

Право

1/2013

журнал
высшей
школы
экономики

ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Учредитель

Национальный
исследовательский
университет «Высшая
школа экономики»

Редакционный совет

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

Редакционная коллегия

А.С. Автономов
Н.А. Богданова
Н.Ю. Ерпылева
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.: 8 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя и распространителя

Фактический: 115230,
Москва, Варшавское ш., 44а,
Издательский дом
Высшей школы экономики.
Почтовый: 101990,
Москва, ул. Мясницкая, 20
Тел./факс: 8 (495) 772-95-71
e-mail: id.hse@mail.ru
www.hse.ru

© НИУ ВШЭ, 2013

Правовая мысль: история и современность

Антонов М.В.

Ганс Кельзен (1881–1973): основные вехи интеллектуального пути 3

Сюкияйнен Л.Р.

«Арабская весна» и исламская правовая мысль 16

Гетьман-Павлова И.В.

Понятие «вежливость» в коллизийной доктрине Ульрика Губера 38

Полдников Д.Ю.

Научная доктрина *ius commune* как формальный
источник права в Западной Европе в XII–XVIII веках 64

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Крылова Н.С.

Конституционные основы финансовой деятельности государства 81

Ялбулганов А.А.

Региональный финансовый контроль в Российской Федерации:
организация и правовые основы деятельности 92

Панова И.В., Городецкая Е.А.

Агропромышленному комплексу необходимо
новое законодательное обеспечение 102

Полякова Т.А., Химченко А.И.

Актуальные организационно-правовые вопросы
трансграничной передачи персональных данных 113

Батусова Е.С.

Трудовой договор с руководителем организации 123

Право в современном мире

Воронина А.С.

Международно-правовые формы сотрудничества государств
по исследованию и использованию космического пространства 141

Постникова Е.В.

Реализация свободы предоставления услуг:
принцип взаимного признания 151

Уманский А.В., Маркунцов С.А.

Основные тенденции изменений уголовно-правовых запретов
Особенной части Уголовного кодекса Германии 173

Summary

196



Publisher

National Research
University «Higher School
of Economics»

Editorial Council

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

Editorial Board

A.S. Avtonomov
N.A. Bogdanova
N.Yu. Yerpylyova
V.B. Isakov
A.N. Kozyrin
M.A. Krasnov
G.I. Muromtsev
M.I. Odintsova
O.M. Oleynik
Yu.P. Orlovsky
I.V. Panova
V.A. Sivitsky
O.M. Teplov
V.A. Chetvernin
Yu.M. Umashev

Chief Editor

I.Yu. Bogdanovskaya

Address:

Malaya Ordynka Str., 17,
Moscow, P.O. 119017,
Russia
Tel.: 8 (495) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Legal Thought: History and Modernity

Antonov M.V.

Hans Kelsen(1881–1973): Main Stages of Theoretical Research 3

Siukiyainen L.R.

“Arab Spring” and Islamic Legal Thought 16

Get'man-Pavlova I.V.

Politeness in Ulrik Huber's Conflict of Laws Doctrine 38

Poldnikov D.Yu.

Ius Commune Doctrine as a Formal Source of Law
in Western Europe in the 12th and 13th Centuries 64

Russian Law: Condition, Perspective, Commentaries

Krylova N.S.

Constitutional Principles of the Financial Activity of the State 81

Yalbulganov A.A.

Regional Financial Control in Russian Federation: Structure and
Fundamentals 92

Panova I.V., Gorodetskaya E.A.

Agro-Industry Requires New Legislation 102

Polyakova T.A., Khimchenko A.I.

Topical Organizational and Legal Issues of Cross-Border
Transfer of Personal Data 113

Batusova E.S.

Employment Contract with Company's Principal 123

Law in Modern World

Voronina A.S.

International Law Cooperation Forms to Study and Explore
Outer Space 141

Postnikova E.V.

Implementing Freedom to Provide Services: Mutual Recognition Principle 151

Umanskiy A.V., Markuntsov S.A.

Major Tendencies in Changing Criminal Law Prohibitions
of Strafgesetzbuch Special Part 173

Summary

196



М.В. Антонов

доцент кафедры
теории и истории
права и государства
юридического факультета
Санкт-Петербургского
филиала Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»,
кандидат юридических наук

Ганс Кельзен (1881–1973): основные вехи интеллектуального пути*

В статье дается общая характеристика правовой концепции известного правоведа XX века Ганса Кельзена (1881–1973) и исследуются основные биографические факты его интеллектуального пути. Автор особенно подчеркивает связь между развитием представлений Кельзена о праве и его практической деятельностью как преподавателя, юриста, судьи. В работе делается акцент на формировании взглядов австрийского ученого до начала Второй мировой войны — именно в этот период, по мнению автора статьи, были заложены мировоззренческие и концептуальные основы чистого учения о праве.

Ключевые слова: Кельзен, чистое учение о праве, нормативность, правопорядок, основная норма, конституционный надзор, философия права, правовой позитивизм.

Правовая концепция Кельзена явилась, пожалуй, одним из основных объектов философско-правовой рефлексии и критики в XX в., точкой опоры для одних теоретиков права, точкой отталкивания — для других. Эта концепция знаменует собой своеобразную точку невозврата для юриспруденции — невозможность наивной веры в объективность и идеологическую нейтральность понятий юридической догмы. Критическая работа автора чистого учения о праве привела к обрушению многих мифов (о необходимых границах между субъективным и объективным, публичным и частным, международным и государственным правом и т.п.). Более того, Кельзен поставил перед наукой о праве, служению которой посвятил свою жизнь, кардинальные по своей значимости вопросы, уйти от которых эта наука уже не может: о последних основаниях действительности правовых норм, о гносеологических условиях единства правового порядка, о взаимоопределимости понятий государства и права. В современной западной правовой традиции учение Кельзена является своеобразным локусом, топом (если использовать термины риторики), вокруг которого строятся научные дискуссии о нормах права. Но его правовое уче-

* Данное исследование выполнено при финансовой поддержке РФНФ (грант 11-03-00637а).

ние весьма сложно для восприятия и вызывает неоднозначную реакцию у правоведов¹.

Действительно, творчество Кельзена включает более 300 публикаций объемом более 11 тысяч страниц, не считая архивных материалов. Поэтому полномасштабное описание, комментарий всей политико-правовой концепции представляется делом трудновыполнимым (публикаций, посвященных анализу сразу всех аспектов творческого наследия Кельзена, пока нет и в мировой науке). В настоящей работе, посвященной 40-летию со дня смерти этого мыслителя, мы не ставим задачу рассказать про Кельзена все или хотя бы многое — для этой цели потребовалось бы публиковать обширные монографии. Принимая во внимание достаточно скромные объемы русскоязычных исследований, посвященных творчеству Кельзена, мы сосредоточимся на важнейших моментах интеллектуального пути мыслителя, влиянии этих моментов на формирование взглядов австрийского правоведа.

Разработка чистого учения о праве — по сути, учения о правовых нормах — была центральной темой творчества Ганса Кельзена, хотя и не единственной. Научную программу деидеологизации знания о праве, изучения права как самозаконного регулятивного механизма, разграничения сфер нормативного и фактического, преодоления дуализма права и государства Кельзен обозначил уже в своем первом крупном исследовании «Основные проблемы учения о государственном праве, развитого с точки зрения учения о юридическом правиле» (1911) — в «критическом исследовании, нацеленном на важнейшие проблемы государственного права»². Уже после этой публикации стали ясны основные очертания критической программы чистого учения о праве, направленной на развенчание идеологических догм и предрассудков о праве³. Промежуточный итог реализации этой программы подвело первое издание «Чистого учения о праве» (1934)⁴. С течением времени Кельзен пересматривает отдельные элементы своего учения; наиболее значительными результатами такого пересмотра являются второе издание «Чистого учения о праве» (1960)⁵, а также наброски новой теории норм, которые были опубликованы уже после смерти Кельзена под названием «Общая теория норм» (1979)⁶. Рискнем утверждать, что ни одна из перечисленных либо иных работ не отражает полноты и многообразия представлений Кельзена о праве⁷.

