312), иные режимы налогообложения, предусмотренные законодательством Российской Федерации о налогах и сборах (п. 1 ст. 346.1).

Такое положение, во-первых, закономерно приводит к различным предположениям и вызывает критику подхода законодателя к решению рассматриваемых проблем. Например, Н.С. Иващенко считает, что отсутствие обоснования использования специальных налоговых режимов, установленного соотношения общего, специального и иного режима налогообложения и критериев определения того или иного режима не позволяет считать правомерным такое обособление указанных режимов<sup>24</sup>. Н.Н. Злобин предложил отказаться от использования понятия «специальный налогово-правовой режим», поскольку, по его мнению, любому правовому режиму изначально присущи особая цель и особый механизм ее реализации (достижения), и, следовательно, любой правовой режим (в том числе и налогово-правовой) может быть назван специальным<sup>25</sup>.

Во-вторых, отмеченные пробелы в российском налоговом законодательстве потенциально дают широкий простор для доктринальных классификаций налоговых режимов. Однако данное направление исследования явно не было в числе приоритетных. Проблема видового состава налоговых режимов еще далека от своего решения. В ряде исследований она затрагивалась лишь частично. Вопросы, связанные с данной проблемой, должны получить адекватное и полноценное освещение в рам-

<sup>24</sup> Подробнее см.: *Иващенко Н.С.* Понятие правового режима в налоговом праве.

<sup>25</sup> Подробнее см.: *Злобин Н.Н.* Налог как правовая категория: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003. С. 86—105.

ках специального, всестороннего исследования. Выделение налоговых режимов в отдельные группы либо разделение их по типам имеет юридическое значение для уяснения их роли в механизме налогообложения и изучения их правовой регламентации. Не претендуя на предложение четкой и универсальной классификации, отметим некоторые общие подходы к классификации налоговых режимов.

Для выделения различных видов налоговых режимов в правовом механизме налогообложения, действующем в Российской Федерации в настоящее время, могут использоваться разнообразные основания (критерии). Наиболее значимые из них, которые позволяют дать содержательные системные классификации налоговых режимов и могут использоваться по отдельности либо комплексно, в той или иной степени должны:

- иметь связь с признаками самого налогового режима как института налогового права;
- указывать место (задачи и (или) сферу применения) налогового режима в правовом механизме налогообложения;
- отражать специфику режима, его характер;
- быть системообразующими, предусматривать возможность структурирования групп, типов режимов.

Однако возможность классификации налоговых режимов только по формальному признаку их использования в понятийном аппарате российского налогового законодательства достаточно затруднительна и непродуктивна ввиду отмеченных выше пробелов последнего. Кроме того, подобная классификация была бы односторонней, не позволяющей показать различные аспекты видового многообразия института налогового режима. Представляется необходимым дополнить эту классификацию. Для этого можно предложить использовать следующие основания (признаки, критерии) выделения групп (видов, типов) налоговых режимов.

Во-первых, предназначение, роль и место налоговых режимов в общем процессе хозяйственной деятельности, системе государственного социально-экономического регулирования. В соответствии с данным основанием среди режимов могут быть (с определенной долей условности) выделены два типа налоговых режимов — обычные («простые», ординарные) и экономические (экономического характера) режимы.

Обычные налоговые режимы, в основе которых лежит общий, т.е. без каких-либо изъятий и ограничений, порядок применения налоговых средств и методов регулирования, с экономической точки зрения не имеют специальных целей, направленных на развитие какого-либо вида деятельности, сектора хозяйства или отдельных категорий производителей. Данные режимы призваны обеспечить нормальное функционирование налоговой системы, отражающей баланс интересов налогоплательщиков и фиска (государства). К данному типу могут быть отнесены, например, налоговый режим наследуемого имущества, налоговый режим заработной платы физических лиц.

Экономические налоговые режимы (к которым можно отнести названные в законодательстве специальные налоговые режимы, а также налоговый режим особых экономических зон), занимают важное место в системе государственного регулирования. Их основные цели состоят в обеспечении воздействия государства на отдельные отрасли хозяйства, виды (направления) деятельности, поддержку отдельных категорий экономических субъектов. Данные режимы отличаются более гибким использованием инструментов регулирования, выступают своего рода результатом их адаптации к разнообразным потребностям социально-экономического развития страны, ее регионов. К характерным особенностям налоговых режимов экономического характера можно отнести:

- наличие специальных экономических целей и обоснования (с макроэкономической точки зрения);
- использование в качестве средства государственного воздействия на социально-экономические отношения;
- целевой, индивидуализированный характер (применение режима, преследуя определенные цели, ориентировано, как правило, на квалифицированных участников (имеющих определенный статус или особые условия применения режима) и предполагает специальные процедуры допуска, использования и завершения);
- применение экономических режимов обычно сопряжено с возложением специфических (иногда дополнительных) требований (представление специальной отчетности, уплата налогов в особом порядке);
- возможность получения лицом, которое получило право на применение режима, заранее известных экономических выгод и преимуществ (например, налоговых льгот).

В качестве обычных и экономических налоговых режимов с определенными оговорками могут рассматриваться типовые ситуации (режимы) перемещения товаров через таможенную границу, которые регламентируются таможенным законодательством соответственно как основные и экономические таможенные режимы (гл. 18 и 19 Таможенного кодекса РФ).

Во-вторых, категории налогоплательщиков. В соответствии с данным критерием можно выделить три достаточно крупные группы режимов: первая группа распространяется на физических лиц, вторая — на юридических, третья — на индивидуальных предпринимателей. В рамках каждой из этих групп возможна дальнейшая детализация. Например, в зависимости от статуса таких лиц, их резидентства и (или) вида налогооблагаемого объекта (налоговый режим доходов физических лиц-резидентов, налоговый режим иностранных организаций).

В-третьих, определенные виды деятельности (возникающие вследствие ее осуществления объекты налогообложения) и категории (статус) осуществляющих ее лиц. Исходя из этого основания можно различать налоговые режимы определенных видов доходов физических (или юридических) лиц, например, налоговые режимы доходов от предпринимательской и некоммерческой деятельности, налоговый режим образовательных учреждений.

В-четвертых, особенности статуса (предназначения, использования) объектного состава. С помощью этого критерия можно различать, например, налоговые режимы объектов недвижимости, транспортных средств, отдельных видов природных ресурсов.

В-пятых, источники правового регулирования: внутреннее законодательство, международные двусторонние и многосторонние соглашения.

В-шестых, территориальная локализация (пространственные границы). По данному критерию можно различать налоговые режимы отдельных административно-территориальных образований (например, по их уровню), территорий со специальным налоговым статусом (налоговый режим специальных экономических зон, таможенного склада, магазина беспошлинной торговли.).

В-седьмых, временные границы. В зависимости от сроков возможного применения налоговых режимов последние могут рассматриваться как бессрочные либо срочные. Налоговые режимы бессрочного характера используются без предварительно заданного хронометража (периода) в силу объективного возникновения и сохранения в силе оснований, установленных законодательством (например, режим налогообложения подарков). Налоговые режимы, связанные с проведением плановых срочных мероприятий, заблаговременно ограничиваются по времени (например, налоговый режим специальных экономических зон).

В-восьмых, льготы по уплате налогов, возможность сокращения налоговой нагрузки. На основании этого критерия можно различать льготные или стимулирующие (связанные с предоставлением льгот по уплате обязательных платежей, иных преимуществ) и общие (т.е. когда платежи уплачиваются в полном объеме) налоговые режимы.

Предложенные возможные признаки (критерии) выделения различных видов (типов) налоговых режимов, безусловно, далеко не исчерпывают перечень оснований их классификации. Вместе с тем обращение к вопросу видового состава налоговых режимов, совокупность приведенных их классификаций были необходимы для более полного раскрытия и понимания правового содержания института налоговых режимов, для изучения возможностей применения налоговых режимов на практике.

В завершение рассмотрения общеправовой характеристики налогового режима представляется необходимым затронуть еще один вопрос — связь налогового режима с иными режимами, установленными законодательством. В данном случае, учитывая результаты рассмотрения правового содержания налогового режима, в-первых, вопрос формулируется применительно к категории «налоговый режим», в узком значении понимаемой как специальный институт налогового права. Во-вторых, речь идет о внешней характеристике налогового режима, т.е. идентификации его места в ряду иных подобных публично-правовых режимов.

В настоящее время, с учетом важной роли налоговой системы как экономического агента государства, неотъемлемой составной части правового механизма управления экономическим и социальным развитием, налоговый режим может (с определенным оговорками) рассматриваться в качестве разновидности специальных административно-правовых режимов<sup>26</sup>. Такая характеристика налогового режима представляется допустимой в контексте узкого целевого подхода, при котором акцент делается на публично-правовую, административную природу налоговых отношений, показывая налоговый режим как специальный организационно-правовой институт правовой системы государственного управления (в правовом механизме государственного регулирования в сфере экономики и социального развития). В рамках этого подхода налоговый режим может быть представлен одним из функциональных публичных (административных) режимов, т.е. используемых в конкретной сфере государственного управления.

Правовая основа регулирования налоговых режимов непосредственно связана с финансовой системой, являясь интегральным элементом регулирования финансовых отношений. В связи с этим налоговый режим в более широком смысле может рассматриваться как часть финансово-правового регулирования, разновидность финансово-правового режима. Принимая во внимание важную роль налоговой составляющей в сфере государственного регулирования внешнеэкономической деятельности, налоговый режим в целом может выступать в качестве специального режима регулирования внешнеэкономической деятельности, а в более узком значении — как специальный режим таможенного регулирования.

Выше были отмечены лишь наиболее важные и очевидные взаимосвязи налогового режима в ряду иных, близких по своей сути институциональных элементов правовой системы государственного регулирования. Основой такого сопоставления были избраны достаточно формальные критерии. Такой подход представляется недостаточным для обозначения самой проблемы исследования места и роли налогового режима в правовой системе публично-правовых режимов и иллюстрации возможных направлений ее решения. Более глубокая разработка этой проблемы, безусловно, может быть темой специального рассмотрения.

<sup>26</sup> См., напр.: *Розанов И.С.* Административно-правовые режимы по законодательству Российской Федерации, их назначение и структура // Государство и право. 1996. № 9. С. 84—91; *Пушайло В.Б.* Административно-правовые режимы. М., 2000.

**Н.А. Богданова**

*Профессор кафедры конституционного и муниципального права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова, доктор юридических наук*

# Преподавание конституционного права: поиск модели фундаментального образования

Преподавание конституционного права требовало серьезного реформирования еще в начале 90-х гг. прошлого века, поскольку данная наука, опережая соответствующую отрасль, особо остро реагирует на общественно-политические преобразования, сначала обсуждаемые как идеи, а затем воплощаемые в проектах и текстах конституционно-правовых актов. С изменением сути общественного строя и в связи с глобальными событиями конца XX в. (распад Советского Союза, крушение социалистической системы, деформация социализма как идеи и практики) стало очевидно, что две разделенные в советское время науки — советское государственное право и государственное право буржуазных стран — должны стать структурными частями единой системы конституционно-правового знания.

Следствием нового видения отечественной науки конституционного (государственного) права стал поиск обновленной модели ее преподавания. На юридическом факультете МГУ им. М.В. Ломоносова мы определились в последовательности и содержании соответствующих курсов еще в 1991/1992 учебном году. За прошедшие с тех пор годы утвердилось теоретическое и методическое обоснование системы учебных дисциплин по конституционному праву и накоплен значительный опыт их преподавания в том варианте, который был избран 17 лет назад. Но и сегодня еще нельзя сказать, что все проблемы решены, поскольку они касаются не только конституционного права и требуют нового взгляда на соотношение близких по предмету и объекту изучения учебных дисциплин. К тому же время диктует новые задачи, условия и требования, связанные с достойным уровнем и наполнением образования юриста, актуализируя обсуждение вопросов преподавания конституционно-правовых дисциплин в юридических вузах.

Данная статья посвящена обоснованию сложившейся и апробированной в МГУ модели преподавания конституционного права и включает размышления о возможных вариантах вузовского изучения соответствующих дисциплин. Принципиальным ориентиром для оценки конечного результата обучения является получение фундаментального образования, по поводу чего в университетских кругах разногласий нет.

### **Наука конституционного права и ее преподавание: пересечение задач в ходе познания предмета**

Наука конституционного права и ее преподавание сосуществуют в тесной взаимосвязи. С одной стороны, знание, накопленное наукой, формализуясь в том или

ином наборе учебных дисциплин, реализуется в преподавательской деятельности, получая апробацию в ходе обучения. Содержание преподаваемых предметов, их гносеологическая ценность зависят от состояния науки. С другой стороны, преподавание влияет на формирование и развитие конституционно-правового знания, пополняя и корректируя его не только с точки зрения глубины, всесторонности, последовательности познания предмета науки, но и с позиции прикладного значения такого знания. Теоретическая и практическая подготовка юриста, осуществляемая посредством образовательного процесса, ставит задачи перед наукой, актуализируя то или иное направление ее развития, выдвигая темы, нуждающиеся в разработке, методически ориентируя результаты научного поиска, предлагаемые для усвоения обучающимся. Об учебных курсах (дисциплинах) «можно говорить как об адаптированной для целей преподавания доктрине»<sup>1</sup>.

Связь науки и ее преподавания предопределяет взаимовлияние и взаимообогащение их систем при достижении общей цели — познание конституционного права как отрасли национального права современного государства, приближение к раскрытию его понятия. Вместе с тем сохраняется относительная самостоятельность этих систем, что является следствием различия задач, стоящих перед наукой и ее преподаванием, методов, используемых для их решения. Наиболее общую задачу науки можно сформулировать как накопление и углубление знания об объектах конституционно-правовой действительности с помощью общих и специальных методов изучения познаваемых явлений и процессов. Задачей преподавания является прежде всего передача этого знания с использованием разнообразных методических приемов, обеспечивающих их усвоение, навыки практического применения и дальнейшего творческого развития. Решение данной задачи в процессе преподавания всегда сопряжено с умением пробудить у студентов интерес к науке конституционного права и убедить их в значимости конституционно-правовых знаний для юриста.

## **Обеспечение целостности конституционно-правового знания в процессе преподавания**

Как любое системное образование, наука конституционного права обладает интеграционным свойством *целостности* входящего в нее знания. В данном свойстве отражаются единство, взаимосвязь, взаимодействие и взаимодополняемость составляющих ее частей.

Смысловое единство науки конституционного права обеспечивается прежде всего принципиальной договоренностью о ее предмете и методах его изучения. Согласованность позиций по этим вопросам позволяет систематизировать конституционно-правовое знание, придавая ему предметно-методологическую определенность. Основные задачи науки конституционного права служат своего рода программой для ее системы, ориентирующей все структурные составляющие последней. Предмет науки вычленяет и объединяет конституционно-правовое знание, по существу, персонифицирует его. Конкретизация предмета предопреде-

---

<sup>1</sup> Княгинин К.Н. Курс конституционного права и развитие конституционного законодательства, конституционной правореализационной практики, конституционной доктрины // Конституционное право: содержание и структура курса: Материалы семинара / отв. за выпуск К.Н. Княгинин. Красноярск, 1999. С. 5.



ляет внутреннюю структуризацию науки, выделение по предметному признаку относительно самостоятельных частей ее системы. Методы позволяют дифференцировать конституционно-правовое знание на методологические блоки, которые способны либо занять в структуре науки относительно самостоятельное место (история науки, история отрасли, общая теория конституционного права, политика конституционного права), либо придать методологическую окраску любой предметно-определенной части системы науки (компаративное, эмпирическое, политологическое знание).

Роль основных задач науки конституционного права в ее систематизации при самом общем подходе состоит в установлении, объяснении и оценке норм конституционного права. Установление норм конституционного права наукой означает выделение по предметному принципу норм данной отрасли, их изучение, классификацию, систематизацию, в основном с помощью формально-юридического метода. Объяснение предполагает теоретическое толкование норм конституционного права, различных их соединений, формализованных в юридических источниках. Для выполнения этой задачи активно используются исторический и социологический методы, а правовые позиции и выводы дополняются историческими и социологическими характеристиками. Оценка норм конституционного права ввиду особенностей предмета регулирования (организация власти и ее взаимоотношения с человеком) допускает и требует обращения к политическим критериям такой оценки. Таким образом, имеет место обращение к политологическим методам, результатом использования которых является политологическое знание, соединяемое с собственно юридическим.

Отправным принципом, раскрывающим суть предмета науки конституционного права и ориентирующим конституционно-правовое знание, является основополагающая идея, которая пронизывает конституционно-правовое законодательство и как основная данность воспринимается наукой конституционного права. Такая идея объективируется в категориях предельного уровня обобщения, охватывающих всю сферу конституционно-правовых отношений и прямо или косвенно проявляющихся во всех нормах и институтах конституционного права. Подобную роль могут сыграть категории «власть» и «свобода», которые на ступени адаптации к познанию предмета науки конституционного права уточняются в категориях «государственная власть» и «гражданская свобода», образующих в их взаимосвязи парную категорию. В своем соединении и в своей противоположности категории «государственная власть» и «гражданская свобода» отражают специфику той сферы, которая изучается наукой конституционного права. Здесь власть и свобода находятся в состоянии сопряженности, взаимного сдерживания и дополнения, что воспринимается всеми структурными построениями и методологическими блоками науки и отражается на результате познания — целостном систематизированном конституционно-правовом знании.

Понятия и категории науки конституционного права являются начальным уровнем и логической основой систематизации конституционно-правового знания, а единство понятийного аппарата выступает показателем ее целостности. Понятия и категории имеют свое продолжение и воплощаются в конституционно-правовых принципах. Из них складываются и ими оперируют теории, концепции, доктрины. Сами понятия выделяются и обосновываются в процессе построения сложных теоретических структурных образований науки, являясь их инструментом и результатом.

Понятия и категории, принципы, теории и иные теоретические построения в их нормативном преломлении, занимая свое место в структуре конституционно-

правового знания, объединяют его в единую науку. Качество единства науки конституционного права выдвигает требование комплексности к преподаванию составляющих ее дисциплин, предполагает определенную последовательность изучения учебных курсов, которые выделяются по критериям, связанным с конкретизацией общего предмета познания и особенностями применяемых при этом методов. При таком подходе наряду с традиционно преподаваемыми дисциплинами — российским конституционным правом и конституционным правом зарубежных стран — в учебный процесс необходимо ввести курс с условным названием — «общее конституционное право», с которого и должно начинаться изучение конституционно-правовой науки.