¹ См. об этом: *Полсон С.Л.* Сущность идеи правового позитивизма / Пер. с англ. М.В. Антонова // Правоведение. 2011. № 4. С. 32–49.

² *Kelsen H.* Autobiographie (1947) / Hans Kelsens Werke. Tübingen, 2007. Bd. 1. S. 37.

³ Именно такая критика была основным содержанием «Основных проблем...» 1911 г. Кельзен находил в науке государственного права того времени «ужасную путаницу различных вопросов, постоянное смешение вопросов, отождествление вопроса о том, что есть позитивное право, с вопросом о том, каким оно должно быть с той или иной мировоззренческой позиции... увязывание вопроса о том, как должны действовать субъекты позитивного права, с вопросом о том, как они ведут себя в действительности». *Kelsen H.* Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz. Tübingen, 2008. Bd. 2. S. 62.

⁴ *Kelsen H.* Reine Rechtslehre. Leipzig; Wien, 1934. Цит. по: *Кельзен Г.* Чистое учение о праве. 1-е изд. / Пер. с нем. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4. С. 416–495.

⁵ *Kelsen H.* Reine Rechtslehre. Wien, 1960. Цит. по: Чистое учение о праве Ганса Кельзена: сб. пер. / Пер. с нем. С.В. Лезова, Ю.С. Пивоварова. М., 1987–1988.

⁶ *Kelsen H.* Allgemeine Theorie der Normen. Wien, 1979.

⁷ Впрочем, это не только наше мнение: «Ни одна из книг Кельзена, даже столь монументальная, как второе издание «Чистой теории права» (1960), опубликованная, когда Кельзену было уже

Суть научной программы Кельзена заключалась в последовательном очищении правоведения от элементов фактичности при помощи неокантианского деления между науками о природе и науками о духе, причинно-следственными (каузальными) науками и нормативными (идеографическими) науками, между нормами и ценностями⁸. В основе данной программы лежала неокантианская убежденность Кельзена, что разные методологические подходы приводят к конструированию разных предметов научного исследования — право как предмет юриспруденции будет содержательно отлично от права как предмета социологии или психологии. Данные предметы не имеют точного коррелята в реальной действительности — это лишь научные конструкции, вводящие единство в процесс познания; значения, приписанные предметам со стороны субъекта познания⁹. Не то чтобы Кельзен пытался отрицать фактическое измерение права¹⁰ либо объявить исследование этого измерения антинаучным — его идея заключалась в создании отдельной прикладной дисциплины, которая занималась бы последовательным описанием права «таким, каково оно есть» с точки зрения специфической методологии юриспруденции. Речь идет о сугубо инструментальном понимании права, об изучении права в его конкретике, в процессах создания и применения, а не с точки зрения идеалов и идеологий.

Кельзен любил подчеркивать, что его чистое учение лишь переводит на научный язык то, что о праве думают обычные юристы, и что он описывает то, как юристы с правом работают¹¹. Поэтому неудивительно, что задачи, которые австрийский мыслитель ставил перед теоретическим правоведением, отчасти находят свое объяснение в тех биографических фактах его профессиональной деятельности, к характеристике которых мы и переходим. Мы особо подробно останавливаемся на периоде жизни мыслителя до Второй мировой войны, поскольку именно в этот период сложились его основные мировоззренческие и научные принципы. Впоследствии, в годы эмиграции в США основы концепции Кельзена не претерпели кардинальных изменений, хотя ученый пересмотрел ряд положений чистого учения о праве. Но с точки зрения формирования мировоззренческой базы его взглядов эти изменения носят вторичный характер.

Кельзен родился 11 октября 1881 г. в Праге, в 1884 г. его семья переехала в Вену, где мыслитель жил на протяжении последующих 45 лет. В 1892 г. Кельзен поступил

под восемьдесят, не может рассматриваться в качестве окончательной версии его теории». *Bulygin E. An Antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law // Ratio Juris. 1990. № 3. P. 30.*

⁸ См.: *Paulson S.L. Faktum/Wert-Distinktion: Zwei-Welten-Lehre und immanenter Sinn. Hans Kelsen als Neukantianer // Neukantianismus und Rechtsphilosophie / Alexy R. et al. (hrsg). Baden-Baden, 2002. S. 223–251.*

⁹ См.: *Kelsen H. Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht. Tübingen, 1922. S. 124.*

¹⁰ Возможность изучения такого измерения права была, в частности, обоснована в социологическом исследовании Кельзена о происхождении научного мышления: *Kelsen H. Vergeltung und Kasualität: Eine soziologische Untersuchung. Chicago, 1941* (расширенный английский перевод — *Kelsen H. Society and Nature. A Sociological Inquiry. L., 1946*). Хотя в общих чертах эти социологические идеи Кельзена были сформулированы еще в 1911 г. в «Основных проблемах учения о государственном праве».

¹¹ «Это учение лишь хочет довести до сознания то, что все юристы делают зачастую бессознательно». *Кельзен Г. Чистое учение о праве. С. 473.*

в элитную Академическую гимназию (выдержав экзаменационное испытание), где учился вместе с Ф. фон Мизесом, будущим знаменитым экономистом. После окончания гимназии в 1900 г. Кельзен в течение года проходил обязательную срочную военную службу. После окончания службы молодой человек должен был выбрать будущую профессию. По настоянию родителей он поступил на юридический факультет Венского университета, первоначально не имея никакой тяги к правоведению, интересуясь более философией и литературой¹².

Стиль преподавания юридических дисциплин не добавил Кельзену любви к юриспруденции, он с первого же курса прекратил посещение большинства лекций, готовясь к экзаменам по учебникам. Два лекционных курса составляли исключение — лекции по философии права профессора Лео Штрисовера на первом курсе и лекции по государственному праву профессора Эдуарда Бернацика на втором. Эти два предмета захватили весь интерес молодого человека, именно их изучению он посвящал большую часть своего времени, тратя минимум усилий для подготовки к экзаменам по другим дисциплинам. Интерес к философско-правовой проблематике материализовался в студенческой работе Кельзена, посвященной учению Данте о государстве — эта работа вышла в свет в 1905 г.¹³

В 1906 г. Кельзен заканчивает университетский курс. Семейная ситуация поставила молодого человека в достаточно затруднительное положение. Его отец из-за заболевания сердца с 1905 г. уже не мог вести дела и обеспечивать свою семью. В 1907 г. Адольф Кельзен умирает, что ставит его детей перед необходимостью самостоятельно зарабатывать себе на жизнь. Ганс Кельзен начинает давать частные уроки по подготовке студентов к экзаменам, поступает на службу в судебную канцелярию (сначала в районном — в 1906 г., а с 1907 г. — в земельном суде). Одновременно он подрабатывает помощником адвоката¹⁴. Временно выйти из трудностей и продолжить обучение позволила стипендия на стажировку в Гейдельберге, которую молодой исследователь получил в 1908 г. В Гейдельберге Кельзен посещал семинар Георга Еллинека, но лекции великого правоведа оставили молодого мыслителя «безучастным и даже разочарованным». Впрочем, в Гейдельберге он мог позволить себе вплотную заняться продолжением подготовки труда по проблемам теории государственного права, над которым начал работать еще в 1903 г.