## **Учебный курс «Конституционное право. Общая часть» в системе конституционно-правовых дисциплин**

### **О названии**

Выбор названия учебного курса предопределен двумя задачами. Во-первых, нужно обеспечить наибольшее соответствие его наименования содержанию преподаваемой дисциплины. Во-вторых, уже в названии следует отразить место этого курса в системе других конституционно-правовых дисциплин. В принципе назначение курса вполне отражает название: «Введение в конституционное право». Однако существуют некоторые опасения, связанные с принижением значения этой выделенной в отдельный курс начальной и вместе с тем заглавной дисциплины конституционно-правового цикла. Название «Теория конституционного права» выводит данную учебную дисциплину по ее содержательной насыщенности и сложности на уровень курса, завершающего изучение конституционного права и больше соответствующего дисциплинам специализации, преподаваемым студентам-старшекурсникам. Оно ориентирует на слишком высокий теоретический уровень, хотя, согласно учебному плану, изучается студентами-юристами на первом году обучения.

Исходя из методических задач, возможно, более подходящим было бы наименование «Энциклопедия конституционного права». Это вполне привлекательное название. Однако в случае его использования нужна оговорка о том, что данную дисциплину составляют не только догматические знания конспективного характера о конституционном праве различных государств и не сжатый обзор или краткое изложение множества изучаемых конституционно-правовых явлений<sup>2</sup>. Выделяемый курс настроен на обобщения теоретического и прикладного значения, уяснение понятий, выдвижение общей аргументации и выявление связей, что поднимает его над энциклопедией в обычном понимании этой дисциплины применительно к праву.

Название курса «Общее конституционное право» по своему нормативному смыслу весьма условно, но имеет ряд преимуществ. Оно подчеркивает объединяющий характер соответствующего учебного курса, позволяющего охватить все основные конституционно-правовые вопросы и составить о них целостное и системное представление. Это название раскрывает теоретический смысл, методологическую нагрузку и роль рассматриваемой учебной дисциплины. В нем более

---

<sup>2</sup> О различных подходах к энциклопедии права см.: *Фролова Е.А.* Соотношение энциклопедии, теории и философии права (теоретико-методологические основы) // Вестник Московского университета. Сер. 11 «Право». 2007. № 3. С. 31—43.

всего присутствует преемственная связь с существовавшим в конце XIX — начале XX в. разделением науки на общее и особенное государственное право, что отражалось на преподаваемых предметах. Данное название раскрывает теоретический смысл, методологическую нагрузку и методическую роль рассматриваемой учебной дисциплины. Оно, даже учитывая всю условность обозначающего его термина, достаточно удобно в употреблении.

И все-таки выбор был остановлен на названии дисциплины «Конституционное право. Общая часть», используемом в качестве официального наименования курса в учебном плане юридического факультета МГУ и отраженном в названии программы. Оно оказалось наиболее приемлемым со всех точек зрения — содержательной и формальной, теоретической и методической. Лишь некоторая его громоздкость вынуждает прибегать к термину «общее конституционное право», который принимается как тождественный официальному наименованию рассматриваемой дисциплины.

### Об исторических корнях

Исторический аспект, который можно использовать как аргумент в пользу курса «Конституционное право. Общая часть», связан с зарождением самой идеи общего конституционного (государственного) права и ее эволюцией<sup>3</sup>. Аспект преемственности в развитии этой идеи, безусловно, присутствует. Имея первоначально философский уклон, в частности, естественно-правовую направленность, названная идея концентрируется вокруг идеалов человечества — справедливого демократического государства, обеспечивающего социальный прогресс. Опережая положительное право, такие идеалы «зависают» на теоретическом уровне, а пропагандирующая их наука остается лишь высокой абстракцией. В дальнейшем в ходе становления конституционного строя в демократических государствах идеалы находят воплощение в праве и практике таких государств. Общее конституционное право сближается с положительным конституционным правом, становится интегральной его частью, играет роль теории этой отрасли права.

В структуре науки государственного права выделял общее государственное право И.К. Блюнчли, книга которого была переведена на русский язык и использовалась в преподавании<sup>4</sup>. М.М. Ковалевский читал лекции по общему конституционному праву, правда, в основном сориентированные на зарубежные страны, являвшие ученому образцы демократического устройства. Необходимость курса общего государственного права обосновывал Ф.Ф. Кокошкин. Он считал, что так как «общие начала встречаются в государственном праве каждого народа, то их удобнее выделить в одну дисциплину, служащую общим введением к изучению конституционного права современных культурных народов»<sup>5</sup>.

### Теоретическое обоснование

Введение курса общего конституционного права имеет важное значение для углубленного познания предмета науки конституционного права и связано с пони-

<sup>3</sup> См. об этом: *Гессен В.М.* Очерки истории науки государственного права // Известия Санкт-Петербургского Политехнического института. СПб., 1911. Т. 16. С. 181—218.

<sup>4</sup> См.: *Блюнчли И.К.* Общее государственное право. М., 1825.

<sup>5</sup> *Кокошкин Ф.Ф.* Лекции по общему государственному праву. Изд. 2-е. М., 1912. С. 163.

манием соответствующей науки как единой, целостной системы конституционно-правового знания, структурные части которой имеют общий объект познания — позитивное конституционное право конкретного государства (прежде всего России) или группы государств (выделенных по тому или иному признаку) — и общий предмет — понятие конституционного права, на раскрытие которого направлена мысль в процессе познания конституционно-правовой действительности. Уровень обобщения материала об изучаемых объектах и характер нормативной ориентации знания определяют структурирование науки и преподаваемых дисциплин на общее и особенное конституционное право как части единого целого. Общее конституционное право выявляет то схожее в конституционно-правовой теории и практике различных стран, что позволяет подняться над национальными правовыми системами и создать общую теорию конституционного права современного государства.

Особенное конституционное право привязано к национальному конституционному праву, которое в данном курсе изучается с позиции общей теории и в связи с особенностями конституционно-правовой практики конкретного государства. В этой части конституционное право в качестве относительно самостоятельных научных дисциплин и учебных курсов включает: 1) конституционное право России и 2) конституционное право зарубежных стран, изучающее основы соответствующей отрасли права отдельных государств, их союзов (конституционное право Европейского союза) или иного рода соединений государств, осуществляемых по различным критериям научной классификации для решения познавательных либо методических задач (конституционное право социалистических, постсоциалистических государств, государств Латинской Америки, другого континента или региона Земли).

Соотношение общего и особенного конституционного права характеризуется взаимопроникновением и взаимодополнением структурных частей единой науки конституционного права. Результат, к которому стремится общее конституционное право, — это теоретическое объяснение единства и многообразия в конституционно-правовых нормах и практике, включающее их оценку с позиции общечеловеческих ценностей и с учетом соответствия конкретным историческим условиям развития того или иного государства. Выявить общее возможно, лишь изучив и оценив особенное; особенное познается с позиций общего. В этом состоит неразрывная связь и взаимопроникновение обеих частей науки конституционного права, что отражается на содержании преподаваемых курсов.

**Нормативное обоснование** выделения общей части конституционного права связано с тенденцией, заключающейся в сближении содержания многих конституционно-правовых принципов, норм, институтов, нормативных характеристик субъектов конституционно-правовых отношений, конституционно-правовой практики различных государств. Современные процессы глобализации определяют и стимулируют эту тенденцию. Общечеловеческие ценности, получившие правовое оформление в общепризнанных принципах и нормах международного права, выступают либо как ориентиры для национального права, либо провозглашаются составной частью национальной правовой системы, нередко имеющей приоритетное положение. Все это свидетельствует об интернационализации конституционного права, определяющей создание его общей теории.

Весомый аргумент в пользу изложенного — формирование «общего права» как продукта интеграции. Пример этому — уже сформировавшееся конституционное право Европейского союза. Можно было бы говорить и об общем конституционном праве в случае реальных шагов к правовому сближению в конституционно-правовой сфере Российской Федерации и Республики Беларусь, стран СНГ. Одна-

ко политика слишком нетороплива, а правовая практика слишком скудна, чтобы засвидетельствовать какое-либо серьезное сближение в названных формах интеграции государств.

**Методологическое значение** общего конституционного права сводится к анализу и оценкам мировоззренческих подходов, предопределивших конкретные формы и содержание конституционно-правового регулирования, последствия реализации норм и институтов конституционного права. Названная функция способствует выделению методологических блоков конституционно-правового знания (логическое и историческое, юридическое и политическое, теоретическое и эмпирическое) и объяснению возможного и необходимого соотношения между ними. Важно иметь четкий нормативный ориентир, удерживающий преподавание общего конституционного права в правовой сфере изучаемой отрасли права конкретной страны или некоего множества государств. Знакомя студентов с основными теориями конституционного права, следует сосредоточиться на конституционно-правовых характеристиках изучаемых явлений и процессов, дабы юридическое начало играло главенствующую роль в освоении материала, а политические оценки и анализ отодвигались на второй план.

Конечно, обращение к политическому объяснению конституционно-правовых моделей и форм их реального воплощения неизбежно. Это связано с заложенной в общем конституционном праве рациональности, которая проявляется в его предназначении дать ответы на вопросы о том, какие решения в конституционно-правовом регулировании и практике реализации конституционных норм возможны и какие наиболее целесообразны. Общее конституционное право в определенной мере остается «юридической проекцией политических идеалов», «вспомогательным источником для рационального восполнения пробелов положительного права»<sup>6</sup>. В нем более всего по сравнению с другими дисциплинами конституционного права обсуждаются «правовые идеалы»<sup>7</sup>.

**Методическая роль** общего конституционного права заключается в преподавании основ и наиболее важных начал конституционно-правового знания, что позволяет сформировать отправную и принципиальную базу для расширения, углубления и конкретизации познания предмета конституционного права в процессе изучения других конституционно-правовых дисциплин. Включение общего конституционного права в цикл конституционно-правовых дисциплин позволяет успешно решать задачу рационализации учебного процесса за счет сведения к минимуму дублирования преподаваемого материала. Если преподаваемые разрозненно курсы российского конституционного права и конституционного права зарубежных государств не объединяются общей теорией, то каждый из них должен включать теоретический блок, предшествующий изложению нормативного материала, своего рода теоретическое вступление либо общую часть, соединяющие теоретические представления об основных институтах и проблемах конституционного права современного государства, получающие конкретное нормативное наполнение в современной части курса. В таком теоретическом блоке, в какой бы форме он ни преподносился, дается общая характеристика отрасли и изучающей ее науки, излагаются основные понятия и иные теоретические построения науки конституционного права. Его присутствие в каждом из названных курсов влечет неизбежное повторение материала, приобретающее негативные черты дублирования и влекущее нерациональное расходование учебного времени.

<sup>6</sup> Тарановский Ф. В. Юридический метод в государственной науке. Очерки развития его в Германии. Историко-методологическое исследование. Варшава, 1904. С. 329.

<sup>7</sup> Гессен В. М. Возрождение естественного права. СПб., 1902. С. 28.

В целях рационального использования учебного времени и сокращения повторов (не напоминаний, а именно повторов) в рамках общего конституционного права важно показать, что возможны различные модели, формы, варианты конституционно-правового регулирования и объяснить причины такого многообразия. Тип социальной системы, вид правовой системы, характер политического режима, политические и правовые традиции, различные иные объективные и субъективные факторы порождают такое многообразие. Вместе с тем появление все большего числа факторов, сближающих конституционно-правовое регулирование, приводит к совпадению его моделей. Однако различие форм и вариантов дает специфику, рассказать о которой уместно в связи с характеристикой конституционного права отдельных государств.

### Основные задачи

Приведенные обоснования в пользу включения в цикл конституционно-правовых дисциплин курса «Конституционное право. Общая часть» можно обобщить, сформулировав его основные задачи, решать которые следует в ходе преподавания данного курса. К ним относятся следующие: 1) показать место конституционного права в системе национального права, его роль в правовом регулировании общественных отношений и значение для социальной практики; 2) изучить понятия и категории науки конституционного права в их системе, познакомиться с основными конституционно-правовыми теориями; 3) овладеть методикой правового анализа норм и институтов конституционного права, оценки практики их реализации в деятельности государственных и общественных институтов; 4) уяснить влияние факторов политического, экономического, культурного и нравственного характера на конституционно-правовые нормы и практику; 5) в многообразии вариантов конституционно-правового регулирования выделить наиболее целесообразную (рациональную) модель, сориентированную на общечеловеческие ценности, и выяснить возможности ее применения в тех или иных конкретно-исторических условиях.

### Уровни преподавания конституционно-правовых дисциплин

Общее конституционное право начинает цикл конституционно-правовых учебных дисциплин, составляя его первый уровень. Такая последовательность в преподавании связана с задачей данного предмета — заложить основы конституционно-правового знания. В дальнейшем, опираясь на этот теоретический фундамент, преподаются российское конституционное право и конституционное право зарубежных государств.

Следующий уровень преподавания конституционного права — курс российского конституционного права. Это наиболее важная в практическом плане часть системы конституционно-правовых дисциплин. Ввиду своего обширного нормативного наполнения и дальнейшего интенсивного приращения конституционно-правовых норм, курс российского конституционного права должен оставаться в значительной степени юридическим. Конечно, в нем присутствуют как историческое знание, помогающее осмыслить эволюцию конституционного права, так и социологическое (политологическое) начало, объясняющее появление и действие конституционно-правовых институтов.

Имея в виду, что теоретическое знание в его основах уже получено студентами в курсе общего конституционного права, в ходе преподавания российского конституционного права есть смысл и возможность сосредоточиться на всестороннем подробном изучении действующего права и вопросов юридической техники с помощью прежде всего формально-юридического метода. Важно акцентировать внимание на проблемах реализации конституционно-правовых норм, практике деятельности государственных органов и общественных структур, статус которых определяется конституционно-правовыми установлениями, используя при этом в том числе и метод политического анализа. В процессе изучения российского конституционного права юридическое начало существенно пополняется элементами практической политики, а статический элемент соединяется с динамическим. Прикладная направленность курса российского конституционного права предопределяет необходимость использования наряду с традиционными формами преподавания различных имитационных игр. Это могут быть занятия, проводимые по правилам парламентских слушаний, воспроизводящие в семинаре те или иные стадии законодательного процесса, начиная с разработки законопроекта, проигрывающие рассмотрение дела в заседании Конституционного Суда РФ и т.п.

Курс конституционного права зарубежных стран — следующий уровень в преподавании конституционного права. Выделение общего конституционного права освобождает названный курс от чтения лекций и проведения занятий по темам, посвященным конституционно-правовым институтам, и позволяет сосредоточиться на конституционном праве конкретных государств. Важно по возможности расширить географию рассматриваемых конституционно-правовых систем, активнее использовать сравнительно-правовой метод исследования. Разумеется, страны СНГ должны стать объектом изучения анализируемой дисциплины. Больше внимания следует уделять государствам мусульманского мира, странам Латинской Америки. Особый пласт конституционно-правового знания в рамках курса конституционного права зарубежных государств могут составить исследования институтов и права межгосударственных объединений (Европейского союза, СНГ, Союзного государства Беларуси и России). Устройство таких объединений, организация особого рода «надгосударственной» власти и содержание «надгосударственного» права, закрепляющего в том числе статус гражданина и человека, — все это материя конституционно-правовая, предполагающая преподавание и усвоение.

Завершающим уровнем преподавания конституционно-правовых дисциплин являются специальные курсы. Преследуя различные гносеологические и методические задачи, они либо выделяют те или иные проблемные направления конституционного права (российский парламентаризм, современный федерализм), либо посвящены отдельным конституционно-правовым подотраслям, институтам и статусам (парламентское право, институт президентства, конституционный статус человека и гражданина в Российской Федерации), либо имеют сугубо практическую направленность (избирательный процесс, правовое регулирование и реализация форм непосредственной демократии, разрешение споров, возникающих из конституционно-правовых отношений).

В качестве итоговой дисциплины, обеспечивающей углубленную теоретическую подготовку юриста по конституционно-правовой специализации, мог бы стать спецкурс «Теория и практика конституционализма», построенный на соединении теоретического и догматического конституционно-правового знания и имеющий основной задачей осмысление конституционного права в аспекте его предопределенности и предназначения вообще, и в конкретно-исторических условиях в частности. Следуя за мыслью В.И. Крусса, можно говорить о теоре-

тическом конституционализме как о феномене, вбирающем философию права в приложение к науке конституционного права. Доказательством тому, по мнению В.И. Крусса, служит «их континуитет и универсализация методологий», выход на «правовой идеал», проецируемый на общественно-политическое устройство и правовое мышление, и, наконец, первичность человеческого фактора<sup>8</sup>. Что касается практического конституционализма, то варианты присутствия соответствующего материала в предлагаемом спецкурсе могут быть самые разнообразные: от иллюстраций конституционно-правового закрепления институтов демократического правового государства и обращения к практике их реализации до критических оценок таких институтов и предложений по пересмотру или совершенствованию правовых механизмов.

Чтобы не только теоретическая, но и догматическая (нормативно-практическая) сторона системы науки конституционного права нашла итоговое методическое завершение, уместны спецкурсы «Техника конституционно-правового нормотворчества» и «Практика правоприменения в сфере конституционно-правовых отношений». Прикладное назначение этих курсов, реализуемое через разнообразие форм обучения (составление, обсуждение и оценка законопроектов, проигрывание роли участника процедуры или процесса, включение в правоприменительную и право-защитную деятельность и т.п.), основывается на теоретическом знании, дополняет, подтверждает или корректирует его. Таким образом взаимодополняются теоретический и эмпирический блоки конституционно-правового знания, обеспечивая целостность системы науки конституционного права.

### **Размежевание учебных дисциплин и поиск наиболее целесообразной модели преподавания конституционного права**

Наиболее сложно решается проблема практического размежевания общего конституционного права и других правовых дисциплин. Этот вопрос, относящийся к методике преподавания, влечет необходимость разведения общего конституционного права, прежде всего с общей теорией государства и права, а также разделения сферы и аспектов изучения материала этого курса с другими конституционно-правовыми дисциплинами.

Что касается соотношения теории государства и права и общего конституционного права, то их размежевание изначально строится на разных подходах к изучению государства, которое входит в предмет той и другой дисциплины. Теория государства выявляет и исследует функциональные, сущностные характеристики государства, создавая учение о государстве. Общее конституционное право, как и в целом наука конституционного права, изучает институциональные стороны государства, получающие конституционно-правовое закрепление. Здесь на первый план выдвигаются статусные характеристики субъектов конституционно-правовых отношений, и в том числе государства. Цель и результат, на достижение которых направлено общее конституционное право, — построение и изучение теории конституционного права.

Относительно последовательности преподавания рассматриваемых курсов можно без сомнения утверждать, что конституционное право и его начальный курс — общее конституционное право — целесообразно расположить в учебном плане после теории государства и права.

---

<sup>8</sup> См.: *Крусс В.* Конституционализм и философия права: к постановке проблемы // *Право и жизнь.* 1998. № 15. С. 14—15.



В соотношении общего конституционного права и истории государства и права соприкосновения естественны. Свои теоретические обобщения и выводы (например, в учении о конституции, теориях парламентаризма, федерализма) общее конституционное право основывает на историческом материале. Однако история присутствует в конституционно-правовом знании как метод, а не как основная цель познания.

О размежевании общего конституционного права и других конституционно-правовых дисциплин практически все уже сказано в ходе размышлений о последовательности их преподавания и роли общей части. Общее конституционное право служит общим началом, теоретической предпосылкой, играет роль объединяющей дисциплины и систематизирующего знания. В преподавании российского конституционного права основной упор делается на нормативную сторону изучаемого предмета и практическую политику, связанную с реализацией конституционно-правовых норм. Конституционное право зарубежных государств при такой системе преподавания должно читаться по странам, а не по институтам. Важно определиться в круге государств, представляющих интерес для изучения, расширить географию познания, выработать критерии для классификации стран, шире и в различных аспектах применять сравнительно-правовой метод, проработать методику оценочных характеристик конкретных норм и институтов конституционного права отдельных государств.

Конечно, нельзя отрицать и другие варианты построения системы учебных курсов по конституционному праву<sup>9</sup>. Но в любом случае придется решать проблему выделения общих теоретических и методологических вопросов, возникающих при преподавании и изучении каждой из дисциплин конституционного права, чтобы не упустить важный пласт теории и избежать ненужного дублирования.

Общие вопросы возможно выделить в российском конституционном праве. Но не приведет ли это к снижению внимания к реально действующему праву и проблемам его реализации? Да и общетеоретическая часть, соединенная структурно с российским конституционным правом, будет ориентирована только на российские институты. Вместе с тем она должна обслуживать и другую дисциплину — конституционное право зарубежных стран.

Может ли преподаваемое по институтам конституционное право зарубежных стран играть роль общей теории конституционного права? Нечто подобное было возможно в начале XX в., когда Россия, серьезно отставая от других государств в своем конституционном развитии, пыталась воспринять институты западной демократии. По этому поводу Б.А. Кистяковский писал: «Конституционные формы и новые государственные учреждения еще не настолько долго у нас существуют, чтобы доставить материал для их оценки»<sup>10</sup>.

Сегодня другое время и другая ситуация и в России, и в мире. Но существенно иное: общая часть конституционного права зарубежных стран включает теоретические конструкции, не учитывающие российский конституционно-правовой опыт. Поэтому не приходится говорить о формировании общей части для всех дисциплин конституционного права на базе конституционного права зарубежных стран. Да и последовательность преподавания тогда пришлось бы изменить, начиная его

<sup>9</sup> Один из них см.: *Овсепян Ж.И.* К обсуждению новой концепции преподавания российского конституционного (государственного) права // Государство и право. 1996. № 10. С. 80—87.

<sup>10</sup> *Кистяковский Б.А.* Государственное право (общее и русское). Лекции, прочитанные в Московском коммерческом институте в 1908/9 акад. году. М., 1909. С. 44.

с курса конституционного права зарубежных стран. Вряд ли такое решение приемлемо, хотя бы уже в силу его непатриотичности.

## **Общая часть конституционного права: поддержка идеи и ее обеспечение учебной литературой**

В поддержку общего конституционного права выступал Л.Д. Воеводин. В одной из последних своих статей, используя результаты обобщенного опыта чтения лекций и проведения семинарских занятий на юридическом факультете МГУ, он предложил теоретическое обоснование данного курса. Основная мысль такого обоснования заключалась в необходимости «синтезирования того общего, что характерно для нынешних наиболее развитых государств, но при этом не упуская из виду и другие группы государств»<sup>11</sup>, и выведения понятия «современное государство», статус которого и должен рассматриваться в курсе общего конституционного права. Л.Д. Воеводин считал, что для развития познавательных способностей студентов выработанные мировой конституционной практикой «стандарты способны служить своеобразным определителем того, что современно, что архаично, а что реакционно и пр.»<sup>12</sup>. Подчеркивал он и такое предназначение курса общего конституционного права, как обстоятельный анализ и раскрытие содержания основных понятий изучаемого предмета. Выполняя эту задачу, курс возьмет на себя функции своеобразного «энциклопедического словаря»<sup>13</sup>.

Идею выделения общей части конституционного права уже давно отстаивает профессор Б.А. Страшун, поддерживая сложившуюся на юридическом факультете МГУ систему преподавания конституционно-правовых дисциплин. По его мнению «логичнее, чтобы студенты изучили сначала теорию конституционного права, а затем конкретику — конституционное право России и других стран»<sup>14</sup>. Однако определенная сложность воплощения этой идеи в преподавании состоит в административных преградах, заключающихся в разделении кафедр, ведущих преподавание дисциплин конституционно-правового цикла — конституционного права России и конституционного права зарубежных стран. В качестве выхода, позволяющего реализовать идею выделения общей части конституционного права, Б.А. Страшун предлагает читать курс по общей части конституционного права зарубежных стран перед изучением российского конституционного права, поскольку материал этого курса «по сути дела представляет собой общую теорию конституционного права» и ориентирован в том числе и на Россию. Российское же конституционное право «есть по существу крупнейший раздел особенной части курса»<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Воеводин Л.Д. Статус современного государства как предмет общего конституционного права // Российский юридический журнал. 1997. № 4. С. 83.

<sup>12</sup> Там же. С. 92.

<sup>13</sup> Там же.

<sup>14</sup> Конституционное (государственное) право зарубежных стран: в 4 т. Т. 1—2. Часть общая: учебник / отв. ред. Б.А. Страшун. 3-е изд., обновл. и дораб. М., 1999. С. 40; Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть: учебник для вузов / рук. авт. колл. и отв. ред. Б.А. Страшун. 4-е изд., обновл. и дораб. М., 2005. С. 67.

<sup>15</sup> Страшун Б.А. О преподавании конституционного права зарубежных стран // Проблемы преподавания конституционного и муниципального права. С. 34.

Коллективом авторов под руководством Б.А. Страшуна подготовлен учебник, общая часть которого выдержала уже четыре издания<sup>16</sup>. Во многом он может обеспечить курс общего конституционного права. Соответствует задаче преподавания данного курса и учебник В.В. Маклакова «Конституционное право зарубежных стран. Общая часть»<sup>17</sup>. Однако эти учебники не имеют своим специальным предназначением обслуживание названного курса. Об этом свидетельствует их название. Они посвящены конституционному праву зарубежных стран, в них недостаточно российской конституционно-правовой материи, слишком много фактологического материала по конкретным иностранным государствам, в котором теряется общая теория конституционного права. Кроме того, рассматриваемые учебники своей фундаментальностью приближаются к жанру курса по соответствующей учебной дисциплине и поэтому довольно сложны для использования в полной мере и всеми студентами 1-го курса, изучающими общее конституционное право. Вместе с тем следует отметить, что на юридическом факультете МГУ и тот, и другой учебник рекомендуется преподавателями и активно используется студентами.

Более простым и полезным для целей общей части конституционного права является учебное пособие В.Е. Чиркина «Основы конституционного права»<sup>18</sup>. Оно выполняет роль введения в конституционное право, что очень важно. Но это пособие не претендует на роль учебника по рассматриваемой дисциплине, основной задачей которой является преподнесение общей теории конституционного права, и не переиздавалось с 1996 г., став библиографической редкостью, практически недоступной студентам.

Удобным для изучения общей части конституционного права стало учебное пособие «Сравнительное конституционное право», изданное в 2002 г. под редакцией В.Е. Чиркина<sup>19</sup>. Примененный в названном учебном пособии как приоритетный сравнительный метод дал для общего конституционного права очень полезный результат. Анализ конституционно-правового опыта широкого круга государств, включая не только традиционно изучаемые страны Европы, Азии, Америки, но и государства Африки, Океании, постсоциалистический мир, в том числе Россию, предоставил богатейший материал для характеристик основных институтов современного конституционного права и теоретических обобщений.

Поиск путей совершенствования преподавания конституционного права, рационального построения структуры учебного курса и его методического обеспечения привел в свое время авторов учебника «Конституционное право», (подготовленного сначала под редакцией А.Е. Козлова<sup>20</sup>, а затем В.В. Лазарева<sup>21</sup>), к весьма оригинальному, хотя и небесспорному, решению. В одном учебнике, а значит, и в одном учебном курсе предложено «рассмотреть общие для конституционного права современных развитых государств понятия и институты». При этом «особенно-

<sup>16</sup> См.: Конституционное (государственное) право зарубежных стран. Общая часть: учебник для вузов / рук. авт. колл. и отв. ред. Б.А. Страшун. 4-е изд., обновл. и дораб.

<sup>17</sup> Маклаков В.В. Конституционное право зарубежных стран. Общая часть. М., 2006.

<sup>18</sup> Чиркин В.Е. Основы конституционного права: учеб. пособие. М., 1996.

<sup>19</sup> См.: Сравнительное конституционное право: учеб. пособие / отв. ред В.Е. Чиркин. М., 2002 (первое издание этой работы выходило в 1996 г.).

<sup>20</sup> См.: Конституционное право: учебник / под ред. А.Е. Козлова. М., 1996.

<sup>21</sup> См.: Конституционное право: учебник / отв. ред. В.В. Лазарев. М., 1999.

сти конституционного развития России излагаются применительно к каждой теме, как правило, в специальном разделе»<sup>22</sup>.

Достоинство такого построения курса и учебного материала состоит прежде всего в проведении идеи целостности науки конституционного права. Это достигается путем выявления «наиболее перспективных правовых систем с учетом исторических особенностей становления и современного состояния этих систем применительно к жизни разных народов, равно как и с учетом неизбежного сближения людей одного и нескольких континентов»<sup>23</sup>. В результате авторы попытались скомпоновать и преподнести блок общетеоретического знания по конституционному праву. Но компаративистский подход как превалирующий не позволил им выйти на уровень, достаточный для теории конституционного права.

С методической точки зрения воплощенная в учебнике концепция страдает серьезными погрешностями. Российское конституционное право стало вкраплением, фрагментом в общей конституционно-правовой материи, утратив свою структурную самостоятельность. Оно выступает, по сути, как пример (хотя и частый пример) конституционно-правового регулирования, а также представлено через особенности и проблемы норм и институтов конституционного права и практики их реализации. В результате российское конституционное право в его федеральной и особенно в региональной составляющих не стало предметом достаточно подробного и системного изучения, его центральным узлом и наиболее значимым направлением. От этого страдает прикладная функция преподаваемой науки и практическая подготовка юристов.

Много полезного для преподавания и изучения общего конституционного права содержит учебник Андреевой Г.Н. «Конституционное право зарубежных стран»<sup>24</sup>. По сути он, являясь общей частью обозначенного в его названии курса, включает богатый и интересный по содержанию, форме и методике преподавания материал, который с успехом может использоваться в курсе «Конституционное право. Общая часть».

Подготовленное и используемое на юридическом факультете МГУ неоднократно издаваемое учебное пособие «Конституционное право. Общая часть», состоящее из методических материалов<sup>25</sup>, хорошо зарекомендовало себя в качестве вспомогательного пособия при подготовке к лекциям и семинарам по общему конституционному праву. Однако оно не может выполнять функцию учебника.

Таким образом, вопрос об учебнике по общему конституционному праву остается открытым.

Не располагает к перестройке преподавания конституционного права и образовательный стандарт, в котором названы лишь две дисциплины конституционного права: российское конституционное право и конституционное право зарубежных государств. Стимулировать преподавание общей части конституционного права могла бы включенная в названный документ оговорка о том, что в рамках названных учебных дисциплин с учетом возможностей конкретного вуза допускается выделение общей части конституционного права.

<sup>22</sup> Конституционное право: учебник / отв. ред. В.В. Лазарев. С. 10.

<sup>23</sup> Там же. С. 10—11.

<sup>24</sup> Андреева Г.Н. Конституционное право зарубежных государств: учебник. М., 2005.

<sup>25</sup> Конституционное право. Общая часть: учеб. пособие в 2 ч. // авт. и сост. Н.А. Богданова. 2-е изд., испр. и доп. М., 1996; Богданова Н.А. Конституционное право. Общая часть: учеб.-метод. пособие для лекций и семинарских занятий. М., 2005; Она же. Конституционное право. Общая часть. Тезисы лекций и задания к семинарским занятиям. М., 2007; Она же. Конституционное право. Общая часть: Программа, тезисы лекций и задания к семинарским занятиям. М., 2009.

## **Вместо заключения, или в чем видится фундаментальность в преподавании конституционного права**

В ходе преподавания конституционного права усилия преподавателей должны быть направлены на развитие у студентов конституционно-правового мышления и воспитание у них конституционно-правовой культуры. В этом заключается основная цель и ответственность обучающихся и преподавателей, включенных в учебный процесс. Общественно-политическая значимость конституционно-правовых дисциплин и их роль в юридическом образовании связаны с рядом важных задач, решаемых в ходе преподавания конституционного права. В обобщенном виде такие задачи сводятся к усвоению идеи конституционализма как способа организации и осуществления публичной власти, обеспечивающего верховенство права, свободу и достойную жизнь человеку.

**Д.Л. Кузнецов**

*Доцент кафедры  
трудового права  
факультета права  
Государственного  
университета —  
Высшей школы  
экономики,  
директор аудиторско-  
консультационной  
фирмы «Аудит-  
Стандарт»*

## Особенности правового статуса декана факультета и заведующего кафедрой в высшем учебном заведении

Правовой статус деканов факультетов и заведующих кафедрами учреждений высшего профессионального образования имеет исключительно важное значение в построении эффективной работы вуза. При этом после проведенных реформ в отраслях трудового и образовательного законодательства новые особенности их правового статуса до конца не осмыслены и вызывают значительные сложности в правоприменительной деятельности.

Деканы факультетов и заведующие кафедрами вузов традиционно относятся к научно-педагогическим работникам (профессорско-преподавательскому составу) (п. 86 Типового положения об образовательном учреждении высшего профессионального образования (высшем учебном заведении), утв. Постановлением Правительства РФ от 14 февраля 2008 г. № 71<sup>1</sup> (далее — Типовое положение)). Особенности их правового статуса определяются также рядом специальных норм, предусмотренных в нормативно-правовых актах различной правовой силы.

В ч. 5 ст. 332 Трудового кодекса РФ предусмотрена норма, в соответствии с которой в отличие от других научно-педагогических работников не проводится конкурс на замещение должностей декана факультета и заведующего кафедрой. Это связано с тем, что должности декана и заведующего кафедрой являются выборными, и порядок проведения выборов на указанные должности должен быть установлен уставами высших учебных заведений (ч. 11 ст. 332 ТК РФ). Устав высшего учебного заведения и изменения к нему принимаются общим собранием (конференцией) научно-педагогических работников, представителей других категорий работников и обучающихся. Принятый устав (изменения к уставу) утверждаются учредителем вуза (п. 55 Типового положения).

Здесь возникает еще одна проблема. Может ли вуз предусмотреть порядок избрания деканов и заведующих кафедрами на определенный срок? Представляется, что на данный вопрос необходимо дать отрицательный ответ. Действительно, в ч. 2 ст. 59 ТК РФ закреплена возможность заключения срочного трудового договора по соглашению сторон в случаях, предусмотренных Трудовым кодексом. Однако для выборных должностей декана и заведующего кафедрой в действующем законодательстве подобных специальных норм не предусмотрено, соответственно трудовой договор с ними всегда носит бессрочный характер.

<sup>1</sup> СЗ РФ. 2008. № 8. Ст. 731.

При закреплении в уставе порядка избрания деканов факультетов и заведующих кафедрами вузу необходимо руководствоваться п. 65—66 Типового положения, где предусмотрены обязательные требования к данным должностям. Так, факультет должен возглавляться деканом, избираемым ученым советом высшего учебного заведения или ученым советом структурного подразделения, путем тайного голосования из числа наиболее квалифицированных и авторитетных работников вуза, имеющих ученую степень или звание. Выбранное лицо должно быть утверждено в должности приказом ректора.

В уставе вуза необходимо закрепить один из двух порядков избрания: ученым советом вуза или ученым советом факультета. При этом по процедуре выборов возникает целый ряд вопросов, которые на сегодня не имеют однозначного правового решения.

**1. Обязательно ли включение в устав требований, предусмотренных Типовым положением?** Представляется, что это необходимо, так как данное Типовое положение — это нормативный правовой акт прямого действия, имеющий императивный характер. Вузы, которые закрепили порядок избрания без учета соответствующих норм, должны изменить свои уставы.

**2. Обязательно ли для занятия должности декана наличие ученой степени или звания?** С момента вступления в силу Типового положения наличие для декана факультета ученой степени или звания является обязательным квалификационным требованием. Если должность занимает лицо, принятое на работу до момента вступления в силу данного документа и не имеющее ученого звания или степени (подобная практика в последние годы получила крайне широкое распространение), то трудовой договор с таким работником должен быть расторгнут. Одновременно в действующем трудовом законодательстве отсутствует такое основание увольнения, как «несоответствие обязательным квалификационным требованиям, предусмотренным действующим законодательством, иными нормативными актами». Для работодателя единственной возможностью уволить декана, не имеющего ученой степени или звания, является применение п. 3 ч. 1 ст. 81 ТК РФ, которая позволяет расторгнуть трудовой договор в связи с несоответствием работника занимаемой должности вследствие недостаточной квалификации, подтвержденной результатами аттестации. Однако положение о порядке проведения аттестации работников, занимающих должности научно-педагогических работников, должно утверждаться в порядке, устанавливаемом уполномоченным Правительством РФ федеральным органом исполнительной власти. На сегодняшний день порядок аттестации деканов факультетов и заведующих кафедрами нигде не предусмотрен, и увольнение данных работников по п. 3 ч. 1 ст. 81 ТК РФ невозможно.