После возвращения в Вену Кельзен получает должность секретаря государственного музея торговли (под «музеем» в терминологии того времени понималось научно-исследовательское учреждение, которое занималось хранением и изучением артефактов, историческими исследованиями). Одновременно он начинает преподавать в действующей при этом музее Академии внешней торговли (читая курс о государственном праве и управлении в балканских странах). Через год молодому ученому еще раз удается получить стипендию на стажировку, на этот раз в Берлине, где он проводит 1910/1911 учебный год. После стажировки Кельзен возвращается в Вену и работает секретарем в канцелярии Венского университета, делая последние приготовления к защите своего габилитационного исследования.

¹² См.: *Kelsen H. Autobiographie (1947) // Hans Kelsens Werke. Tübingen, 2007. Bd. 1. S. 34.*

¹³ См.: *Kelsen H. Die Staatslehre des Dante Alighieri // Wiener rechtswissenschaftliche Studien. 1905. Bd. 6. № 3, переиздано в: Hans Kelsens Werke. Tübingen, 2007. Bd. 1. S. 134–300.*

¹⁴ См.: *Busch J. Hans Kelsen in Ersten Weltkrieg. Aschenzeit einer Weltkarriere // Hans Kelsen: Leben — Werk — Wirksamkeit / Walter R., Ogris W., Olechowski T. (hrsg). Wien, 2009. S. 61–62.*

В 1911 г. мыслитель со своей работой об основных проблемах теории государственного права¹⁵ прошел габилитацию и получил допуск к преподаванию государственного права и философии права в Венском университете. В те годы Кельзен пишет пару статей о социологическом подходе к праву¹⁶, которые потом послужили методологической основой для критики социолого-правовой концепции Ойгена Эрлиха¹⁷. Полемика 1915–1916 гг. с Эрлихом о методах социологии права, пожалуй, является наиболее заметным событием той эпохи в интеллектуальном становлении Кельзена¹⁸. В течение нескольких лет он преподает в Академии, в 1914 г. основывает журнал «*Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht*»¹⁹. В том же году молодой преподаватель получает (после пяти лет преподавания) звание доцента в Академии внешней торговли, но, как он с иронией пишет в своей автобиографии, «радость от этого успеха была недолгой»²⁰, поскольку почти сразу после получения им в июле 1914 г. доцентства начинается Первая мировая война.

В связи с началом войны Кельзен был призван на военную службу, которую он отбывал сначала в военной прокуратуре, где против своих убеждений поддерживал обвинение по делам о политических преступлениях. Оттуда по причине большого числа оправдательных приговоров по делам с его участием²¹ в 1915 г. он был отослан в министерство обороны, где стал помощником министра обороны по юридическим вопросам. В обязанности Кельзена входило рассмотрение заявлений о помиловании по делам о военных преступлениях; в случае положительного рассмотрения вопроса министерство обороны подавало ходатайство о помиловании на имя монарха. Мыслителю такая работа импонировала, впоследствии он характеризовал свою деятельность на этом посту как «весьма интересную и соответствующую гуманным наклонностям»²². В 1916–1917 гг. Кельзен работает в статистическом отделе министерства обороны, а в 1917 г. он был допущен (как сотрудник министерства) к работе межведомственного комитета по конституционной реформе²³. Мыслитель подает несколько докладных записок о проведении государственных

¹⁵ Kelsen H. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze. Tübingen, 1911, переиздано в: Hans Kelsens Werke. Tübingen, 2008. Bd. 2. S. 21–878.

¹⁶ Kelsen H. 1) Über Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode. Tübingen, 1911; 2) Zur Soziologie des Rechts // Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik. 1912. Bd. 34. S. 601–614; 3) Die Rechtswissenschaft als Norm- und Kulturwissenschaft // Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche. 1916. Bd. 40. S. 1181–1239.

¹⁷ Дискуссия Ганса Кельзена и Ойгена Эрлиха // Эрлих О. Основоположение социологии права / Пер. с нем. М.В. Антонова. СПб., 2011. С. 595–637.

¹⁸ Rottleuthner H. Rechtstheoretische Probleme der Soziologie des Rechts. Die Kontroverse zwischen Hans Kelsen und Eugen Ehrlich // Rechtstheorie und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen / Krawietz W., Schelsky H. (hrsg). Berlin, 1984. S. 521 usw.; Rein U. Rechtssoziologie und Rechtspositivismus. Die Kontroverse zwischen Eugen Ehrlich und Hans Kelsen 1915–16 // Untersuchungen zur Reinen Rechtstheorie / Paulson S.L., Walter R. (hrsg). Wien, 1986. S. 91 usw.; Antonov M. History of Schism: the debates between Hans Kelsen and Eugen Ehrlich // International Constitutional Law. 2011. Vol. 5. P. 5–21.

¹⁹ В настоящее время журнал продолжает существовать под названием «*Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht*».

²⁰ Kelsen H. Autobiographie (1947). S. 46.

²¹ Эта информация приведена в биографическом исследовании Р. Металла: Metall R.A. Hans Kelsen. Leben und Werk. S. 18.

²² Kelsen H. Autobiographie (1947). S. 47.

²³ Metall R.A. Hans Kelsen. Leben und Werk. S. 24.

реформ, в том числе непосредственно монарху²⁴. Но правительственной реформе политического строя так и не было суждено свершиться, и в 1918 г. Габсбургская монархия пала. В военные годы все силы Кельзена уходят на работу в министерстве, он практически не публикуется.

Тем не менее, с 1914 г. вокруг Кельзена начинает образовываться кружок разделявших его взгляды учеников (Адольф Меркль, Альфред Фердросс и др.), развивавших чистое учение о праве в различных направлениях²⁵. Кружок образовался в связи с еженедельными семинарами, которые Кельзен проводил для учеников по субботам, в свободное от работы время на своей квартире²⁶. В дебатах на этих семинарах в 1914—1918 гг. преимущественно оттачивались и определялись основные очертания того чистого учения о праве, которое Кельзен будет развивать после войны. Об очертаниях новой теории права, которые стали ему ясны в годы войны, Кельзен писал так: «С погружением в кантианскую философию марбургского направления, которая была нацелена на высшую степень чистоты методов, мой взгляд все четче ухватывал многочисленные весьма сомнительные и туманные положения, которые впитывала в себя теория права через осознанные или неосознанные тенденции авторов... Отныне мне стал ясен и третий, наиболее значимый дуализм, лежащий в основании господствующего учения — противопоставление государства и права, на котором базировались оба ранее исследованных мною противопоставления — между субъективным и объективным правом, между частным и публичным правом»²⁷.

Годы министерской службы не прошли напрасно для академической карьеры ученого — при поддержке министра обороны Кельзену удается обойти многочисленные антисемитские препоны кайзеровского режима и поступить на преподавательскую должность в Венском университете. Преподавание в университете Кельзен начинает с такой дисциплины, как военное право, по которой он имел основательную практическую подготовку. С 1917 г. мыслитель начинает читать военное право в Венском университете, летом 1918 г. он получил должность внештатного профессора (а с 19 июля 1919 г. — ординарного профессора) в университете, совмещая эту должность с преподаванием (с 1908 по 1918 гг.) государственного права в Венской экспортной академии (Академии внешней торговли)²⁸.

Мыслитель сочувственно относится к проектам установления конституционного строя, предлагаемым социал-демократами, активно участвовал в их обсуждении. Это принесло свои практические плоды — после прихода к власти социал-демократов, когда началась разработка конституции Австрии, канцлер временного правительства Австрийской республики Карл Реннер, известный теоретик права,

²⁴ См.: *Kelsen H. Autobiographie* (1947). S. 50–51.