Если лицо, не имеющее ученой степени или звания, было принято на должность декана уже после вступления в силу Типового положения (т.е. начиная с 14 февраля 2008 г.), то данное лицо теоретически может быть уволено по этому же основанию (п. 3 ч. 1 ст. 77 ТК РФ), а работодатель — оштрафован за нарушение законодательства о труде (ст. 5.27 КоАП РФ). Работодатель в данном случае не сможет применить и п. 11 ч. 1 ст. 77 ТК РФ («нарушение установленных Трудовым кодексом или иным федеральным законом правил заключения трудового договора, если это исключает возможность продолжения данной работы»), так как требование о наличии ученой степени или звания предусмотрено нормативным правовым актом меньшей юридической силы, чем федеральный закон, не связано с понятием «образовательный ценз» (ч. 1 ст. 331 ТК РФ) или требованием наличия документа об образовании (ч. 1 ст. 84 ТК РФ).

Таким образом, налицо пробел в законодательстве, не позволяющий законными методами уволить декана, не имеющего ученой степени или ученого звания.

**3. Может ли стать деканом лицо, не являющееся работником конкретного вуза?** Исходя из прямого толкования требования об избрании декана «из числа наиболее квалифицированных и авторитетных работников высшего учебного заведения», следует сделать вывод, что деканом может быть избран только работник соответствующего вуза, с которым уже заключен трудовой договор по определенной трудовой функции. Необходимо отметить, что должность сотрудника, выдвигаемого на избрание деканом, не обязательно должна относиться к числу научно-педагогических работников. Занять должность декана можно только в порядке внутреннего постоянного перевода.

**4. Утверждение декана в должности приказом ректора является формальной процедурой или у ректора есть право не утвердить избранное лицо?** На основании п. 65 Типового положения, в котором закреплена норма о необходимости утверждения выбранного декана приказом ректора, можно предположить, что у ректора есть как возможность утвердить выбранного в соответствии с имеющейся в уставе процедурой декана, так и возможность не утверждать данного работника в должности.

Такое предположение представляется ошибочным, поскольку специальной нормой, предусмотренной в акте большей юридической силы, заложен исключительно выборный характер должности декана (ч. 13 ст. 332 ТК РФ); трудовые отношения возникают в результате избрания на должность (ст. 17 ТК РФ). После избрания декана в соответствии с процедурой, предусмотренной в уставе, у ректора возникает обязанность заключить соглашение об изменении условий трудового договора о постоянном внутреннем переводе работника на должность декана, издать приказ о переводе по форме Т-5 и внести соответствующую запись в трудовую книжку.

Заведующий кафедрой также избирается ученым советом высшего учебного заведения или ученым советом структурного подразделения, путем тайного голосования, из числа наиболее квалифицированных и авторитетных работников высшего учебного заведения, **как правило**, имеющих ученую степень или звание, и утверждается в должности приказом ректора. В данном случае нет жестких квалификационных требований и наличие ученой степени или звания носит рекомендательный характер. Интересно, что в Типовом положении ничего не говорится о роли кафедры в избрании заведующего. Там отсутствуют и рекомендации о необходимости избрания заведующего кафедрой исключительно из состава научно-педагогических работников кафедры. Вопрос об участии кафедры в выборах должен решаться в уставе вуза.

В остальном особенности правового статуса заведующего кафедрой совпадают со спецификой правового регулирования трудовых отношений с деканом факультета.

При определении правового статуса декана факультета и заведующего кафедрой возникает серьезная проблема: **должны ли в штатном расписании вуза отдельно предусматриваться в качестве самостоятельных должностей должности деканов и заведующих кафедрами?** Трудовое законодательство дает на этот вопрос однозначный ответ: декан факультета и заведующий кафедрой — это самостоятельные должности (ч. 5, 13 ст. 332 ТК РФ). Трудовые отношения с данными категориями работников возникают на основании трудового договора (соглашения об изменении условий трудового договора о постоянном внутреннем переводе) в результате избрания на долж-



ность (ст. 17 ТК РФ)<sup>2</sup>. Эта позиция подтверждается Приказом Минздравсоцразвития «Об утверждении профессиональных квалификационных групп работников высшего и дополнительного профессионального образования» от 5 мая 2008 г. № 217н<sup>3</sup>. В Приказе должность заведующего кафедрой отнесена к пятому квалификационному уровню, а должность декана — к высшему (шестому) квалификационному уровню работников. Должности ассистента, преподавателя, доцента, профессора распределены между первым и четвертым квалификационными уровнями. Таким образом, должности декана факультета и заведующего кафедрой в обязательном порядке должны быть самостоятельными штатными единицами.

Этого подхода придерживается сегодня не только теория, но и практика. Например, в приложении № 1 к «Примерному положению об оплате труда работников федеральных бюджетных учреждений высшего профессионального и дополнительного профессионального образования, подведомственных Министерству здравоохранения и социального развития Российской Федерации»<sup>4</sup> должности заведующего кафедрой и декана факультета являются самостоятельными единицами по пятому и шестому квалификационному уровням.

В данном нормативном акте заведующему кафедрой рекомендуется устанавливать повышающий коэффициент — от 3,7 до 5,3 к минимальному размеру оклада (5000 руб.) в зависимости от наличия ученой степени и (или) ученого звания (т.е. должностной оклад — 18 500—26 500 руб.). У декана факультета повышающий коэффициент зависит от среднегодовой численности обучающихся (в пределах 4,37—9,02) и в денежном выражении составляет 21 850—45 100 руб. Такой подход представляется необоснованным. Почему у работника пятого квалификационного уровня критерием установления повышающего коэффициента является наличие (отсутствие) соответствующего ученого звания и (или) степени, а у такого же научно-педагогического работника более высокого — шестого квалификационного уровня — заработная плата должна зависеть от численности обучающихся, независимо от наличия ученого звания и (или) степени? Вопросы вызывает и ситуация, когда в ряде случаев оплата труда по пятому квалификационному уровню (26 500 руб.) может быть выше, чем по шестому (21 850 руб.). При этом как должность заведующего кафедрой, так и должность декана, могут занимать работники, имеющие ученую степень доктора наук и ученое звание «профессор», т.е. одинаковый уровень квалификации. На каком основании разработчики соответствующего Приказа решили, что, например, работа декана факультета со среднегодовой численностью обучающихся до 500 человек, имеющего ученую степень доктора наук и ученое звание «профессор», должна оплачиваться на 4650 руб. ниже, чем работа заведующего кафедрой с таким же уровнем квалификации?

Очевидно, что подготовленные документы по реформе оплаты труда нуждаются в серьезной доработке.

<sup>2</sup> Подобную позицию разделяют многие ведущие российские ученые. См., напр.: Комментарий к Трудовому кодексу РФ // отв. ред. А.М. Куренной, С.П. Маврин, Е.Б. Хохлов. 2-е изд., доп. М., 2007. С. 614; Комментарий официальных органов к Трудовому кодексу РФ / отв. ред. А.Л. Сафонов. М., 2006. С. 1035.

<sup>3</sup> Российская газета. 2008. 28 мая. № 113.

<sup>4</sup> Утв. Приказом Минздравсоцразвития России «О введении новой системы оплаты труда работников федеральных бюджетных учреждений высшего профессионального и дополнительного профессионального образования, подведомственных Министерству здравоохранения и социального развития Российской Федерации» от 28 августа 2008 г. № 462н // Российская газета. 2008. 3 октября. № 208.

Также необходима отмена и пп. «д» п. 2 Постановления Министерства труда и социального развития РФ «Об особенностях работы по совместительству педагогических, медицинских, фармацевтических работников и работников культуры» от 30 июня 2003 г. № 41<sup>5</sup>. В этой норме предусмотрено, что не является совместительством и не требует заключения трудового договора заведование кафедрой и руководство факультетом с дополнительной оплатой по соглашению между работником и работодателем. Данное положение прямо противоречит ч. 5 и 13 ст. 332 ТК РФ, где законодатель говорит о должностях декана и заведующего кафедрой как о самостоятельной трудовой функции.

На вопрос о возможности внутреннего совместительства для декана факультета и заведующего кафедрой можно ответить положительно. При этом следует обратить особое внимание, что работа по совместительству на других научно-педагогических должностях (профессор, доцент, старший преподаватель, преподаватель, ассистент) возможна только после избрания по конкурсу на соответствующую должность (ч. 2 ст. 332 ТК РФ) на основании отдельного трудового договора о работе по совместительству.

Таким образом, необходимо не только продолжение нормотворческой деятельности по совершенствованию правовой базы, закрепляющей статус данной категории работников, но и скорейшее формирование вузами правоприменительной практики, соответствующей требованиям действующего законодательства.

---

<sup>5</sup> Российская газета. 2003. 16 августа. № 162.

## Конституционный механизм власти: роль в кризисных условиях

(материалы Круглого стола,  
состоявшегося 18 декабря 2009 г.  
в Высшей школе экономики)

**И.Ю. Богдановская:** Вышел в свет первый номер нового юридического журнала — «Право. Журнал Высшей школы экономики». Название журнала определяет те черты, которые отличают его от других периодических изданий. Очевидно, что он не может ограничиваться анализом исключительно правовых проблем, а должен отражать междисциплинарный подход к праву, что реально в стенах такого учебного заведения, как Государственный университет — Высшая школа экономики.

Круглый стол проводится в дни 15-летия Конституции РФ. Несомненно, именно эта дата определила общую тему Круглого стола. Заявленная тема сформулирована достаточно широко, чтобы дать возможность участникам разносторонним образом обсудить проблему, не ограничиваясь временными и пространственными рамками.

**В.А. Туманов:** Поздравляю Высшую школу экономики с появлением журнала. Я полагаю, что журнал поступил правильно, проводя уже в начале своей деятельности Круглый стол. Это хороший способ создать авторский коллектив, довести до сведения читателя разные мнения по важной правовой проблеме. Круглые столы особенно полезны, когда на них выносятся спорные проблемы.

Если придерживаться этого критерия, то тема этого первого Круглого стола представляется не самой удачной. По моему мнению, на Круглый стол журнала, который называется «Право», предпочтительнее было бы вынести тему, предмет которой — право, а не государство.

Кроме того, неясно, что понимают организаторы под понятием «механизм власти». В действующей Конституции такого понятия нет. В ней есть система высших государственных органов (президент, парламент, правительство, суд), соответствующая принципу разделения властей.

Очевидно, понятие «механизм» обязывает от статики по преимуществу обратиться к динамике, т.е. показать, что и как реально происходит в конституционных рамках институтов государственной власти, в частности, каков процесс принятия политических решений, которые лишь порой облекаются в правовую форму; каково при этом влияние партий, конституционных и других групп давления и т.п. Здесь из сферы науки конституционного права мы попадаем в сферу политологии.

Я не политолог и чего-либо значительного в этом ракурсе изучения государственной власти сказать не могу. Ограничусь краткими замечаниями.

На сегодня очевидно, что законодательная власть в лице двух палат Федерального Собрания не играет в рассматриваемой связи сколько-нибудь значительной самостоятельной роли. В деятельности Государственной Думы очень редки случаи принятия законов по ее собственной инициативе или по законопроектам других (кроме Президента и Правительства) субъектов законодательной инициативы. Зато законопроекты, внесенные Президентом и Правительством, как правило, принимаются безоговорочно, зачастую сразу в трех чтениях. Дума практически не является в связи с этим «сдержкой и противовесом», как этого требует конституционный принцип разделения властей, хотя имеет все необходимые конституционные полномочия быть таким противовесом.

Я был депутатом Государственной Думы первого созыва (1993—1995 гг.) и помню, какие острые дебаты шли по президентским и правительственным законопроектам, и сколько раз Дума их отклоняла, и сколько было вето Президента на решения Государственной Думы. Значит, это возможно по действующей Конституции. Этого не стало, и я считаю такое положение вещей, когда все штампуется и принимается «на ура», упадком нашей конституционной системы. А что наш Совет Федерации? Насколько я помню, по своей инициативе он не принял ни одного закона и очень редко отклонял законы, принятые Государственной Думой. Английская Палата лордов (которую у нас принято считать консервативной) в последней сессии отклонила 13 правительственных законопроектов и возвратила их на доработку. Такой продуктивности наш сенат может лишь позавидовать.

Нет необходимости говорить о том, как велика роль Президента и Правительства в подготовке и принятии законодательных решений. Это нормально. Нездорово то, что в обществе сложилось представление — только обращаясь к ним, можно решить какой-либо вопрос. В «Независимой газете» систематически появляются списки «лучших лоббистов России», подразделенных на три группы. Очевидно, это и есть круг тех лиц, которые в том или ином сочетании выступают как инициаторы или участники принятия политических решений на самом высоком уровне.

Конституционный Суд не задействован в механизме осуществления власти в том ракурсе, как об этом механизме говорилось выше. Он всегда выступает лишь как «негативный законодатель». Он не принимал участия даже в подготовке и тем более принятии политического решения, хотя бы о переезде этого суда в Петербург.

Если вы возьмете первый период деятельности Конституционного Суда после принятия Конституции РФ 1993 г., то нужно вспомнить, каков был расклад сил в Думе. Тогда думское большинство мешало Президенту проводить взвешенную экономическую политику в очень сложных экономических условиях. Коммунисты и их союзники постоянно выступали за расширение социальных льгот, хотя было заранее известно, что их невозможно претворить в жизнь. Потом это обрушивалось на исполнительную власть; на нее и Президента возлагалась ответственность. Президенту не давали принимать назревшие решения, сама Дума сознательно затягивала их принятие. Президент был вынужден решать большинство проблем указом. Сразу же следовало немедленное обращение Государственной Думы в Конституционный Суд. Президента обвиняли в превышении компетенции и вторжении в сферу законодательства. Почти на каждый президентский Указ из Думы приходило «обращение»: Президент нарушает Конституцию. Позиция Конституционного Суда была такова: Президент вынужден издавать указ вследствие бездействия законодателя, а проблема требовала немедленного решения и при этом в указах за-

креплялось, что они теряют силу, как только будет принят соответствующий закон. Вот почему в то время складывалось такое впечатление, будто Конституционный Суд все время защищает Президента.

Что касается права Президента три раза вносить одну и ту же кандидатуру на пост премьер-министра, то это была конституционная норма. Однако в Регламенте Государственной Думы депутаты хитро изменили эту норму, указав, что Президент может три раза представлять кандидатуры. Еще раз подчеркну, что это меняло смысл Конституции. Хороша Конституция или нет, правильно ли, что Президент может три раза представлять кандидатуру или нет, это другой вопрос. В данном случае речь шла о соотношении Регламента Думы и текста Конституции, и именно этим руководствовался Конституционный Суд.

Некоторые поправки, внесенные в октябре 1993 г., были вызваны неприемлемостью текста проекта Конституции с точки зрения конституционной техники. Например, право Президента два раза вносить кандидатуру премьер-министра, после чего президент «может назначить». Что значит — может назначить? А может не назначить? Тогда в Конституции необходимо пояснить, что произойдет, если он не назначит. Необходима точная конституционная формула — что должен делать Президент в этом случае, норма о полномочиях — кто определяет внешнюю и внутреннюю политику. Предположим, вы разделили эти функции — отдали Президенту внешнюю политику. Кто определяет внутреннюю? Можно ли определять внешнюю без внутренней и наоборот? Все это очень тщательно обсуждалось.

Хотя многое в Конституции появилось произвольно, например, 19 судей Конституционного Суда — это внезапное решение, и цифру не могут объяснить сами судьи Конституционного Суда. Все остальное было предметом тщательной дискуссии. Например, было интереснейшее предложение С.С. Алексеева создать Высшее судебное присутствие. Он имел в виду создание аналога Высшего совета магистратуры, который существует во всех странах (во Франции во главе этого органа стоит Президент, в Италии — министр юстиции). Функции данного органа — это приблизительно то, что сейчас делает Квалификационная комиссия при Верховном суде — назначение судей, их наказание. Это все должно делаться спокойно, на государственном уровне. К сожалению, С.С. Алексеев не обосновал свое предложение должным образом, и оно не прошло. Не нужно скрывать пропрезидентский характер нашей Конституции, но с точки зрения техники не нужно придираться к ее тексту.

**М.А. Федотов:** Я хотел бы поздравить факультет права с появлением своего журнала, который обещает стать заметным явлением юридической научной жизни.

В связи с темой Круглого стола большой интерес представляет изучение тенденций изменений «указного» законодательства. Если проанализировать нормативные указы, подписанные первым, вторым и третьим Президентами России, то легко увидеть произошедшие изменения. Указы первого Президента закладывали основы правового регулирования в той или иной сфере, т.е. действительно определяли основные направления внутренней и внешней политики. В последующие периоды стали доминировать указы о внесении изменений в ранее принятые указы, об утверждении положений об отдельных структурах, о размещении государственного герба на бланках законов, о почетном знаке лауреата премии Президента и т.п.

Где же в данном случае определение основных направлений внутренней и внешней политики? Или все это ограничивается Посланием Президента? В свое время мы обсуждали и в Правительстве, и в Администрации Президента: что должно происходить вслед за тем, как Президент огласил свое послание? Основные на-

правления сформулированы — что дальше? К сожалению, в большинстве случаев президентские послания остаются декларациями. Если проанализировать текст посланий и следовавшую за ними реальную политику, то легко заметить — между ними нет почти ничего общего. В значительной степени это связано с тем, что управление страной осуществляется «вручную», с помощью указов, распоряжений, поручений, а не через взаимодействие институтов власти, основанное на законах и концептуально интегрированное президентским посланием. Думаю, в этом одна из главных причин деградации «указного» законодательства.

Относительно нашего парламента я полностью согласен с выводами профессора В.А. Туманова. Законодательный орган, интегрированный в вертикаль власти, предполагает, что выброшенное сверху веление пролетает все этажи практически без изменений и ничто не может его остановить. Если это веление разумно, то подобная конструкция власти позволяет быстро достигать положительного результата. Но если оно ошибочно (а гарантии безошибочности решений, принимаемых на вершине вертикали власти, не существует), то столь же быстро достигается негативный результат. Между тем, человечество давно придумало систему сдержек и противовесов, основанную на принципе разделения властей. Правда, у нас, в условиях отсутствия культуры демократии, система сдержек и противовесов превратилась в набор подножек, подстав и палок в колеса. Но даже в таком виде наша система сдержек и противовесов лучше, чем ныне существующая модель.

Большинство отраслевых законопроектов вносятся Президентом и Правительством, а со стороны депутатов иницируются лишь проекты о внесении в законы изменений и дополнений. Новых законопроектов наш парламент сам не создает, а значит, трудно признать его именно законоДАТЕЛЬНЫМ органом. По сути дела, он не «дает» законы, а лишь оформляет, легализует их. Что касается изменений и дополнений, которые наши законодатели вносят в действующие законы, то на примере Закона РФ «О средствах массовой информации» могу утверждать, что ни одна из внесенных поправок не улучшила закон, зато многие ухудшили, понизили его эффективность, породили дополнительные противоречия. Сейчас мы с профессором Ю.М. Батуриным по просьбе Рабочей группы, возглавляемой первым вице-спикером Госдумы О.В. Морозовым, работаем над проектом новой редакции Закона о СМИ. Мы свели в таблицу обнаруженные нами дефекты действующей редакции и предложения внести изменения и дополнения в 57 статей (всего в Законе 62 статьи). И вот что интересно: большинство поправок депутатов — членов Рабочей группы — касались только одной статьи — об эротических средствах массовой информации. Если и дальше обсуждение нашего проекта сведется исключительно к доработке статьи об эротике, то это будет отлично, поскольку в законопроекте есть весьма прогрессивные нормы, за судьбу которых мы очень волнуемся. Так что в том, что депутаты не читают законы, которые принимают, есть свой плюс.

К сожалению, отсутствие должного внимания парламентариев к качеству своей продукции приводит к тому, что в правовой системе возрастает число противоречий и пробелов. Один маленький, но свежий пример — федеральный закон о праве граждан на доступ к информации о судебной деятельности, который вступит в силу в середине 2009 г. В целом полезный и нужный закон, инициированный крайне «тяжелым на подъем» субъектом законодательной инициативы — Верховным Судом РФ. В Законе есть уникальная статья «Разрешение споров, связанных с освещением деятельности судов в средствах массовой информации», которая гласит: «Споры, связанные с освещением деятельности судов в средствах массовой информации, разрешаются судом в установленном законом порядке. Споры, связанные

с освещением деятельности судов в средствах массовой информации, могут также разрешаться во внесудебном порядке органами или организациями, к компетенции которых относится рассмотрение информационных споров».

Вопрос первый: как это положение сочетается с существующими правилами гражданского судопроизводства по делам, возникающим из публичных правоотношений? По-моему, никак. Конечно, судья, как любой гражданин, может обратиться в суд с иском о защите чести и достоинства, если в газете распространены в отношении него не соответствующие действительности и порочащие сведения. Вопрос второй: что это за «органы и организации, к компетенции которых относится рассмотрение информационных споров»? В 1993—2000 гг. у нас существовала Судебная палата по информационным спорам при Президенте РФ. Сейчас ничего подобного в системе госорганов нет. Есть Общественная коллегия по жалобам на прессу, но это независимая структура гражданского общества, а в Законе определенно сказано — органы. Что же имел в виду законодатель? Думаю, здесь налицо явление, которое можно назвать «законодательным импрессионизмом», т.е. законодатель не создает норму, а создает лишь впечатление о том, что такая норма существует.

Подобное явление встречается в нашем законодательстве достаточно часто. Например, в законе указывается, что обжалование осуществляется «в установленном порядке». В каком именно? Неизвестно. Другой вариант — закрепление в законе жестких формулировок о том, что нарушитель привлекается к ответственности, при одновременном отсутствии каких-либо санкций. Законодатель как бы выплеснул свои эмоции и на том остановился.

Сейчас все эти «эмоции» связаны с глобальным экономическим кризисом. Главное направление усилий законодателя в этих условиях — подготовка к преодолению социальной напряженности. Как парламентарии готовятся к этому? Ищут способы демократизации общества, восстанавливают механизмы трансформации конфликтов в конструктивный диалог? Нет, они нашли другой вектор движения — через изъятие из компетенции суда присяжных дел о шпионаже, терроризме, массовых беспорядках. При этом постоянно подчеркивается: «Ни один террорист не должен уйти от ответственности!» Замечательно, но при чем здесь массовые беспорядки? Разве у нас уже были дела о массовых беспорядках, по которым присяжные выносили заведомо неправосудные оправдательные вердикты? Мне кажется, что у нас таких дел вообще не было. Они попали в этот список, думаю, именно потому, что законодатели рассчитывают с помощью средств законного принуждения решать проблемы массового недовольства.

Именно с опасностями, которые таит в себе глобальный экономический кризис, полагаю, связаны и предложения по изменению порядка избрания глав местного самоуправления. Конечно, Конституция Российской Федерации не позволяет наделить губернаторов правом назначать мэров. Поэтому придумали иной путь — местные законодательные собрания должны сами избирать или назначать мэров. В свою очередь, сами законодательные собрания следует формировать по партийным спискам. Тем самым избиратель все дальше отодвигается от управления делами общества и государства. Почему? Да потому, что в условиях кризиса избиратель может стать менее управляем. Таким образом вертикаль власти продвигается до самого низшего уровня управления.

Последние сведения из области подготовки к кризису — отмена решения о сокращении численности внутренних войск. Все это выстраивается в одну линию, на мой взгляд, не самую продуктивную и не вполне соответствующую тому образу российского государства, который закреплен в нашей Конституции, — правовое, демократическое, социальное.

**Г.В. Минх:** Хотелось бы напомнить одну фразу, которую употребил в своей книге «Дипломатия» Генри Киссинджер: «Мы очень внимательно слушаем аналитиков, и аналитики имеют возможность выбрать те факты, которые им по каким-то причинам нравятся, и обсуждать эти факты до бесконечности, пока у них не сложится полная картина понимания этих фактов. Когда же мы говорим о политиках, то они, как правило, действуют в таких условиях, что у них нет времени для того, чтобы получить полную информацию о происходящих процессах и явлениях. Зачастую решения принимаются по наитию и только будущее покажет, ошибались или нет политики, принимая то или иное решение». То будущее, которое для нас стало настоящим (по сравнению с началом 1990-х гг.), показывает, что с текстом Конституции политики не ошиблись. Во всяком случае, нам удалось уйти от противостояния, которое почти вылилось в вооруженные формы (октябрь 1993 г.). Слава Богу, эти вооруженные формы не получили цепной реакции. Хотя текст Конституции в тот момент времени не вызывал полного восторга и единодушия, но этот текст состоялся, и сама Конституция тоже состоялась. Говоря о современной системе власти и принципах ее построения, нельзя говорить о том, что сейчас широко принят жанр публичной дискуссии. Вместе с тем в том, что не лежит на поверхности, жанр дискуссии и обсуждения, безусловно, существует. Можно, конечно, говорить, что наши коллеги в парламенте ничего не читают и голосуют чисто машинально. С одной стороны, это выглядит действительно так, особенно, когда помотришь на пленарные заседания Думы. С другой стороны, всем хорошо известно, что основной формат содержательного обсуждения текстов — это не пленарные заседания. Пленарные заседания — это формат для реализации в большей степени представительной функции парламента, а для заявления своих позиций с точки зрения партийных подходов, партийных взглядов используется другой формат (естественно при понимании ограниченности этого спектра партийной жизни с учетом нынешнего состава Государственной Думы и Совета Федерации). Совет Федерации формально не является фракционно или партийно структурированным органом, но его члены — это представители все той же партии большинства. Если немного экстраполировать те положения Конституции, которые сейчас находят практическую реализацию в системе исполнительной власти, можно обозначить несколько проблем, связанных с механизмом реализации конституционно-правовых норм. С одной стороны, есть принцип разделения компетенции, разделения труда, разделения властей. С другой стороны, сейчас намечается не очень позитивная тенденция в деятельности органов исполнительной власти, когда каждое отраслевое ведомство пытается в себе воспроизвести сразу три ветви власти. Достаточно активно (эта инициатива прошла через обе палаты Федерального Собрания) идет перераспределение полномочий — порядка 600 нормотворческих функций Правительства были переброшены на уровень нормотворческой деятельности министерств и иных федеральных органов исполнительной власти. Таким образом, правоустанавливающая деятельность достаточно масштабно будет представлена на уровне федеральных органов исполнительной власти. Это порождает сразу несколько довольно сложных проблем. Появляется ведомственный взгляд на нормативно-правовое регулирование. Если же обсуждение нормативного регулирования имеет место в Правительстве, то учитываются позиции разных отраслевых ведомств. Безусловно, когда сталкиваются позиции разных ведомств, идет борьба мнений, то на выходе принимается более взвешенное правительственное решение. Сейчас (с 1 января этот закон вступает в силу), когда большая часть нормотворчества имеет ведомственный уровень, неизбежен ведомственный подход и принятие не таких



сбалансированных решений. Второе негативное явление — идет определенный процесс развития мысли от федеральных органов исполнительной власти по двум любопытным направлениям. С одной стороны, относительно всех тех полномочий, которые необходимо реализовать применительно к правам и свободам человека (но не с точки зрения контрольных, надзорных, ограничительных функций, а с точки зрения социальной политики), есть стремление сбросить с себя эту обязанность и перебросить либо на другой уровень власти (например, с федерального уровня на уровень субъекта) либо вообще вывести за сферу государственного или муниципального воздействия и отдать на саморегулирование. Видно, что федеральные органы осознают сложность выполнения задач по действительной защите прав человека и пытаются освободиться от этой «неблагодарной» работы. А такая деятельность — одно из необходимых условий построения социального государства. Вторая тенденция, вызывающая озабоченность, — федеральные органы, ссылаясь на кризисные явления, пытаются активизироваться в области контрольно-разрешительных, надзорных функций. На уровне политических руководителей мы постоянно выдвигаем тезис о том, что необходимо дать свободу предпринимательству, ограничить административное вмешательство в бизнес. Но те проекты законов, которые разрабатываются в структуре исполнительной власти и готовятся прежде всего министерствами, четко содержат в себе тенденцию усилить контроль над бизнесом. Четко прослеживается ведомственный сепаратизм. Эта опасность менее заметна, политически менее видна, она не так дискутируется, как, например, «парад суверенитетов», но большинство федеральных органов исполнительной власти пытаются таким образом самоструктурироваться. Есть также попытка, особенно заметная у силовых органов исполнительной власти, создать свои собственные квазиполицейские и квазисудебные структуры. Был период, когда достаточно активно обсуждалась идея создания военной полиции, были даже такие законопроекты. Были периоды, когда предлагалось (и сейчас активно предлагается нашими коллегами из судебной власти) более масштабно использовать внесудебные процедуры — административные — для того, чтобы решать конфликты в системе ведомственных структур. С одной стороны, это помогло бы разгрузить суды. С другой — имеет место некое «окукливание», т.е. отгораживание себя от судебного контроля. Эти тенденции вызывают беспокойство. Конституция РФ не содержит четких рычагов, которые могли бы сдерживать эти тенденции. Однако конституционный потенциал, структурирующий системы органов государственной власти, способен преодолеть эти негативные тенденции. Безусловно, многое вызывает беспокойство, однако не все так печально, поскольку в рамках Конституции есть определенный запас прочности.

**Ю.М. Батури:** Само название Круглого стола «Конституционный механизм власти и его роль в кризисных условиях» содержит в себе такое количество проблем, что мы можем и выработать некие конкретные рекомендации, и просто дискутировать до бесконечности.

В названии нашего Круглого стола звучат такие понятия, которые необходимо определить, прежде чем пытаться дать какие-либо ответы. Что такое власть? Что такое конституционный механизм власти? Что такое кризис?

Очень удобно начинать курс лекций для юристов с понятия «разделение властей». Однако вопрос «что такое власть?» актуален на протяжении как минимум одного тысячелетия. Существуют сотни определений власти, но все они говорят не о том, что такое власть, а лишь о проявлениях власти. Лауреат Нобелевской премии по литературе Б. Рассел, математик, логик, философ и политолог, умудрился

написать для «Британской энциклопедии» статью о власти, не дав определения власти. Как логик, он понимал, что любые определения власти ущербны с точки зрения логики, потому что приводят к внутренним противоречиям. Б. Рассел указал только, что понятие «власть» имеет для политики, права, юриспруденции столь же важное значение, как и понятие «энергия» для физики.

Это сравнение представляет большой интерес, поскольку так никто и не узнал, что такое власть. Точно так же физики, имея дело с проявлениями энергии, не дают строгого определения самого понятия «энергия». В школьных учебниках физики энергия определяется как способность совершать работу. Власть в учебниках политологии определяется как способность оказывать влияние. Но на самом деле энергия — это не способность совершать работу, а *нечто*, обладающее способностью совершать работу. Власть — это не способность оказывать влияние, а *нечто*, обладающее способностью оказывать влияние.

Итак, что это такое — как власть, так и энергия — никто не знает. Но это не беда! Физикам известен закон сохранения энергии, и это позволяет рассчитывать и создавать новые полезные технические устройства. В политике и праве власть (на самом деле — лишь органы власти) «поделена» на три ветви, и так можно построить механизм власти. Поэтому используется термин «механизм власти», т.е. одно из проявлений власти. Понятие «конституционный механизм власти» мне, как и профессору В.А. Туманову, неизвестно. Поэтому я бы переформулировал проблему так: «Конституция и власть». Как Конституция описывает механизм власти? Как механизм власти относится к Конституции? Каково, например, значение конституционной юстиции?

Зададимся теперь вопросом: что такое кризис? Это ведь не просто увольнение с работы, высокие цены, девальвация рубля, соответственно нехватка денег, столкновения с оппозицией, протестные акции. Все перечисленное — только внешние его проявления. Главное в кризисе то, что привычное течение времени и событий заменяется иным — бурным, турбулентным, когда ничего не понятно. В условиях кризиса каждое малое воздействие, которое в других условиях не имеет никакого значения, способно вызвать очень крупные последствия. Когда политика развивается спокойным образом, от каждого из нас мало что зависит (это правильно и точки зрения физики, и исходя из опыта политической практики). Зато в условиях кризиса от действий каждого из нас может зависеть очень многое, потому что наше малое воздействие может вызвать большие последствия. Поэтому все мы в период кризиса должны чувствовать свою личную ответственность за будущее.

Мы только что стали свидетелями принятия поправок к Конституции. Удивительна скорость принятия этих поправок. Они приняты в предельно короткое время, а в период кризиса время становится действующим лицом. В Конституции установлен довольно сложный механизм внесения поправок, но невозможно создать абсолютный защитный механизм. Абсолютная защита — это отсутствие Конституции, потому что нельзя изменить только то, чего нет.

Теоретически можно написать: не менять никогда, вечно. В политике применение таких понятий — признак большой самонадеянности. Но вот пример, когда был установлен конкретный период. Конституция Французской революции 1791 г. запрещала какие-либо изменения государственного строя ранее 1801 г. Между тем за эти десять лет погибли целых три конституции, и Бонапарт уже подготавливал деспотическую империю. Конкретное указание не помогло, поскольку в турбулентное время, в период кризиса все очень быстро и непонятным образом меняется. Наша Конституция была в неприкосновенности 15 лет, но, оказывается, что за это

время изменилась сама система. Если поправки, против принятия которых созданы мощные защитные механизмы, все-таки были приняты почти мгновенно, это означает, что изменилась система. Мы теперь живем в другой стране, с другой политической системой, не в той, в которой принималась Конституция. Комментаторы на телевидении втолковывают нам: «Вместо четырех лет шесть? Да это просто техническая поправка, которая ничего не меняет». Подобные высказывания можно услышать не только от политологов, в таком же духе высказался Председатель Конституционного Суда. На самом деле здесь затронуты очень серьезные вещи.

Меня удивляет, что обсуждается именно длительность президентского срока, а не сам факт вмешательства в фактор времени. Что произошло в результате этих «технических» поправок? Изменилось собственное время политической системы. К каким последствиям это приведет — сегодня сказать практически невозможно. Если бы мы жили не во времена кризиса, то в случае негативного развития событий была бы возможность подправить ситуацию, чтобы сохранить систему в целом. В условиях кризиса, когда все меняется быстро, турбулентно и непонятным образом, мы просто можем не успеть как-либо исправить ситуацию. Таким образом маленькое «техническое» воздействие может вызвать большие последствия, и мы не знаем, какие. Я бы поостерегся менять существующие конституционные параметры, существенные параметры системы в условиях кризиса.

**Т.Г. Морщакова:** Тема нашего Круглого стола очень многопланова — Конституция, механизм власти и кризис. Основная проблема — мешает ли Конституция и чему именно? Или — помогает ли Конституция и чему именно, исходя из происходящих процессов ее легального и нелегального изменения? С моей точки зрения, Конституция мешает в положительном смысле, т.е. мешает отказаться от демократического правового государства, от современного уровня развития конституционализма. Да, она мешает, и поэтому ее начинают менять. Конституция задает рамки, внутри которых возможно нормальное развитие, конституционное развитие правового государства. Вне этих рамок такое развитие приобретает тот турбулентный характер, о котором говорил профессор Ю.М. Батулин.

Турбулентность усиливается в кризисных условиях, хотя турбулентность, как и кризисность, во многих случаях представляет собой не объективное явление, а порождение сознания людей. Пока с объективной экономической точки зрения ничего не произошло, потому что экономические процессы так быстро не происходят, даже несмотря на стремительное падение цен на нефть. Да, и падение цен на нефть в определенной степени представляет собой результат процесса сознания, а не объективный факт. Пока нефтедобывающих компаний не стало ни больше, ни меньше. Однако приходится констатировать, что (неважно, в связи с чем — объективными факторами или процессами сознания) турбулентные процессы имеют место. Что в этих обстоятельствах нам дает Конституция, какой бы она ни была? Конституция — это те устои, которые могут позволить нам миновать самые тяжелые времена с наименьшими потерями. Менять Конституцию в такое время не только нежелательно, но и полностью недопустимо.