²⁵ Среди других выдающихся учеников Кельзена можно назвать Фрица Зандера, Эриха Фегелина, Альфа Росса, Шарля Эйзенмана, Франца Вейра, Феликса Кауфмана (о школе Кельзена см.: *Metall R. Hans Kelsen und seine Wiener Schule der Rechtstheorie* // Hans Kelsen zum Gedenken. Wien, 1974).

²⁶ См.: *Zeleny K. Der Kreis um Kelsen: Die Wiener rechtstheoretische Schule* // Hans Kelsen: Leben — Werk — Wirksamkeit. S. 137–148.

²⁷ *Kelsen H. Selbstdarstellung* (1927) // Hans Kelsens Werke. Tübingen, 2007. Bd. 1. S. 22.

²⁸ См.: *Olechowski T. Hans Kelsen und die Universität Wien* // Hans Kelsen und Bundesverfassung. Wien, 2010. S. 33–39; *Busch J. Hans Kelsen an der Exportakademie in Wien (1908–1918)* // Grundlagen der österreichischen Rechtskultur / Olechowski T., Neschwara C., Lengauer A. (hrsg.). Wien; Köln; Weimar, 2010. S. 69–108.

лидер социал-демократической партии, в 1918 г. включил Кельзена в рабочий комитет по подготовке проекта конституции Австрии. В качестве консультанта канцлера и советника парламентского комитета по конституционной реформе Кельзен с 1918 по 1921 гг. принимает деятельное участие в разработке основного закона Австрии²⁹. Он подготавливает несколько проектов конституционных законов³⁰, элементы которых частично вошли в принятый 1 октября 1920 г. основной закон Австрии — Федеральную конституцию, которая действует до настоящего времени. Одним из таких элементов стал параграф главы «О гарантиях конституции и управления», где была закреплена предложенная Кельзенем идея и схема судебного конституционного надзора. В 1921 г. Кельзен назначается на должность судьи Конституционного суда Австрии, на которой он состоит до 15 февраля 1930 г.³¹

Несмотря на известность в Европе из американского опыта проблематики судебного контроля за конституционностью законов, предложенная Кельзенем схема содержала принципиально новые принципы деятельности отдельного юрисдикционного органа конституционного надзора, независимого от других властных органов³². До этого европейская правовая доктрина исходила из того, что контроль за соответствием обычных законов высшему, основному закону является вопросом не юрисдикционной, а управленческой деятельности и входит в компетенцию не суда, а главы государства. На этой почве возник известный спор, кто же должен быть гарантом конституции (президент или суд), между Кельзенем и другим ведущим теоретиком права той эпохи — Карлом Шмиттом³³.

Вопрос затрагивал такой базовый постулат западной демократии, как институт разделения властей. Если исходить из доктрины, согласно которой власти должны быть строго отделены друг от друга и одна власть не должна вторгаться в пределы компетенции другой власти, то идея судебного контроля за содержанием законов нарушает эту доктрину. Именно на это обратил внимание К. Шмитт, утверждая, что попытки перенести на европейскую почву американский опыт судебного конституционного надзора вступают в противоречие с принципом разделения властей, угрожая узурпацией законодательной власти со стороны судей. Возражая Шмитту и защищая свою концепцию конституционного контроля, Кельзен отмечал, что разделение властей есть лишь один из идеологических постулатов либеральной философии, который не отражает политические реалии демократических госу-

²⁹ Кельзен подготовил несколько пояснительных докладных записок (о будущем федеративном устройстве Австрии, о международной правосубъектности), а также проект закона о конституционном суде, на основе которого были разработаны ст. 137–148 австрийской Конституции (см.: *Olechowski T.* Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung // Hans Kelsen: Leben — Werk — Wirksamkeit. S. 212ff.).

³⁰ См.: *Schmitz G.* Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung. Wien, 1981.

³¹ См. о деятельности Кельзена в качестве конституционного судьи: *Neschwara C.* Kelsen als Verfassungsrichter // Hans Kelsen: Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts / Paulson S.L., Stolleis M. (hrsg.). Tübingen, 2005. S. 353–384.

³² См.: *Кельзен Г.* Судебный контроль законодательства: сравнительное исследование австрийской и американской конституций / Пер. с англ. А.А. Краевского // Правоведение. 2012. № 2. С. 190–202.

³³ См.: *Schmitt C.* Hüter der Verfassung // Archiv des öffentlichen Rechts. 1929. № 55. S. 161–237; расширенное издание: *Schmitt C.* Hüter der Verfassung. Tübingen, 1931; ответ Кельзена: *Kelsen H.* Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (1932) Tübingen, 2008.

дарств. Все функции государственной власти содержательно сводятся к одной — созданию и применению норм права. Правотворчество и правоприменение суть единый процесс, который может быть разделен лишь в абстракции.

Кельзен предполагал, что правопорядок каждый раз перестраивается, воссоздается при решении конкретного дела за счет толкования правоприменителем общих норм, которые являются рамками для судебного установления индивидуальных норм права³⁴. С этой точки зрения разделение компетенций между законодателями и судьями есть не разделение функций, а лишь разделение труда в одном и том же процессе. Поэтому нет ничего противоречащего принципам демократии, если на одной из ступеней правоприменения один орган (суд) конкретизирует, уточняет объективное значение акта воли другого органа (парламента) путем конституционного толкования принятого парламентом закона³⁵.

В 1920-е годы мыслитель публикует ряд работ, в которых конкретизирует контуры своего чистого учения о праве применительно к вопросам государственного, международного права, к проблемам теории и философии права³⁶. Кельзен активно участвует в венской интеллектуальной жизни тех лет³⁷, живо интересуется психоаналитическими разработками Зигмунда Фрейда и его школы³⁸, пишет несколько работ, где пытается связать фрейдизм с вопросами социальной и правовой философии³⁹. Но основное внимание мыслитель по-прежнему уделял теоретико-правовым вопросам. С течением времени спектр идей, которые попадали под критическое рассмотрение Кельзена, расширялся. От теоретических, но все еще отраслевых проблем государственного права он движется к вопросам теории международного права и общей теории права и государства.

³⁴ Именно с этой точки зрения получает обоснование европейская модель конституционного контроля законодательства, впервые обозначенная Кельзеном при подготовке австрийской конституции 1920 г.: *Kelsen H. Die Verfassung Österreichs // Jahrbuch für öffentliches Recht der Gegenwart. 1922. № 11. S. 264.* Не случайно Рене Марчич видел в идее конституционного правосудия истинный смысл чистого учения о праве. *Marcic R. Verfassungsgerichtsbarkeit als Sinn der Reinen Rechtslehre // Die moderne Demokratie und ihr Recht. Festschrift für Gerhard Leibholz. 1966. Bd. 2. S. 481ff.* На русском языке см.: *Кельзен Г. Судебная гарантия конституции (конституционная юстиция) / Пер. с нем. Д.В. Даниленко // Право и политика. 2006. № 8. С. 5–14; № 9. С. 5–18.*

³⁵ См. подробнее: *Тропек М. Кельзен, теория толкования и структура правового порядка / Пер. с фр. М.В. Антонова // Российский ежегодник теории права. 2011. № 4.*

³⁶ *Kelsen H. 1) Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre. Tübingen, 1920; 2) Der soziologische und der juristische Staatsbegriff. Kritische Untersuchung des Verhältnisses von Staat und Recht. Tübingen, 1922; 3) Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1925; 4) Das Problem des Parlamentarismus. Wien; Leipzig, 1925; 5) Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus. Charlottenburg, 1928.*

³⁷ См.: *Mettl R.A. Hans Kelsen. Leben und Werk. S. 32.*

³⁸ С 1911 г. Кельзен является членом Венского психоаналитического общества, участвует в его заседаниях и даже выступает с докладом «О понятии государства и массовой психологии по Фрейду» в 1922 г. *Jablonek C. Kelsen and his Circle: The Viennese Years // European Journal of International Law. 1998. № 9. P. 382.*