Сама разработка Конституции в существовавшей вокруг нее обстановке противостояния показывает, что нынешняя тенденция отношения к Основному закону имеет корни в правосознании и желаниях тех людей, которые были участниками этого противостояния у самых истоков Конституции. Часто можно часто слышать критику в отношении того, как Конституция разрабатывалась, как были отвергнуты некоторые проекты, как весь процесс принятия Конституции не в должной мере освещался демократическими процедурами. Делается вывод: все это привело

к тому, что мы имеем сейчас. Однако это более чем недалёковидная позиция, не только неверная, но и опасная. Нынешняя ситуация порождена не Конституцией самой по себе, и не строгим следованием ее положениям, а как раз явными и не-явными ее искажениями.

У нас есть Конституция и есть то, что на ее основе создает законодатель. Сейчас при написании законов очень мало внимания обращают на рамки, заданные Конституцией. Однако именно потому, что эти рамки заданы, большая часть законов может быть проверена с точки зрения конституционности. Очень много неконституционных норм можно найти в тех законах, которые Конституционный Суд никогда не рассматривал в качестве предмета проверки. К сожалению, именно такие законы во многом и определяют нашу действительность. Это положение вещей обусловлено не Конституцией (что очевидно), но чем-то другим.

В полной мере актуален тезис, что мы не знаем реального механизма законотворческих процессов. Происходит то, что отнюдь не законодатель фактически принимает законы. Именно поэтому мы получаем законы соответствующего содержания. И во времена первого Президента РФ Б.Н. Ельцина, и во времена его преемников (хотя, здесь, возможно, и нет какой-либо связи именно с их фигурами) основой власти является одна и та же Конституция, однако одинаково ли выстраиваются отношения между разными конституционными органами, например, между президентской и между законодательной властью? Очевидно, что такие отношения выстраиваются абсолютно по-разному. Почему возник вопрос о том, может ли Президент вносить одну и ту же кандидатуру на пост премьер-министра и почему Конституционный Суд должен был дать по этому вопросу истолкование? Тогда парламент постоянно являл собой резкого оппозиционера президентской власти. Теперь — неважно, сколько раз Президент будет вносить кандидатуру Председателя Правительства, потому что эта кандидатура пройдет с первого раза, как проходят в трех чтениях (сразу) все, иницилируемые, по сути, президентской администрацией, законы. И Конституция тут ни при чем.

Возникает очень важный вопрос: может ли реальный механизм власти быть секретным? Соответствует ли такое положение вещей тому, что написано в Конституции, ее требованиям к нашему будущему — созданию в России демократического правового государства? Нет, это не соответствует Конституции. Что искажает задачу и целеполагание самой Конституции? В чем вообще состоит целеполагание Основного закона? Оно состоит в ограничении власти. Когда Конституция принимается, она представляет собой акт, дающий основание для одобрения, для хвалы в адрес существующей власти, способствующей ее принятию, потому что принятие Конституции как основы общественного консенсуса означает, что власть идет на самоограничение. Сохранилось сейчас ли какое-либо конституционное самоограничение власти? Особенно, когда речь идет о кризисных условиях?

Кризис, начинаясь прежде всего в головах, создает внешние декорации, в которых можно сделать что угодно, потому что кризис может использоваться как оправдание. Разве власть всегда не склонна к тому, чтобы сохранять свои полномочия как можно дольше? Именно поэтому Конституция ставит этому предел. В свое время Б.Н. Ельцин согласился с 4-летним сроком полномочий Президента и подписал проект Конституции, который выносился на всенародное голосование. Б.Н. Ельцин пошел на это и еще раз — не Конституционный Суд высказался против третьего срока первого Президента, а сам Президент Б.Н. Ельцин сделал заявление о том, что он не пойдет на следующие президентские выборы. Исходя из этого Конституционный Суд и смог констатировать: нет опасности нарушения положений Конституции о сроках президентства, поскольку Президент сам заявил, что не будет баллотироваться на третий срок.

В настоящее время сохранились ли традиции действительной приверженности букве, смыслу и духу Конституции для тех, кто являются главными действующими лицами на конституционном поле? Нет, мы отступаем от этих традиций, и это представляет серьезную опасность. Мы отступаем и от текста Конституции, внося поправки, и от линии, которая была выстроена как конституционная линия при ее принятии. Мы уже отступили от реального конституционализма. Мы поменяли многое, отступая от Конституции, в законодательстве, которое должно обеспечивать ее реализацию. Многие положения Конституции требуют регулирования на отраслевом уровне, и мы поменяли очень многое так, что это в значительной степени противоречит Конституции.

Конституция провозгласила многопартийность и плюрализм. Какой у нас был процент голосов для прохождения партии в Государственную Думу? 3%, которые превратились в 7%. Мы поменяли значение конституционных положений связанных с многопартийностью, и поменяли их коренным образом. Фактически мы убрали оппозицию из парламента. Между тем одним из признаков демократического государства является отнюдь не принятие решений большинством голосов; демократия состоит в том, чтобы охранять меньшинство, чтобы дать ему право свободным образом влиять на представителей большинства, влиять на тех, кто от имени большинства осуществляет власть. Мы постепенно уничтожали тот плюрализм и многопартийность, которые предусмотрены в Конституции. Закон способен исказить конституционную материю, не меняя Конституцию, и это влечет за собой тяжкие последствия.

В настоящий момент мы находимся на таком этапе развития, когда не только внесены поправки к Конституции, но и принимаются акты, которые совершенно иначе толкуют то, что непосредственно определено самой Конституцией. Например, не ратифицируются международные соглашения о запрете смертной казни и введении эффективных процедур в Европейском суде по правам человека, хотя их подписание Россией было признано ею в качестве обязательства при вступлении в Совет Европы. Приняты почти сразу в трех чтениях, с разрывом 3—5 дней между первым и вторым чтениями — просто для формального изображения приличия в процедурах, — законы, связанные с реорганизацией суда присяжных. Эти законы исключают участие присяжных из всей сферы компетенции судов, где может идти речь о деяниях, позволяющих подозревать противодействие власти, чтобы можно было решать эти вопросы без какого бы то ни было участия представителей общества, без какого-либо социального контроля. Присяжные заседатели по делам о массовых беспорядках и попытках противодействия власти — где, очевидно, возможно достаточно произвольное истолкование самих этих понятий, — заменяются профессиональными судьями, и ни о каком участии представителей общества в безусловно общественно значимых судебных процессах теперь уже не может быть и речи. Тем самым определяется и общая направленность будущего развития, об этом можно судить уже по тому, кто инициировал эти поправки. Немаловажно, что их инициировали именно органы, которые расследуют такие преступления, т.е. органы безопасности.

Следующая инициатива — предложение об изменении в УК формулировки состава преступления «Государственная измена». Эта инициатива полностью меняет направленность данного уголовно-правового запрета. Действующий УК криминализировал деяния, представляющие угрозы, которые могут возникать для страны извне. Теперь этот состав меняется кардинально, и как государственную измену предлагается карать так называемую «внутреннюю государственную измену». Предлагается карать не только внешнюю государственную измену, когда, например, какая-то важная для государства информация незаконно передается за рубеж,

или когда совершаются какие-то действия, способствующие представителям иностранного государства, занимающимся враждебной деятельностью против страны. Кстати, и прежде такие формулировки позволяли достаточно широко применять уголовную ответственность за подобные деяния.

Теперь этот состав преступления предложено сформулировать как включающий и «внутреннюю» измену, так как к нему должны быть отнесены действия любого гражданина, который вступает в контакт не с иностранным гражданином в преступных, враждебных государству целях, а просто совершает нечто, что может нанести ущерб основам конституционного строя. Основы конституционного строя — это все положения, закрепленные в главе 1 Конституции РФ, вплоть до отделения местного самоуправления от государственной власти. Все это теперь будет представлено в качестве предмета посягательства такого состава преступления, как государственная измена, а в отношении данного состава и подсудственности дел определяются особым образом. Сам состав теперь сформулирован так неопределенно, как нельзя формулировать основания штрафной уголовно-правовой ответственности, поскольку подобные формулировки позволяют полностью произвольное ее применение.

Между тем Конституционный Суд, исходя из Конституции, во многих решениях сформулировал уже иную правовую позицию: нормы, устанавливающие ответственность (любую, не только уголовно-правовую), должны быть ясными, четкими, определенными, исключающими возможность произвола. Эти рамки Конституции мы тоже меняем через текущее законодательство. Такое положение недопустимо в нормальном конституционно-правовом развитии. Все эти печальные обстоятельства должны нами вовремя осознаваться. Это процесс, небезразличный по своим последствиям для общества. Многие рассуждают так: «Что я могу сделать? Как я могу на это повлиять?» Повлиять можно. Если граждане хотя бы будут осознавать, что в случае применения к ним закона об устранении присяжных по делам, связанным с массовыми беспорядками, диверсиями, попытками захвата власти и терроризмом, уже в самом начале правоприменительного процесса они имеют право обжаловать сами эти изменения, лишившие их права на суд присяжных — это заслуга Конституции. В этом смысле я хочу воздать хвалу нашей Конституции. Да, пусть она мешает в ретроградных процессах и пусть она помогает нам, пользуясь ее инструментарием, попытаться держаться в рамках правовой государственности. Я понимаю, что говорю высокие слова, которые могут показаться нереализуемыми, но борьба за права человека — очень трудный путь, и она должна происходить каждый день. Может быть, тогда мы будем иметь в перспективе не печальное и не трагичное, а более оптимистическое завтра. Прежде всего необходимо менять гражданское самосознание. В этих целях я призываю не к протестным акциям, но к необходимой во всех вопросах, повседневной, юридической (правовой) работе.

**И.Г. Шаблинский:** Основная функция любой реально действующей Конституции — ограничение, умерение высшей государственной власти. Минувший век заставил по-новому оценить ценность этого постулата. Мы получили десятки примеров конституционных текстов, не имевших никакого значения именно с точки зрения выполнения данной функции. В течение примерно 50 лет во многих государствах Европы и Азии существовали конституции, игравшие роль политической декорации и никак не ограничивавшие власть правящих олигархий или единоличных диктаторов. В этом славном ряду и наша страна накопила изрядный опыт сооставления сугубо декоративных «основных законов».

Достоинством Конституции РФ 1993 г. — в данном контексте — следует считать то, что она проектировалась в расчете на реальный, живой политический процесс.

Ее концепция в значительной мере разрабатывалась в президентской администрации в условиях острого политического кризиса. Эти обстоятельства обусловили в конечном счете чрезмерно широкие — по меркам американского и европейского конституционализмов — полномочия российского Президента. Разработчики Конституции это осознавали: в главах 4—7 были предусмотрены нормы, обеспечивающие согласование позиций всех ветвей власти, в том числе главы государства, при решении наиболее важных вопросов. Таким образом в Конституции был закреплён механизм сдержек и противовесов («запатентованный» в США, но уже в течение 200 лет получающий различные национальные интерпретации).

Российская версия вышла, вероятно, не самой удачной, поскольку все же изначально была нацелена на доминирование одного властного института. Однако сдержки Конституции 1993 г. в течение 15 лет ее действия не раз включались и реально работали. Это обстоятельство позволяет говорить о реальности российского конституционализма, в отличие, скажем, от конституционализмов, выстроенных в Беларуси, Казахстане, Узбекистане и других государствах с авторитарными режимами. Российская Конституция, точнее, заложенный в ней механизм сдержек и противовесов, в определенных случаях выполняли функцию сдерживания и ограничения власти.

Такое понятие, как «сдержки и противовесы» («checks and balances»), относится к категории классических. Однако не вредно попытаться раскрыть его, выделив сущность. Представляется, что сущность нормы, заключающей в себе сдержку (противовес), — это право определенного субъекта конституционного процесса *выразить свое несогласие* с другим субъектом (с учетом возможного согласования позиций или без такого согласования). Говорить о том, что сдержка (противовес) работает, можно в тех случаях, когда субъект конституционного процесса фактически использует данную норму, чтобы выразить несогласие. Если он выражает согласие — принимая специальное решение или не предпринимая ничего — это означает, что сдержка (противовес) не используется. Если есть согласие, то нет акта сдерживания, нет противопоставления одной позиции другой.

Можно ли отличать сдержки от противовесов: в каких случаях мы имеем дело с первыми, а в каких со вторыми? На практике это различие обычно не считается существенным. Словосочетание «сдержки и противовесы» чаще всего используется как единое понятие. Представляется, что сдержки заложены в обязывающих конституционных нормах (предусматривающих согласование кандидатур), а противовесы — в управомочивающих (допускающих различные варианты действий Федерального Собрания и главы государства). Обязывающие нормы императивно требуют непосредственного взаимодействия палат Федерального Собрания и главы государства при назначении высших должностных лиц. Палаты имеют возможность сдерживать главу государства, но могут этой возможностью и не пользоваться — не использовать сдержку. Противовесы, содержащиеся в нормах, позволяющих отклонять федеральные законы, выражать недоверие правительству и т.д., применяются по воле субъекта конституционного процесса, позволяя ему противопоставлять свою позицию другому субъекту, склонять чашу политических весов на свою сторону. Однако в целом это теоретическое разведение норм-сдержек и норм-противовесов весьма условно.

Говоря о том, что за минувшие 15 лет механизм сдержек и противовесов выполнил определенную работу, можно вспомнить некоторые наиболее важные его включения.

1. Норма, предусматривающая согласие Государственной Думы на назначение Председателем Правительства (п. «а» ч. 1 ст. 103 Конституции), как сдержка работала четыре раза: два раза в марте и два раза в августе 1998 г. В марте Государственная

Дума дважды отказывалась дать согласие на назначение С. Кириенко, а в августе — на назначение В. Черномырдина. В итоге со всеми фракциями Государственной Думы была согласована кандидатура Е. Примакова.

2. Норма, предусматривающая право Государственной Думы назначать Председателя Центрального банка РФ по представлению Президента, работала в качестве сдержки два раза. В ноябре 1994 г. и в июле 1995 г. Государственная Дума отказалась назначить на указанную должность Т. Парамонову. В этот же период в октябре 1994 г. Государственная Дума пыталась воспользоваться и другой сдержкой, предусмотренной той же конституционной нормой: депутаты требовали, чтобы Президент поставил перед палатой вопрос об освобождении от должности Председателя Центрального банка В. Герашенко, уволенного ранее Президентским указом. Глава государства, справедливо полагая, что большинство палаты проголосует против освобождения В. Герашенко от должности, от постановки этого вопроса уклонился.

3. Государственная Дума один раз в своей истории (в июне 1995 г.) выразила недоверие Правительству, используя один из конституционных противовесов. Согласно ч. 3 ст. 117 Конституции, если бы палата в течение трех месяцев проголосовала за недоверие повторно, Президент оказался бы перед альтернативой: объявлять об отставке Правительства или распускать Государственную Думу. До этого дело не дошло, второе голосование о недоверии не состоялось. (Правительство, впрочем, поставило перед парламентом вопрос о доверии себе, исходя из интересов политической тактики, но позже отозвало это письмо.)

4. Сдержка, заключенная в п. 3 ч. 1 ст. 102 Конституции (правомочие Совета Федерации по назначению на должность и освобождению от должности Генерального прокурора РФ по представлению Президента), включалась шесть раз — если считать по числу голосований, которыми принимались решения. Обсуждавшихся фигур было три. В апреле 1994 г. палата сначала отказалась освободить от должности А. Казанника, а затем отказалась назначить А. Ильюшенко. Последнего Совет Федерации еще раз отказался назначить в октябре того же года. В марте, апреле и октябре 1999 г. палата отказалась, вопреки предложению Президента, освободить от должности Ю. Скуратова.

5. В рассматриваемый период также была предпринята попытка использования столь серьезного противовеса, как отрешение Президента от должности. В мае 1998 г. были собраны подписи 177 депутатов Государственной Думы в поддержку инициирования процедуры импичмента; была создана специальная комиссия палаты. Но в мае 1999 г. ни один из четырех пунктов обвинения против главы государства не собрал квалифицированного большинства голосов депутатов (впрочем, простое большинство проголосовало за каждый пункт).

6. Отклонения федеральных законов Советом Федерации и Президентом РФ («наложение вето» и «преодоления вето»), безусловно, важные элементы в механизме разделения властей, эффективные инструменты в процессе разработки законов. Однако эти противовесы чаще всего не имеют существенного значения для предотвращения излишней концентрации власти, ее монополизации одним властным институтом, т.е. для решения главной задачи, достижимого с помощью механизма сдержек и противовесов. Отклонения федеральных законов, как правило, не имеют политических причин. Поэтому данные нормы — противовесы используются наиболее часто. Совет Федерации использовал такой противовес (в соответствии с ч. 4 ст. 105 Конституции) десятки раз на протяжении всего рассматриваемого периода. Но активность использования данного инструмента снизилась начиная с 2000 г. В качестве иллюстрации можно привести данные за три года, способные



служить определенными ориентирами: в 1999 г. (последнем году президентства Б. Ельцина) палата отклонила 14% федеральных законов, в 2000 г. (первом году президентства В. Путина) — 7%, в 2006 г. — 1,47%.

7. Государственная Дума примерно в 50% случаев отклонения федеральных законов Советом Федерации пыталась преодолеть его вето (в 50% создавались согласительные комиссии).

8. Президент РФ также использовал свое право отклонять федеральные законы в течение всего рассматриваемого периода (в 1994—1999 гг. — довольно часто, после 2000 г. — крайне редко).

9. Один раз палатам Федерального Собрания удалось в соответствии с ч. 3 ст. 107 Конституции использовать такой противовес как преодоление вето Президента. В апреле 1998 г. обе палаты смогли квалифицированным большинством одобрить в ранее принятой редакции федеральный закон, отклоненный Президентом (ФЗ «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации»).

10. Еще одна норма, выполняющая роль сдержки, — это ч. 3 ст. 81 Конституции, запрещающая одному лицу занимать должность Президента РФ более двух сроков подряд. Возможность действия данной нормы активно обсуждалась в последний год президентства Б. Ельцина. После его отставки эта тема на восемь лет ушла из поля зрения экспертов. В 2007—2008 гг. интерес к ней возрос до крайних пределов. В связи с высокой популярностью Президента В. Путина многих близких к нему политиков весьма соблазняла мысль об отмене этой сдержки либо о хитроумных юридических комбинациях, позволяющих ее обойти. Однако В. Путин декларировал необходимость соблюдения данного ограничения и не стал выдвигать свою кандидатуру на третий срок.

Обобщая сказанное, можно утверждать, что нормы-сдержки, нацеленные на сдерживание (ограничение) власти главы государства в его отношениях с палатами Федерального Собрания, активно применялись в 1994—1999 гг. Начиная с 2000 г. они не использовались. Все предложения Президента о кандидатурах на высшие государственные должности (Председателя Правительства, Генерального прокурора, судей Конституционного Суда, Высшего Арбитражного и Верховного Судов, Председателя Центрального банка) получали поддержку палат. Государственная Дума ни разу не рассматривала в этот период вопрос о недоверии Правительству.

В законодательном процессе палаты Федерального Собрания и глава государства активно пользовались в отношениях друг с другом такими противовесами, как «вето» и «преодоление вето». Но с 2000 г. количество отклонений федеральных законов (как Советом Федерации, так и Президентом) значительно снизилось. «Сговорчивость» палат Федерального Собрания, отсутствие с их стороны возражений при назначениях на высшие государственные должности — симптомы, которые не следует толковать однозначно. Нельзя с безоговорочной уверенностью утверждать, что это признаки авторитарной тенденции и давления на законодателей. Если политика популярного Президента осмотрительна и взвешена, то гармоничные отношения с палатами должны быть ее естественным следствием (кстати, в Сенате Конгресса США предложенные Президентом кандидатуры отклоняются очень редко).

Нельзя, однако, не видеть и существенной разницы между сравниваемыми ситуациями. В обеих палатах Конгресса США при наличии сильных пропрезидентских фракций действуют и равновеликие оппозиционные. Партийно-политическая структура парламента априорно предопределяет эффективность использования сдержек и противовесов.

В обеих палатах российского Парламента с начала 2000-х гг., особенно с начала второго срока президентства В. Путина, создано подавляющее пропрезидентское и проправительственное большинство, гарантирующее принятие любых решений, угодных исполнительной власти, точнее, возглавляющей ее правящей элите. Следует отметить, что половина членов Совета Федерации — представители глав исполнительной власти регионов, назначаемых по представлению Президента. Это результат действия нового порядка наделения полномочиями глав субъектов Федерации, заменившего с 2005 г. прямые выборы глав регионов. Пропрезидентское парламентское большинство напоминает единую, иерархически выстроенную корпорацию с корпоративными мотивациями и корпоративной дисциплиной. Такую властную «гармонию» трудно не считать несколько искусственной.

Не касаясь вопроса о технологиях создания данной корпорации (хотя это вопрос немаловажный), обратим внимание на то, что ее существование незаметно лишает смысла весь конституционный процесс, сводит на нет действие механизма сдержек и противовесов. Фактическое отключение сдержек объективно способствует тому, от чего российские политики вроде бы хотят уйти — бесконтрольному олигархическому правлению. Неиспользование или крайне вялое использование противовесов в законодательном процессе рано или поздно пагубно отразится на качестве законов.

Интересен вопрос о роли Конституционного Суда, имевшего в эти 15 лет возможность повлиять на эффективность работы механизма сдержек и противовесов. Необходимо сделать уточнение: дел, связанных именно с проблематикой сдержек и противовесов, Суд рассматривал немного. Два решения сыграли, на наш взгляд, существенную роль в определении того, что можно назвать *пределами действия* или *реальной эффективностью* двух важнейших сдержек, каждая из которых относится к компетенции одной из палат Федерального Собрания. В связи с этим хотелось бы вспомнить, во-первых, о толковании ч. 4 ст. 111 Конституции, связанном с рассмотрением проблемы согласия Государственной Думы на кандидатуру на пост Председателя Правительства, предлагаемую главой государства; во-вторых, о споре по поводу компетенции между Президентом РФ и Советом Федерации по вопросу отстранения от должности Генерального прокурора РФ на время проведения в его отношении следственных действий (а также назначения лица, исполняющего его обязанности).

Вряд ли целесообразно перечислять другие решения Конституционного Суда, фактически расширившие правомочия главы государства и принятые в период президентства В. Путина. На наш взгляд, дело тут не в персонах Президента или главным образом не в них. Вся беда в неготовности российской правовой системы (олицетворяемой в данном случае органом конституционного правосудия) серьезно защищать самую идею сдержек и противовесов. Названные решения Конституционного Суда, принятые отнюдь не под давлением и не имевшие практического эффекта (к моменту принятия судебных решений оба конфликта были, по сути, исчерпаны), безусловно, отрицательно повлияли на правосознание российского политического сообщества, — и без того слабая приверженность механизмам согласований (выставления сдержек) стала вытесняться полным пренебрежением к ним. Идея согласования — необычайно важная с точки зрения теории конституционализма и лежащая в основе механизма сдержек — оказалась подменена идеей административной и корпоративной субординации.

Главный же негативный эффект заключается в том, что Конституция перестает исполнять свою основную функцию — сдерживания и ограничения власти — и превращается в пустую декларацию. Такой опыт для России не нов, не оригинален, речь идет о необходимости его преодоления.

Впрочем, хотелось бы закончить на обнадеживающей ноте. Единственная сдержка Конституции 1993 г., не зависящая от партийно-политического состава ветвей власти, — уже упомянутая ч. 3 ст. 81, которая запрещает главе государства занимать данную должность более двух сроков подряд — все же сработала. Каким бы ни был конечный результат, можно воздать должное должностному лицу, подчинившемуся норме, но можно — и самой этой норме, безразличной к лицам.

**Н.С. Крылова:** Хочу поздравить с началом публикации журнала «Право» и вслед за профессором М.А. Федотовым пожелать, чтобы «Право» превратился в журнал единомышленников, журнал-направление. Обращаясь непосредственно к теме нашего Круглого стола, хотелось задать вопрос — что же по существу представляет собой наша сегодняшняя модель власти. В выступлениях профессора М.А. Федотова и профессора Т.Г. Морщаковой был не только поставлен «диагноз» существующего положения, но и намечены варианты возможного развития. Мне это кажется чрезвычайно ценным. Кризис нельзя устранить, его можно только ослабить. Важно — как именно и с помощью какого конституционного механизма добиться этой цели.

Нынешние кризисные явления — это тектонические события, которые грозят тектоническими изменениями. Исторический опыт свидетельствует, что последствия кризиса могут быть катастрофическими. Опыт XX в. (кризис 30-х гг.) — финансовый и экономический кризис прошел, а политические последствия привели ко Второй мировой войне. В нашей ситуации необходимо думать о последствиях, о том, как в этих условиях должен функционировать конституционный механизм. Единственный возможный путь — приверженность конституционным принципам.

Право существует с незапамятных времен, это очень старое явление. Конституционализм, его доктрина, его принципы, его практика — это явления относительно новые. Им не более 300 лет. Для России это вообще новейшие явления, Россия вступила на путь конституционного правления лишь с принятием Конституции 1993 г. Только последовательное развитие принципов Конституции, приверженность принципам правового, демократического государства, принципам конституционного управления, т.е. идее, доктрине конституционализма, только это представляет собой реальный путь, способный хоть как-то ослабить влияние сегодняшнего тектонического кризиса.

**А.В. Нестеров:** Хотел бы пожелать журналу большой и счастливой жизни, чтобы он занимал соответствующую позицию и в международной сфере. Современное течение жизни показывает, что мы должны быть «вмонтированы» в глобальную среду, а не замыкаться в собственной стране.

К теме Круглого стола хотелось бы подойти с точки зрения продукционного подхода. Если продукт деятельности не соответствует норме, то бракуется продукт, а не норма. Однако если норма не соответствует действительности, то уже бракуется норма, а не действительность. Что такое закон? Это некий продукт власти. Можно ли создать идеальный продукт, в том числе и Конституцию? Очевидно, нет — создать идеальный продукт невозможно по определению. Сталин создавал идеальный продукт и подгонял действительность под идеальный продукт. Всем известно, чем это закончилось.

И Конституция, и другие законы должны изменяться. Возникает только вопрос — как изменяться? В кризисное время? В какой промежуток времени? Здесь говорили о турбулентности. Ясно, что кризис — это турбулентность, а турбулентность — это определенное состояние нормального хода движения. Если мы готовы к турбулентности, то ничего страшного не происходит. Но чтобы пройти по турбулентности, нужно ее тестировать и изучать.

Если мы рассматриваем деятельность власти с точки зрения продукционного подхода, то к любому продукту существуют обязательные и добровольные требования. К обязательным требованиям на современном этапе относится только безопасность. С этой точки зрения нужно рассматривать и законы, и Конституцию, особенно в отношении антикоррупционной безопасности. Любые нормы должны проходить антикоррупционный аудит. Все остальные требования определяют пригодность закона.

Можно ли проверить пригодность закона, обсуждая его за столом? Нет, невозможно. Кто может проверить пригодность закона? Нормотворцы? Ни в коем случае. Это могут сделать только люди. Если закон позволяет чиновникам «кошмарить», то люди должны протестовать и обращаться в судебные органы, чтобы в оперативном порядке изменить такой закон. Конституцию в оперативном порядке менять нельзя. Выход в одном — наше правосознание только тогда будет нормальным и только тогда законы будут нормальными, когда мы сами себе, в первую очередь, скажем, что именно мы должны настаивать: «Эта норма не соответствует требованиям реальной действительности». Если мы не будем настаивать, то никакие законотворцы, никакой президент ничего не сделают.

**М.А. Краснов:** За всеми социальными (в широком смысле) кризисами всегда кроется *резко снижающийся уровень доверия*. У понятия «кризис» в медицине есть антоним — *лизис*, т.е. постепенное разрешение проблемы, например, плавное снижение температуры. Почему этот термин *не применяется* в публичной жизни? Здесь возможна такая гипотеза: несмотря на принципиальное изменение организации власти, происходившее с XVIII в., т.е. **установление конституционализма, сущность властвования** осталась прежней. Эта сущность такова, что исполнительная (т.е. фактически управляющая) власть рассматривает свои властные прерогативы как результат «игры с нулевой суммой», когда победитель получает все. Грубо говоря, наподобие нашей игры «Царь горы», когда стоит одна задача — не допустить соперника к вершине.

Конечно, в развитых демократиях, что называется, особо разгуляться исполнительной власти не дают парламенты, прежде всего парламентская оппозиция. Но, во-первых, не везде есть институционально сильные парламенты, а во-вторых, сам характер парламентской деятельности не позволяет оперативно реагировать на правительственные решения и действия. В результате правительства, стремясь продемонстрировать устойчивость своего курса и собственную решительность (которая часто отождествляется с силой), обычно не улавливают момент, с которого начинается падение доверия — как в политике, так и в экономике. Очень точно было недавно сказано в одной газете: «Беспорядки в Греции произошли потому, что *власти страны пребывали в собственной реальности и не придавали должного значения реальности как таковой*».

Это относится не только к Греции. Поэтому лизис становится невозможен, а развитие идет к кризису тем чаще, чем сложнее публичная жизнь, чем больше вызовов. Вот почему, как мне кажется, в некотором кризисе находится вся система, именуемая демократией. Я говорю об этом отнюдь не с антидемократических позиций. Между прочим, в 1923 г. П.И. Новгородцев верно заметил: «В противоположность политическому оптимизму недавнего прошлого, когда казалось, что демократия есть нечто высшее и окончательное, что стоит только достигнуть ее, и все остальное приложится, теперь приходится признать, что демократия, вообще говоря, есть не путь, а только распутие, не достигнутая цель, а проходной пункт».

В чем заключается кризис демократии? В том, что самое важное и одновременно самое опасное звено в системе демократии — профессиональная государственная власть (тот самый *конституционный механизм власти*) — накопило за два столетия

тия столько отрицательных факторов, что они обуславливают снижение качества власти в целом и снижение общего доверия к власти.

Однако демократический строй имеет одну чрезвычайно важную положительную особенность — способность к корректировке. Для юристов, социологов, институциональных экономистов, историков, социальных психологов сегодня открывается огромное поле приложения творческих сил. Менять придется многое. Сейчас я хотел бы затронуть только тему такого загадочного по своей природе института, как глава государства.

Роль, место, правовой статус главы государства существенно различаются в разных системах власти — парламентской, президентской или смешанной. Любопытно, что едва ли не во всех юридических словарях, энциклопедиях и учебниках глава государства определяется как его высший представитель, иногда — как символ государства. Но не поэтому ли покойный профессор А.А. Мишин вообще считал этот институт анахронизмом?

Институт главы государства в любой системе власти одновременно таит в себе огромный и миротворческий, и разрушительный потенциал. Он способен не допускать каких-то кризисов и быть *гарантом лизиса*; в то же время он способен быть детонатором кризисов. Мы как-то не очень задумываемся над институциональными рамками главы государства, а потому рассуждаем в личностных терминах: сильный — слабый, умный — глупый, добрый — жестокий. Это характерно не только для массового, но и для элитного сознания.

Конечно, личность главы государства чрезвычайно важна, однако задача конституции и состоит в том, чтобы свести к минимуму влияние личностных особенностей властвующих (особенно в президентской и полупрезидентской (смешанной) моделях). В этом смысле показателен пример Германии 1919—1933 гг. Веймарская Конституция была первой в истории конституцией со смешанной моделью, т.е. такой же, как сегодня в России. Любопытно, что она включала абсолютно современные правовые принципы, например, ст. 4: «*Общепризнанные положения международного права имеют значение обязательных составных частей имперского германского права*».

По этой Конституции рейхспрезидент имел, казалось бы, огромные полномочия. Он избирался на 7 лет, мог распускать рейхстаг, хотя и не более одного раза по конкретному поводу. Кроме того, «если какая-нибудь область (земля) не выполняет обязанностей, возложенных на нее конституцией или имперскими законами, то президент империи может понудить ее к этому с помощью вооруженной силы». Или: «Если в пределах Германской империи *серьезно нарушены общественная безопасность и порядок или если грозит серьезная опасность такого нарушения*, то президент империи может принимать меры, необходимые для восстановления общественной безопасности и порядка, в случае надобности с помощью вооруженной силы». Рейхсканцлер руководил делами правительства по наказу, принятому правительством, но *одобренному* президентом, а закон, принятый рейхстагом, должен быть до опубликования поставлен на народное голосование, если о том постановит президент империи в течение месяца.

Почему в итоге германский президент фельдмаршал фон Гинденбург (1847—1934) оказался слабее канцлера, известного под именем А. Гитлер? Почему, когда 2 августа 1934 г. президент умер в своем имении (фактически уже отстраненный от дел), сразу же состоялся плебисцит, по результатам которого институт президентства был вообще упразднен, а *полномочия главы государства* переданы Гитлеру как «Фюреру и Рейхсканцлеру» (за это высказались 84,6% избирателей)? Моя гипотеза сводится к следующему.

Конечно же, огромную роль сыграли и возраст, физическое состояние Гинденбурга, и цепь предательств в его окружении (в том числе со стороны собственного сына и некоторых высокопоставленных друзей президента), и другие субъективные факторы. Разумеется, приходу нацистов благоприятствовала и общая экономическая ситуация в мире и в самой Германии, и «постверсальский комплекс», который испытывали многие представители германской нации.

Однако даже в тех условиях ситуация могла развиваться иначе: не случайно на президентских выборах 1932 г. Гитлер собрал лишь порядка одной трети голосов, проиграв Гинденбургу. Впоследствии были еще две-три ключевые точки бифуркации, которые позволяли увести страну от катастрофы (так, парламентские выборы в ноябре 1932 г. показали, что популярность нацистов падает). Но все эти позитивные возможности фон Гинденбург не использовал не только в силу возрастной усталости, но и в силу институциональных особенностей своего статуса.

Не перечисляя все особенности такого рода, следует сказать лишь о главном факторе — *содержании политического мандата главы государства*. В лице главы государства чрезвычайно опасно соединение двух ролей — с одной стороны, гаранта и арбитра, с другой — формального или неформального руководителя исполнительной власти. Его статус и основное предназначение должны не продуцировать, а нейтрализовать сохраняющиеся в обществе стереотипные представления о власти (например, вульгарный мажоритаризм). Однако то, как видит современная теория институт главы государства, не только не способствует, а скорее, препятствует преодолению авторитарных начал, коренящихся в самом этом институте. На мой взгляд, требуется переосмысление роли главы государства. Он должен *играть единственную роль* — политического стабилизатора, хранителя, арбитра, гаранта конституционного порядка.

**Н.М. Нестерова**

Редактор журнала  
«Государство  
и право» РАН,  
кандидат  
юридических  
наук

## Авторское право России и Франции: сравнительно- правовые аспекты

Монография кандидата юридических наук В.В. Ефремовой «Авторское право на произведения изобразительного искусства в России и Франции»<sup>1</sup> посвящена произведениям изобразительного искусства как объектам авторского права России и Франции. Исследование правового режима произведений изобразительного искусства позволило автору определить закономерности развития, достоинства и недостатки, пути совершенствования современного российского и французского авторского законодательства и доктрины.

Как справедливо отмечает автор, развитие «международного арт-рынка наряду с положительными результатами породило новые нарушения в области использования продукции данной сферы интеллектуальной деятельности, а сама продукция стала более уязвимой с точки зрения пиратства». Этим обусловлена актуальность анализа проблем, связанных с правовым регулированием отношений, возникающих вследствие создания и использования произведений изобразительного искусства. Исследование основано на изучении положительной практики — отечественной, зарубежной, международной.

Раскрытию заявленной темы способствует логическое построение материала. Работу предваряет предисловие, написанное известным специалистом в области интеллектуальной собственности доктором юридических наук В.И. Еременко.

Введение к монографии содержит библиографию французских и российских исследователей, занимающихся вопросами авторского права. Среди них современные французские юристы — ученые и практики: Н. Валравенс, П. Таффоро, О. Сильоль, Н. Ферри-Маккарио.

В.В. Ефремова исследует проблему в контексте истории возникновения и развития в России и во Франции авторского права на художественные произведения. Первая глава «Становление и развитие авторского законодательства и доктрины во Франции и России (XVIII—XX в.)» посвящена вопросам становления и развития авторского законодательства и доктрины. Исторический обзор развития авторского законодательства во Франции позволил автору выделить и обосновать периодизацию его эволюции. Среди наиболее значимых этапов в работе названы следующие: с конца XVIII в. до начала XIX в. (начиная с законодательства Великой французской революции), с начала XIX в. до середины XIX в. (доминирование теории «умственной собственности»), с середины XIX в. до начала XX в. (признание

---

<sup>1</sup> Ефремова В.В. Авторское право на произведения изобразительного искусства в России и Франции. М.: NOTA BENE, 2009.