³⁹ *Kelsen H. 1) Begriff des Staates und Sozialpsychologie. (1922) // // Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross / Klecatsky H., Marcic R., Schambeck R. (hrsg). Wien, 2010; 2) Gott und Staat (1922/1923) // Ibid. S. 139–157; 3) Der Staatsbegriff und Psychoanalyse (1927) // Ibid. S. 209–214.* См. о взаимосвязи научных проектов венских интеллектуалов той эпохи: *Feichtinger J. Wissenschaft als reflexives Projekt. Von Bolzano über Freud zu Kelsen: Österreichische Wissenschaftsgeschichte. Bielefeld, 2010, а также: Jablonek C. Kelsen and his Circle: The Viennese Years. P. 368–385.*

Критическая программа Кельзена бросала вызов многим устоявшимся представлениям о государстве и праве, имея целью разрушение идеологических догм, господствующих в юриспруденции. По убеждению мыслителя, «своеобразие социальных структур, которые представляют собой предмет социологического познания — таких как государство, нация, класс и т.п., — заключается в дуализме между идеологией, через которую эти структуры предстают в сознании составляющих данные структуры людей, и так называемой реальностью, которая предстает как действительные фактические отношения между составляющими социальными общности людьми»⁴⁰.

Первоначальной задачей чистого учения о праве как раз и было разоблачение такой стоящей за юридическими конструкциями идеологии. Но разоблачение не означало полного разрушения — за ширмой правовых идеологий Кельзен пытался открыть истинную структуру правового познания, искаженными отражениями которого были постулаты «традиционной юриспруденции»⁴¹. Кельзен в те годы уже был известным лицом в австрийской юридической науке, и его резкая критика привычных понятий и схем правопведения не могла снискать ему благосклонности консервативно настроенных правоведов⁴². Впрочем, спор с критическими выпадами Кельзена против правовой идеологии был бы невозможен на той методологической основе, на которой строил свою критическую программу сам Кельзен: это было бы спором о ценностях, о предпочтениях, которые не могли быть научно доказаны, в том числе и самим Кельзенем. Поэтому на эти выпады большинство правоведов просто не обращали внимания.

Тем не менее новые разработки мыслителя в области государствоведения и теории права встретили активное отторжение со стороны немецкого и австрийского юридических сообществ. Тезисы о взаимоопределимости государства и права, о разделении фактического и нормативного в праве и другие ключевые положения чистого учения о праве подвергались резкой критике⁴³. Со второй половины 1920-х годов осложняются отношения между мыслителем и его коллегами по юридическому факультету, которые враждебно воспринимали как лично Кельзена (не в последнюю очередь из-за его иудейского происхождения⁴⁴), так и его радикальную критику го-

⁴⁰ *Kelsen H. Demokratie // Vortrag auf dem Fünften Deutschen Soziologentag (Oktober, 1926) /* Цит. по: *Olechowski T. Von der «Ideologie» zur Realität der Demokratie // Hans Kelsen: Eine politikwissenschaftliche Einführung / Ehs T. (hrsg). Wien, 2009. S. 113.*

⁴¹ Эту цель со всей отчетливостью он формулирует еще в конце 1920-х годов: *Kelsen H. Juristischer Formalismus und Reine Rechtslehre // Juristischen Wochenschrift. 1929. S. 1723–1726.*

⁴² См.: *Dreier H. Rezeption und Rolle der Reinen Rechtslehre // Festakt aus Anlass des 70. Geburtstags von Robert Walter. Wien, 2001. S. 17–34.*

⁴³ См.: *Paulson S. L. The Theory of Public Law in Germany 1914–1945 // Oxford Journal of Legal Studies. 2005. № 25. P. 525–545. Особенно острый в этом отношении была полемика Кельзена и Германа Геллера в конце 20-х годов: Heller H. Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung // Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. 1928. № 4; Kelsen H. Diskussionsbeitrag // Ibid.; Heller H. Schlusswort // Ibid.*

⁴⁴ Об антисемитизме на юридическом факультете Венского университета и о связанных с этим проблемах Кельзена и его учеников см.: *Busch J., Staudigl-Ciechowicz C. «Ein Kampf ums Recht»? Bruchlinien in Recht, Kultur und Tradition in der Kontroverse zwischen Kelsen und Hold-Ferneck an der Wiener Juristenfakultät // Turning Points and Breaklines / Hornvack S. et al. (hrsg). München, 2009. S. 110–139.*

сподствующих догм правоведения⁴⁵. Сам Кельзен и круг его учеников подвергались если и не гонениям, то, по меньшей мере, дискриминации в университете.

Трудности в отношениях с австрийскими академическими кругами усугубились для Кельзена в связи с изменениями в политической обстановке. В конце 1920-х годов к власти в Австрии приходит христианско-социалистическая партия с ярко выраженной консервативной программой. Кельзен как идейный противник этой программы (идеология сильного государства и связанное с ней ограничение демократических свобод, централизация властного аппарата в ущерб свободам местного самоуправления, профессиональное представительство вместо парламентских выборов, усиление роли главы государства в ущерб полномочиям парламента и т.п.⁴⁶) не мог ждать политических дивидендов от таких перемен.

Политика новых властей не преминула сказаться на личном положении Кельзена. Ранее избранный парламентом состав Конституционного суда распускается, новый состав назначается уже не парламентом, а президентом, и в этом составе Кельзену не находится места (что неудивительно!). Согласно объяснению самого Кельзена, одной из основных причин роспуска Конституционного суда Австрии был конфликт между близкой к католицизму христианско-демократической партией, настаивающей на недопустимости развода супругов, обвенчанных по церковным ритуалам, и социал-демократами, которые с точки зрения своей либеральной программы возможность развода допускали⁴⁷.

В эпоху парламентского большинства социал-демократов право супругов на развод («с особого разрешения» суда) было закреплено в семейном законодательстве, но нижестоящие суды продолжали признавать заключенные после развода браки недействительными со ссылкой на то, что новый закон противоречит естественному (божественному) праву. Нетрудно догадаться, что, когда вопрос в 1927 г. дошел до Конституционного суда, Кельзен занял твердую позицию и настаивал на недопустимости отказа судов применять закон по мотивам мнимого противоречия естественно-правовым предписаниям. Кельзен был докладчиком по этому делу и убедил Суд в недопустимости подобной судебной практики⁴⁸. Новый состав Суда после переизбрания в 1930 г. пересмотрел прежнее решение по делу и

⁴⁵ См. особо дебаты с Александром Хорн-Фернеком (*Hold-Ferneck A. Der Staat als Übermensch, zugleich eine Auseinandersetzung mit der Rechtslehre Hans Kelsens. 1926*; ответ Кельзена: *Kelsen H. Der Staat als Übermensch. Eine Erwiderung. 1926*) и Эрнстом Швиндом (*Schwind E. Grundlagen und Grundfragen des Rechts. 1928*; ответ Кельзена: *Kelsen H. Rechtsgeschichte gegen Rechtsphilosophie? Eine Erwiderung. Wien, 1928*).

⁴⁶ Именно с критикой этой программы и обоснованием ценности демократического плюрализма и парламентаризма связан целый ряд работ мыслителя, написанных в 1920-х годах: *Kelsen H. 1) Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung zur politischen Theorie des Marxismus. Leipzig, 1920*; *2) Demokratisierung der Verwaltung // Zeitschrift für Verwaltung. 1921. № 51*; *3) Das Problem des Parlamentarismus. Wien; Leipzig, 1926*; *4) Justiz und Verwaltung // Zeitschrift für soziales Recht. 1928/1929. № 1*; *5) Vom Wesen und Wert der Demokratie. Tübingen, 1929*. Эти и другие работы собраны М. Иештетдом и О. Лепсиусом в отдельном сборнике: *Kelsen H. Verteidigung der Demokratie. Tübingen, 2006*). Подробнее о политической позиции Кельзена в 1920-х годах см.: *Olechowski T. Von der «Ideologie» zur Realität der Demokratie. S. 113–132*.