за авторами «морального права»), период адаптации к новым техническим и информационным достижениям (с начала XX в. до начала XXI в.). Большой интерес представляет также периодизация отечественного авторского права.

На основе анализа нормативных актов, учредивших современный режим авторских прав на произведения изобразительного искусства во Франции, современной французской судебной практики и доктрины автор формулирует собственную позицию по целому ряду принципиальных проблем авторского права. В частности, это касается проблемы признания любых известных форм произведений искусства в качестве обеспечиваемых правовой охраной, вопроса соотношения легально закрепленных во французском и российском праве критериев охраноспособности произведений.

Во второй главе «Современное французское авторское право на произведения изобразительного искусства» охарактеризовано правовое положение субъектов авторского права Франции, которое соотносится с положением российских художников и их правопреемников.

Безусловным достоинством работы следует признать использование автором источников, раскрывающих современное состояние прогрессивных направлений развития российского арт-рынка, продукция которого становится все более значимой в транснациональной торговле. В главе третьей «Авторское право на произведения изобразительного искусства в Российской Федерации» отмечается необходимость законодательной регламентации статуса авторов синтетических произведений. Обоснованным представляется вывод В.В. Ефремовой о рациональности регулирования отношений, возникающих в цифровых сетях на уровне специального «сетевого» законодательства.

Практическая значимость исследования определяется его актуальностью и заключается в том, что собранный и обобщенный в монографии материал и ее результаты могут быть использованы в дальнейших исследованиях авторского права, а также в процессе преподавания права интеллектуальной собственности. Их применение также возможно и при разработке изменений и дополнений в действующее гражданское законодательство России.

Можно порекомендовать автору в ходе дальнейшей работы по данной тематике больше внимания уделить разработке конкретных рекомендаций по совершенствованию практики применения действующей нормативно-правовой базы.



**С.В. Кротков**

*Начальник Управления  
по организационному  
обеспечению деятельности  
Государственной Думы*

## Статистические параметры законотворчества

**И.Э. Круговых**

*Советник отдела  
Правового управления*

Статистические данные законодательной деятельности не могут вместить все многообразие законодательного процесса, который сегодня представляет собой сложный, многоэтапный и комплексный процесс — от предварительного рассмотрения и выдвижения законопроекта, его обсуждения и принятия в Государственной Думе и одобрения в Совете Федерации до подписания Президентом Российской Федерации и официального опубликования. Совершенствование законодательного процесса — постоянная задача государственной власти. Особая роль в нем отводится Государственной Думе Федерального Собрания РФ — основному участнику подготовки и принятия законов.

За период с января 1994 г. по 31 декабря 2008 г. Государственной Думой были приняты и подписаны Президентом РФ **3237** законодательных акта, из них:

**58** федеральных конституционных законов;

**3179** федеральных законов, в том числе 28 кодексов (4 части Гражданского кодекса РФ, 2 части Налогового кодекса РФ); 661 федеральный закон о ратификации и 21 федеральный закон о присоединении и денонсации; 1817 законодательных актов о внесении изменений в иные законодательные акты.

Обобщенные статистические данные по годам о законах, принятых Государственной Думой Федерального Собрания и подписанных Президентом РФ.

**Федеральных конституционных законов было принято:**

в 1994 г. — 1; 1995 — 2; 1996 — 1; 1997 — 3; 1998 — 0; 1999 — 1; 2000 — 3; 2001 — 6; 2002 — 5; 2003 — 4; 2004 — 6; 2005 — 7; 2006 — 7; 2007 — 7; 2008 г. — 6;

**Федеральных законов:**

в 1994 г. — 79; 1995 — 228; 1996 — 163; 1997 — 159; 1998 — 193; 1999 — 229; 2000 — 169; 2001 — 198; 2002 — 200; 2003 — 187; 2004 — 220; 2005 — 211; 2006 — 284; 2007 — 335; 2008 г. — 324;

**в том числе:**

**кодексы:** в 1994 г. — 1; 1995 — 3; 1996 — 2; 1997 — 3; 1998 — 3; 1999 — 1; 2000 — 1; 2001 — 6; 2002 — 2; 2003 — 1; 2004 — 2; 2005 — 0; 2006 — 3; 2007 — 0; 2008 г. — 0;

**ратификация:** в 1994 г. — 33; 1995 — 57; 1996 — 49; 1997 — 57; 1998 — 52; 1999 — 42; 2000 — 51; 2001 — 37; 2002 — 46; 2003 — 25; 2004 — 36; 2005 — 33; 2006 — 42; 2007 — 38; 2008 г. — 63;

**присоединение и денонсация:**

в 1994 г. — 0; 1995 — 1; 1996 — 3; 1997 — 0; 1998 — 2; 1999 — 3; 2000 — 3; 2001 — 2; 2002 — 0; 2003 — 0; 2004 — 1; 2005 — 0; 2006 — 0; 2007 — 2; 2008 г. — 4;

**внесение изменений:**

в 1994 г. — 17; 1995 — 64; 1996 — 54; 1997 — 68; 1998 — 71; 1999 — 113; 2000 — 73; 2001 — 107; 2002 — 109; 2003 — 124; 2004 — 154; 2005 — 158; 2006 — 216; 2007 — 268; 2008 г. — 221.

Одним из важнейших статистических показателей законодательного процесса является анализ (общий и региональный) субъектов законодательной инициативы. Общий итог следующий.

**Внесено:**

**Президентом Российской Федерации:**

в 2001 г. — 35; 2002 — 31; 2003 — 32; 2004 — 30; 2005 — 26; 2006 — 34; 2007 — 35; 2008 г. — 40;

**Советом Федерации:**

в 2001 г. — 12; 2002 — 8; 2003 — 15; 2004 — 13; 2005 — 12; 2006 — 3; 2007 — 10; 2008 г. — 6;

**членами Совета Федерации:**

в 2001 г. — 71; 2002 — 53; 2003 — 44; 2004 — 53; 2005 — 73; 2006 — 90; 2007 — 102; 2008 г. — 106;

**депутатами Государственной Думы:**

в 2001 г. — 531; 2002 — 600; 2003 — 623; 2004 — 363; 2005 — 553; 2006 — 506; 2007 — 582; 2008 г. — 406;

**Правительством РФ:**

в 2001 г. — 100; 2002 — 100; 2003 — 82; 2004 — 69; 2005 — 124; 2006 — 94; 2007 — 116; 2008 г. — 122;

**законодательными (представительными) органами субъектов РФ:**

в 2001 г. — 320; 2002 — 360; 2003 — 386; 2004 — 452; 2005 — 473; 2006 — 563; 2007 — 572; 2008 г. — 571;

**Конституционным Судом РФ:**

в 2001 г. — 0; 2002 — 0; 2003 — 0; 2004 — 0; 2005 — 0; 2006 — 0; 2007 — 0; 2008 г. — 0;

**Верховным Судом РФ:**

в 2001 г. — 4; 2002 — 3; 2003 — 5; 2004 — 5; 2005 — 3; 2006 — 6; 2007 — 7; 2008 г. — 8;

**Высшим Арбитражным Судом РФ:**

в 2001 г. — 1; 2002 — 0; 2003 — 0; 2004 — 3; 2005 — 0; 2006 — 5; 2007 — 1; 2008 г. — 2;

**отозваны, сняты, отклонены, возвращены:**

в 2001 г. — 1138; 2002 — 956; 2003 — 1245; 2004 — 1187; 2005 — 997; 2006 — 804; 2007 — 793; 2008 г. — 980;

**Всего:**

в 2001 г. — 1055; 2002 — 1119; 2003 — 1163; 2004 — 958; 2005 — 1225; 2006 — 1249; 2007 — 1356; 2008 г. — 1204.

Приведенные данные достаточно объективно отображают общий ход законодательного процесса за период с начала работы первого созыва Государственной Думы в 1994 г., однако ими не ограничиваются. Статистическими параметрами можно отобразить глубокие материи законодательного процесса, раскрыть взаимосвязь и взаимозависимость различных факторов, соотношение количественного и качественного. В целом это позволяет оптимизировать законодательную деятельность, находить действенные средства и методы повышения ее эффективности. Это можно показать на примере законотворческой работы в 2008 г.

Правовое управление, на которое возложены основные задачи по правовому обеспечению деятельности Государственной Думы, ее депутатов, фракций, комитетов и комиссий, Совета Государственной Думы, ее Председателя, первого заместителя Председателя, заместителей Председателя, Руководителя Аппарата Государственной Думы, выполнило в 2008 г. свыше 5140 поручений. Правовая и лингвистическая экспертиза проведена по 4440 законопроектам.

За это время было взято на учет, обработано на бумажных носителях и введено в автоматизированные системы 4840 нормативных правовых актов Российской Федерации и субъектов Российской Федерации, составлено 2115 актуальных редакций нормативных правовых актов различного вида. По запросам депутатов Государственной Думы, их помощников и работников Аппарата были выданы 753 контрольные справки и подготовлены 64 тематические подборки по законодательству Российской Федерации и законодательству субъектов Российской Федерации.

В процессе правовой экспертизы определялось соответствие законопроектов положениям Конституции РФ, общепризнанным принципам и нормам международного права и международным договорам Российской Федерации, федеральным конституционным законам, федеральным законам, основным отраслевым законодательным актам. Кроме того, формулировались предложения по устранению обнаруженных в законопроектах противоречий Конституции РФ и законодательству Российской Федерации.

Анализ статистических данных позволил сделать вывод о необходимости первоочередного внимания именно предварительной, получившей название стадии «нулевого чтения» подготовки законопроектов. Так, в процессе экспертно-лингвистического сопровождения законопроектной деятельности наиболее высокая продуктивность достигалась при работе с законопроектами именно на стадии «нулевого чтения», поскольку подобная работа усиливает заинтересованность разработчиков и ответственных исполнителей из числа гражданских служащих аппаратов комитетов в достижении необходимого качества законопроектов.

Также на этой стадии наиболее эффективное правовое содействие оказывалось законодательным (представительным) органам государственной власти субъектов Российской Федерации прежде всего в определении предмета законодательного регулирования при подготовке к внесению в Государственную Думу проектов федеральных законов, при проведении предварительной оценки содержащихся в них концептуальных положений, в организации их правовой экспертизы. Всего за 2008 г. правовое содействие по указанным вопросам было оказано 24 законодательным (представительным) органам государственной власти субъектов Российской Федерации по 143 законопроектам. Юрико-техническая экспертиза была проведена по более чем 2300 законопроектам и проектам постановлений Государственной Думы. Всего на стадии «нулевого чтения» в юрико-техническом плане в 2008 г. было проработано более 200 законопроектов. Статистический анализ законодательной деятельности позволяет предлагать и вносить совершенствования в другие звенья законотворческого процесса; работа в этом направлении еще не закончена.

## **LEGAL THOUGHT: HISTORY AND CONTEMPORARITY**

**U.M. Umashev, K.V. Filimonov**

### **EC AND INTERNATIONAL PRIVATE LAW: THE BACKGROUND OF EUROPEAN PRIVATE LAW (THE SCHOOL OF GLOSSATORS)**

The article is the first one from a series of articles covers development of private law of the European Union. The article has seen the emergence and development phase of private law in general and in particular, private international law of the EU. The article investigate the issues of forming a European law, which is based on the reception of Roman private law and the influence of the church and the local feudal law. There are fundamental political processes, between the secular and ecclesiastical authority, which has had a fundamental influence on the development of private law. Considerable attention is given to activities of glossators apropos of thinking, systematization and adaptation of these three disparate systems of law to the needs of their time.

## **RUSSIAN LAW: CONDITIONS, PERSPECTIVES, COMMENTARIES**

**N.N. Efremova**

### **THE EVOLUTION OF RUSSIAN JUSTICE (COURT REFORMS OF XX–XXI CENTURIES)**

The article contains analysis of organization of justice in Russia under republican regime. After the fall of Empire in 1917 a new model of state has emerged. It was founded on so-called «full power of the Soviets» principle. Justice bodies have become an integral part of the Soviets mechanism and lost its independence. Formal democracy of new organization of justice could not prevent reinforcing its repressive role under totalitarian regime. At the end of the Soviet period in 1980s and 1990s the last judicial reform was launched. It has produced a liberal democratic model of justice and entrenched formally independent justice in contemporary Russia.

**N.U. Erpyleva**

### **SETTLEMENT RELATIONS IN THEORY OF BANKING LAW AND RUSSIAN LEGISLATION**

The present article is focused on the key issues concerning the role and significance of settlement relations in theory of Banking Law and their regulation by Russian Legislation. The author analyses the legal nature of settlement relations in their interaction with the category of money obligations, having proposed the own definition of such relations. The subject of research also includes the types and forms of settlement relations identified in theory of Banking Law and Russian Legislation. Author's conclusions are based on scrutinized analysis of many doctrinal sources and normative documents.

**A.G. Kalpin**

### **RESPONSIBILITY OF SHIP-HANDLERS FOR DAMAGE CAUSED BY NON-CARGO OF FREIGHT**

The author deals with regulation issues covering non-charge of freight, its loss, shortage, damage, etc. The issues are regulated by legislation, precedents and traditions, also by charters. The author also studies the role of international legal acts in defining liability. One more object of analysis is regulation of discharge from liability.

**A.A. Shakhmametiev**

### **CATEGORY OF REGIME IN LEGAL MECHANISM OF TAXATION**

Author studies issues covering place and meaning of category of regime in taxation law. He presents an analysis of legal nature and content of this category. There are a detailed characteristics of the category in legal regulation in three main meanings: legal as a whole, branch and institutional one. Article also looks at tax regime as a separate institute of Russian tax legislation, gives analysis of system of main elements of legal regulation of its implementation, proposes classifications of the tax regimes.

## **LEGAL EDUCATION REFORM**

**N.A. Bogdanova**

### **TEACHING CONSTITUTIONAL LAW: IN SEARCH OF FUNDAMENTAL EDUCATION PATTERN**

Sufficient changes of the social system in Russia turned to be reasons for the reform in teaching constitutional law at the law faculties in Russian universities. The author argues that subjects of Russian and foreign constitutional law, still divided, must become integral parts of the single whole system of constitutional knowledge. The function of a uniting element of the two parts must be fulfilled by an academic course under the title «General part of Constitutional law» taught at the law faculty of Moscow State University since 1991.

**D.V. Kusnetsov**

### **STATUS OF DEAN OF FACULTY AND HEAD OF CHAIR**

Status of deans and heads of chairs in educational establishments is of crucial importance for the efficient functioning of universities. The author argues that after reforms in labour and education legislation the peculiarities of their positions are not fully realized. Collisions and blanks in normative legal acts cause considerable complications in its implementing.

## **DISCUSSION CLUB**

### **CONSTITUTIONAL MECHANISM OF POWER IN CRISIS TIMES**

Materials of a round table, under the auspices of the Journal in the Higher School of Economics, devoted to 15th anniversary of the Russian Constitution. Addresses by V.A. Tumanov, T.G. Morshakova, U.M. Baturin, M.A. Krasnov, G.V. Minh, N.S. Krylova.

## **BOOK REVIEW**

**N.M. Nesterova**

### **COPYRIGHT IN RUSSIA AND FRANCE: COMPARATIVE LEGAL ASPECT**

The article contains analysis of main points of the book «Copyright on fine art in Russia and France». Moscow, 2009 about Russian and French legislation on fine art.

## **LAW IN FIGURES**

**C.V. Krotkov, I.A. Krugovykh**

### **STATISTICAL DIMENSIONS OF LAW-MAKING**

Authors present an analysis of law-making activities of Parliament of the Russian Federation from 1994 to 2008.

## **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 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации, библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общие требования и правила составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии. Подробная информация на сайте <http://law-journal.hse.ru>

Статьи должны сопровождаться краткой аннотацией и ключевыми словами на русском и английском языках.

Рукописи направляются по адресу: 119017, Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, оф. 212 (с приложением дискеты) или по e-mail: [lawjournal@hse.ru](mailto: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 20.03.2009. Формат 70×80/16  
Усл. печ. л. 8. Тираж 600 экз.  
Отпечатано в типографии

Тираж изготовлен при содействии ООО «МАКС Пресс»

# ОБЪЯВЛЕНА ПОДПИСКА

**НА ЖУРНАЛ  
«ПРАВО. ЖУРНАЛ ВЫСШЕЙ  
ШКОЛЫ ЭКОНОМИКИ»  
НА ВТОРОЕ ПОЛУГОДИЕ 2009 г.**

КАТАЛОГ «ГАЗЕТЫ И ЖУРНАЛЫ — 2009»  
АГЕНТСТВА «РОСПЕЧАТЬ»  
**подписной ИНДЕКС — 47097**

Распространяется по России и странам СНГ

ПОДПИСАТЬСЯ МОЖНО ВО ВСЕХ  
ПОЧТОВЫХ ОТДЕЛЕНИЯХ

Дополнительная информация о подписке на сайте  
Издательского дома корпоративного портала ГУ ВШЭ:

<http://www.hse.ru>

или на сайте журнала <http://law-journal.hse.ru>

По вопросам подписки обращаться по т.(495) 772-95-71

# Факультет права

## **Государственного университета — Высшей школы экономики — качественное юридическое образование экономической направленности**

Факультет готовит юристов для крупных юридических компаний, бизнеса и органов государственной власти, а также преподавателей и исследователей для образовательных и научных организаций.

Важнейшими направлениями подготовки являются: гражданское и предпринимательское право, финансовое право, экономика, международное частное и международное публичное право, иностранные языки; углубленное изучение специальных курсов, ориентированных на практическую деятельность юриста; научные исследования.

Занятия проводятся ведущими профессорами, учеными-юристами и практиками.

**Факультет сотрудничает** с Университетом Париж-1 Пантеон Сорбонна по программе «Юридическое сопровождение экономической деятельности». На 4-м и 5-м курсах занятия на факультете проводятся профессорами из Сорбонны. По окончании занятий студенты получают диплом магистра права 1-й степени (Master 1). Диплом магистра права 2-й степени (Master 2) студенты могут получить, проучившись год в Париже.

**Факультет предоставляет** студентам возможность по окончании 4-го курса продолжить свое образование на факультете права, экономики и финансов Университета Люксембурга по финансово-правовой и международно-правовой специализациям.

Проучившись год в Люксембурге, включая стажировку в Страсбурге, **студенты получают диплом магистра европейского права.**