⁴⁷ См.: *Metall R.A. Hans Kelsen. Leben und Werk. S. 52*.

⁴⁸ См.: *Нешвара К. Кельзен — судья Конституционного Суда. Его роль в спорных вопросах о браках, заключенных с особого разрешения / Пер. с нем. В.В. Кровельщиковой // Журнал конституционного правосудия. 2008. № 5, 6*.

признал такую судебную практику по бракоразводным делам не противоречащей Конституции, отвергнув мнение предыдущего состава Суда, и по сути лишил действия положения семейного законодательства о разводе «с особого разрешения»⁴⁹. Большинство судей старого состава в новый состав Суда не вошли. Интересно отметить, что Кельзену было предложено войти в новый состав Суда в качестве кандидата от партии меньшинства — социал-демократов, но он отказался со ссылкой на несовместимость судебской должности и партийности⁵⁰.

Когда в 1930 г. Кельзен получил (при помощи будущего президента ФРГ Конрада Аденауэра, который тогда был бургомистром Кельна) приглашение стать профессором государственного права Кельнского университета, он без колебаний это приглашение принял. Поначалу карьера мыслителя в Кельнском университете складывалась успешно, ученый не скрывал свой радости от работы на новом месте, хотя знания австрийского государственного права ему здесь были мало-полезны — пришлось «тратить большую часть времени на изучение позитивного международного права»⁵¹. Кельзен даже избирается на год (1932–1933 гг.) деканом юридического факультета, получает звание ординарного профессора и германское гражданство. Кельнские годы мыслителя были омрачены разве что научной полемикой с К. Шмиттом, но для Кельзена такая полемика была скорее полезной возможностью уточнить и еще сильнее выразить свою позицию.

С приходом в 1933 г. к власти фашистов ситуация кардинально меняется: в силу закона «О восстановлении профессионального чиновничества» все евреи, включая Кельзена, были уволены с должностей государственной службы. Оставаться в Германии становилось небезопасно ввиду как происхождения, так и политических взглядов, и в 1933 г. Кельзен ненадолго возвращается в Вену. Там с целью популяризации своего учения (что было жизненно необходимо ввиду эмигрантского будущего, которое для Кельзена было уже очевидно) он готовит статью о методах и основных понятиях чистого учения о праве, которая переводится и публикуется на шести языках⁵², и начинает работу над расширенным изложением принципов своего правового учения — изложения, которое выйдет в свет через год как первое издание «Чистого учения о праве».

О возобновлении работы в Венском университете в обстановке все усиливающегося в Австрии антисемитизма думать не приходилось, но на руках у Кельзена уже были приглашения к профессуре в Лондонской школе экономики, Нью-Йоркской Новой школе социальных исследований и Женевском университете. С учетом лучшего знания французского языка (по сравнению с английским), Кельзен делает выбор в пользу Женевы — Университетского института высших международных исследований (*Institut Universitaire des Hautes Etudes Internationales*), куда он пригла-

⁴⁹ *Kelsen H. Autobiographie* (1947). S. 77.

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.* Государственное право Германии Кельзен не мог преподавать, поскольку не обладал необходимыми для этого знаниями позитивного законодательства Германии. Теория международного права была для него наиболее оптимальной областью для преподавания в ракурсе государственно-правовых дисциплин.

⁵² См. об этом: *Иешмедт М.* Введение в чистое учение о праве Ганса Кельзена / Пер. с нем. М.В. Антонова // *Российский ежегодник теории права.* 2011. № 4. С. 530–552.

шался на должность профессора международного права⁵³. На новом месте в Женеве работа и жизнь Кельзена складывалась успешно, хотя здесь (как и в Кельне) ему пришлось потратить немало сил, чтобы вникнуть в конкретные детали международного права. Его лекции в Женеве были преимущественно посвящены теоретическим вопросам международного права: путям трансформации международного права в национальное, юридической природе международных организаций (Лиги Наций), обычаю в международном праве⁵⁴.

В 1936–1938 гг. Кельзен дополнительно преподает международное право в немецком университете Праги. Помимо возможности читать лекции на немецком языке, профессорство в Праге давало ему возможность получения гражданства Чехословакии, что было нелишним ввиду опасности лишения германского и австрийского гражданства, — Кельзен, действительно, утратил оба гражданства после аншлюса 1938 г. (гражданство Швейцарии он по формальным основаниям получить не мог). После пары лет попеременного чтения лекций в Женеве и Праге мыслитель вынужден оставить преподавание в Праге из-за антисемитских настроений среди студенчества и пражской немецкоязычной профессуры. Окончательной причиной добровольно отставки послужило получение правоведам письма с угрозой убийства — после оправдания в суде лидера нацистской студенческой группировки, направившего это письмо, Кельзен принимает решение больше не возвращаться в Прагу⁵⁵.

Начало Второй мировой войны заставило Кельзена задуматься о новой перемене места, поскольку он не был уверен, что нейтралитет Швейцарии уберезит ее от оккупации нацистами. В 1940 г. Кельзен решает покинуть Женеву и перебраться в Нью-Йорк, где некоторое время преподает в Новой школе социальных исследований. Вскоре при помощи Роско Паунда он получает приглашение от юридического факультета Гарвардского университета к чтению годового курса лекций (продленного еще на год в 1941 г.)⁵⁶. После окончания работы в Гарварде опять-таки при содействии Паунда Кельзен становится *visiting professor* Калифорнийского университета (факультет политических наук в Беркли), а в 1945 г. получает статус постоянного профессора этого университета и почти одновременно приобретает американское гражданство. В 1945 г. Кельзен также получает назначение на должность советника комиссии ООН по военным преступлениям, его деятельность на этом посту была связана с подготовкой суда над нацистскими преступниками⁵⁷. В 1945 г. он публикует на английском расширенный вариант «Чистого учения о праве» (1934) с акцентом на связь между своими идеями и учениями англо-американских правоведов⁵⁸.

⁵³ См.: *Metall R.A.* Hans Kelsen. Leben und Werk. S. 63–64.

⁵⁴ См.: *Bersier Ladavac N.* Hans Kelsens Genfer Jahre (1933–1940) // Hans Kelsen und das Völkerrecht / Walter R., Jabloner C., Zeleny K. (hrsg). Wien, 2004. S. 169–189.

⁵⁵ См.: *Kelsen H.* Autobiographie (1947). S. 86. См. также: *Osterkamp J.* Hans Kelsen in der Tschechoslowakei // Hans Kelsen: Leben — Werk — Wirksamkeit. S. 305–318.

⁵⁶ Этот курс лекций был опубликован в 1942 г.: *Kelsen H.* Law and Peace in International Relations. Cambridge, Mass., 1942.

⁵⁷ Научную объективность Кельзена характеризует тот факт, что по формально-юридическим причинам (формальное отсутствие компетенции у Нюрнбергского трибунала) он не поддерживал идею создания такого надгосударственного суда.

⁵⁸ См.: *Kelsen H.* General Theory of Law and State. Cambridge, Mass., 1945.

Но рецепции идей Кельзена в американском юридическом научном сообществе так и не произошло, его чистое учение о праве сколько-нибудь значимого интереса в США не вызвало⁵⁹. Мыслителю оставалось только сосредоточиться на исследованиях по международно-правовой тематике, где он, впрочем, достаточно преуспел и стал одним из ведущих мировых специалистов по общей теории международного права⁶⁰. С 1952 г. мыслитель выходит в отставку с профессорской должности, но при этом продолжает свои исследования⁶¹. Даже в преклонном возрасте Кельзен не прекращает работать над новыми работами, чему свидетельством многочисленные архивные материалы и неоконченные произведения, опубликованные после смерти правоведа⁶². Кельзен умирает 19 апреля 1973 года в своем доме в поселке Оринда (Калифорния).

⁵⁹ См.: *Telman D.A.J.* A Path Not Taken: Hans Kelsen's Pure Theory of Law in the Land of the Legal Realists // *Hans Kelsen anderswo. Hans Kelsen abroad / Walter R., Jabloner C., Zeleny K. (hrsg).* Wien, 2010. P. 353–376.

⁶⁰ Особо см.: *Kelsen H.* 1) *Peace through Law.* Chapel Hill, 1944; 2) *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of its Fundamental Problems.* N.Y., 1951; 3) *Principles of International Law.* N.Y., 1952.

⁶¹ Ученый продолжает публиковать свои произведения вплоть до конца 1960-х годов. Последняя опубликованная при жизни Кельзена работа выходит в свет в 1968 г.: *Kelsen H.* *Die Problematik der Reinen Rechtslehre // Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht.* 1968. № 18. S. 143–184.

⁶² Самые заметные, но не единственные: *Kelsen H.* 1) *Allgemeine Theorie der Normen.* Wien, 1979; 2) *Die Illusion der Gerechtigkeit. Eine Kritische Untersuchung der Sozialphilosophie Platons.* Wien, 1985.

Л.Р. Сюкияйнен

профессор кафедры
теории права
и сравнительного
правоведения факультета
права Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики», доктор
юридических наук

«Арабская весна» и исламская правовая мысль*

С конца 2010 г. многие арабские страны вступили в полосу политических кризисов и радикальных перемен, получивших название «арабская весна». Ислам сыграл свою роль в этом процессе. В отдельных странах в результате свержения прежнего режима к власти пришли исламские силы. Ряд аспектов «арабской весны» привлекает повышенное внимание современной исламской правовой мысли. Ее различные течения неодинаково оценивают массовые шествия и неподчинение режиму. Среди таких направлений исламского правоведения выделяется «фикх революции», который с шариатских позиций обосновывает возможность демонстраций и выступлений против власти.

Ключевые слова: «арабская весна», ислам, политические реформы, исламское право, шариат, демонстрации, новшество, «фикх революции».

С конца 2010 г. многие арабские страны переживают острый политический кризис. Так называемая арабская весна выразилась в смене режимов в Тунисе и Египте, в развязывании гражданской войны в Ливии, завершившейся падением прежней системы правления. Подъем массового движения против официальной власти в Йемене привел к отставке президента и выборам нового главы государства. Начавшиеся в Сирии еще весной 2011 г. антиправительственные выступления переросли в 2012 г. в открытое вооруженное столкновение оппозиции с правящим режимом. Если к этому добавить серьезные беспорядки, потребовавшие внешнего вмешательства, в Бахрейне, уличные демонстрации в Кувейте и даже в Саудовской Аравии, рост политической напряженности в Марокко, Алжире и Иордании, то общая характеристика происходящего как революции (по крайней мере по отношению к некоторым странам) не кажется преувеличением.

Учитывая особое место ислама во всех политических процессах в Арабском мире, представляется весьма актуальным оценить ту роль, которую он сыграл в качестве фактора, подготовившего «арабскую весну», а также проследить отношение к ней современной исламской правовой мысли.

* В данной научной работе использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта № 11-01-0136, реализованного в рамках программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2012–2013 гг.

Причины «арабской весны» и ислам

Арабские и западные авторы сходятся в том, что исламский фактор не был в числе основных причин, спровоцировавших наблюдаемые с начала 2011 г. во многих арабских странах политические катаклизмы. Вряд ли можно сомневаться, что главным вызовом для власти здесь стали не радикальные исламские политические движения и организации, а накопившиеся за десятилетия нерешенные политические и социально-экономические проблемы¹. Массовые движения против сохранявшихся в течение десятилетий режимов развернулись не под религиозными лозунгами. Их главным требованием стало проведение глубоких общественных изменений. Ограниченные политические реформы, которые с 2004–2005 гг. осуществлялись в ряде арабских стран², в целом оказались недостаточными для предотвращения кризисных явлений. Наверное, эти меры, в известной степени, помогли выстоять монархическим режимам Персидского залива и Аравийского полуострова, где власть регулярно прибегает к исламскому обоснованию крайне осторожных политических подвижек, не меняющих устоев существующего порядка.

В то же время поверхностные реформы не смогли уберечь режим Хосни Мубарака в Египте от падения, а Абдаллу Салеха в Йемене — от вынужденной отставки. Правда, в отличие от упомянутых монархий, здесь политический ислам не был прямым союзником официальной власти. Скорее наоборот, его практически монополично использовала оппозиция в лице радикальных исламских сил. Однако в указанных двух странах, а также в Ливии и Сирии, где кризис принял наиболее острые формы, противостоящий властям исламский фактор не внес решающего вклада в подготовку политических потрясений 2011–2012 гг.

Вместе с тем было бы неверным вовсе не замечать, что ислам в той или иной форме все же повлиял на созревание кризиса, приведшего, например, к смене власти в Тунисе и Египте. В частности, в годы, предшествовавшие падению, режим Бен Али в Тунисе проводил политику установления жесткого контроля над исламом, максимального сужения рамок его влияния на общественную жизнь страны. Здесь неоднократно возникали локальные конфликты, вызванные ограничением прав мусульманок (в частности, возможности поступления на работу по причине ношения ими хиджаба). К тому же власть прямо вторгалась в частную религиозную жизнь. Например, она фактически заставляла мусульман молиться в определенных лояльных ей мечетях, посягая тем самым на религиозную свободу собственных граждан.

Тунис все дальше шел по пути секуляризации, превращаясь, по сути, в светское государство, которое к тому же стремилось полностью подчинить ислам своим интересам. Такая линия, понятно, вызывала недовольство не только исламских организаций, но и широких слоев рядовых граждан, что усугубляло напряженность в стране. Не случайно здесь еще задолго до кризиса возникли, пусть и не очень влиятельные, общественные движения, объединения, клубы, которые ставили вопрос о демократическом реформировании страны. Интересно, что в их деятельности

¹ См. об этом, в частности: Мельянцева В.А. Кризис в Арабском мире: экономические и социальные аспекты // МЭ и МО. 2011. № 11.

² См. об этом: Реформа в документах. Документальное отражение проектов демократических реформ в Арабском мире. Эль-Кувейт, 2004 (на араб. яз.).

принимали участие отдельные исламские организации, например Движение исламского подъема (Харакат ан-Нахда ал-Исламийя), которое после смены власти превратилось в ведущую политическую силу в Тунисе.

В Египте при Хосни Мубараке также накопилось немало очагов напряженности, связанных с исламом. Центральной была проблема участия исламских организаций в политической жизни Египта, их конфликтных взаимоотношений с режимом. Причем обострению этого противостояния способствовали обе его стороны.

Так, в течение длительного времени (особенно в последние три десятилетия) исламские радикальные силы делали упор на том, что египетская власть впала в неверие, предала ислам и поэтому насильственные методы борьбы с ней являются не только единственно возможными, но и прямо диктуются шариатом. Такая позиция ярко проявилась в убийстве президента Анвара Садата, а также в террористических актах, жертвами которых становились иностранные туристы, что, очевидно, должно было настроить международное сообщество против египетского режима.

Однако после терактов 11 сентября 2001 г. и развертывания антиисламской кампании на Западе исламская радикальная оппозиция в Египте полностью разуверилась в практической осуществимости американских планов демократического реформирования Ближнего Востока, возможности смены власти с помощью внешних сил и не видела иного способа свержения режима, кроме вооруженных выступлений и террора. Правда, это касалось не всего спектра исламских организаций. Например, «Братья-мусульмане» к этому времени внесли существенные коррективы в используемые ими методы политической борьбы и приобрели характер достаточно умеренной, хотя и официально не признанной, организации, которая стремилась, порой небезуспешно, под прикрытием легальных партий практиковать парламентские формы давления на власть. Однако такие изменения принципиально не влияли на общую картину, сводившуюся к жесткому противостоянию режима с исламской оппозицией, которая окончательно связала власть президента Хосни Мубарака с Западом, считая их своим общим врагом.

В свою очередь, египетский режим делал все, чтобы исключить исламские силы из легального политического процесса, лишить их возможности открыто принимать самостоятельное участие в выборах под собственным именем. Это касалось практически всех оппозиционных исламских сил — начиная с «Братьев-мусульман» и заканчивая джихадистскими и салафитскими группами. Одновременно египетская власть сознательно или невольно повышала градус напряженности тем, что пугала граждан своей страны и, главным образом, Запад угрозой прихода к власти исламских радикальных сил в случае качественных изменений политической системы. В итоге со ссылкой на этот достаточно спорный аргумент демократические реформы отодвигались на неопределенный срок. Получается, что и в этом отношении исламский фактор, хотя и косвенно, работал на созревание кризиса, покончившего с режимом.

Кроме того, с исламом оказались связанными и некоторые иные проблемы, которые оставались без внимания власти и вызывали общественное недовольство в Египте. Так, в течение длительного времени многие мечети в стране оставались закрытыми из-за недостатка средств на их ремонт. Одновременно власть установила достаточно жесткие условия для возведения новых мечетей. Несомненно, такая ситуация также способствовала усилению внутренних противоречий в стране, настраивала многих против режима.

Его двусмысленная линия в отношении включения ислама в государственную политику наглядно проявлялась в законодательной деятельности на конституционном уровне. Отметим в связи с этим, что в мае 1980 г. в ст. 2 Конституции Египта было внесено изменение, в соответствии с которым принципы шариата были объявлены не просто основным, а ведущим, главным источником законодательства. Согласно толкованию Верховного конституционного суда страны данное требование конституции относится к будущим законам и обращено к законодателю, который был обязан привести в соответствие с шариатом ранее принятые акты, противоречащие его предписаниям³. Однако до сих пор в Египте сохраняют силу много законов, вступающих в прямой конфликт с шариатом. Единственный шаг, на который формально решилась власть на пути реализации указанного конституционного положения, — принятие в начале третьего тысячелетия нового торгового кодекса взамен прежнего, действовавшего с 1883 г.

Такая двойственная правовая политика, формально провозгласившая верховенство шариата, но фактически игнорировавшая приоритет исламских предписаний, усиливала восприятие Египта как, по существу, светского государства, в котором исламу отводится роль сугубо религиозного феномена. Власть практически не желала и не смогла сделать ислам своим политическим союзником. Даже такие авторитетные исламские центры и государственные институты, как «Аль-Азхар», а также Ведомство фетв (Дар аль-Ифта) во главе с муфтием страны, были поставлены в узкие рамки, которые не позволяли им активно заниматься политическими вопросами. Сам же режим при внесении ограниченных изменений в политическую систему не обращал серьезного внимания на их исламское политико-правовое обоснование.

В этих условиях шариатская аргументация превратилась едва ли не в монополярный политический инструмент исламских радикальных сил. А власть, кроме свалившейся на нее груды социально-экономических проблем, оказалась перед лицом еще одного вызова в лице исламской оппозиции, которая включила в свой идейный арсенал соответствующие исламские политико-правовые аргументы. Так, исламисты, взявшие на вооружение концепцию «такфира», открыто обвиняли власть едва ли не во всех арабских странах в неверии. Следуя данной логике, некоторые мусульманские правоведы и политологи уже после падения режимов в Тунисе и Египте, в разгар массовых беспорядков в Йемене и Ливии акцентировали внимание на том, что именно светские режимы не справились с накопившимися невзгодами. На взгляд немалого числа мусульманских мыслителей, правители ряда арабских стран фактически игнорировали шариат и, в результате, потеряли доверие граждан. Поэтому они должны были уйти.

Однако все отмеченные относящиеся к исламу обстоятельства не оказали решающего воздействия на подспудно зревший в Египте политический взрыв. Оказалось, что массовое недовольство порядками в стране и решимость широких слоев граждан свергнуть режим вышли далеко за рамки претензий исламских сил и ожиданий глобальных политических игроков. Эти народные выступления лишили актуальности не только американские планы демократизации региона (которые, кстати говоря, пусть и с опозданием, допускали включение исламских сил в легаль-

³ См. об этом: Сюкияйнен Л.Р. Шариат как источник законодательства: конституционная теория и практика арабских стран // Парламентаризм: проблемы теории, истории, практики. М., 2010.

ный политический процесс), но и политическую программу исламистов, нацеленную на силовую смену режима. К тому же заметная дискредитация такого одностороннего проекта, ставившего во главу угла свержение существующей власти, объяснялась в значительной степени тем, что взамен отвергаемых ими порядков исламские политические движения и организации никакого развернутого и позитивного плана демократических реформ не предлагали, ограничиваясь общими лозунгами типа «Ислам и есть решение».

В то же время было ясно, что исламские факторы не будут долго оставаться в тени. Тем более, если учесть, что ученые из «Аль-Азхара» и многие известные мусульманские деятели принимали личное участие в массовых манифестациях. Едва ли не самым ярким примером прямого включения ислама в эти события стало появление на площади ат-Тахрир в Каире крупнейшего мусульманского проповедника Юсуфа аль-Карадави. На пике антиправительственных выступлений он принял сторону демонстрантов и выступил с несколькими проповедями, выдвинув шариатское обоснование смены режима. По общему признанию, такой шаг в немалой степени предопределил победу митингующих и отставку президента Мубарака⁴.

Сразу же вслед за этим в Египте стали звучать опасения по поводу того, что именно «Братья» и иные исламские силы могут стать первыми, кто выиграет на этапе формирования новых органов власти. По сравнению со многими своими конкурентами они выглядели значительно более организованными и мобилизованными, накопили солидный опыт политической борьбы и имели реальную возможность достаточно легко войти во власть легальным путем. Такие прогнозы в полной мере оправдались.

Исламские силы входят во власть

Резкая активизация исламских сил проявилась уже при проведении 19 марта 2011 г. референдума по изменению Конституции Египта. Поддержка «Братьями» вынесенных на голосование поправок недвусмысленно говорила о том, что они всячески стремятся не упустить время, использовать благоприятный шанс в свою пользу. Было понятно, что принятие совершенно новой конституции и продвижение по пути более глубоких демократических реформ угрожает им потерей позиций. Поэтому вместо резкой смены курса политического развития страны в направлении демократии «Братья» предпочли сделать ставку на легализацию ограниченных реформ, которые прокладывали им путь к вершине власти. Символично, что в период всеобщего голосования по предложенным конституционным изменениям громко звучал выдвинутый «Братями» лозунг «Участие в референдуме — шариатский долг». Ясно, что под участием подразумевалась поддержка гражданами изменений конституции, устраивающих исламские силы.

Интересно, что в этот момент армейское руководство, которое раньше всегда было опорой египетского режима в противодействии исламским силам, а теперь инициировало ограниченные конституционные поправки, приобрело в лице «Братьев» своего самого мощного союзника. В неготовности (вероятно, и в нежелании)

⁴ См. об этом: *Абу-Зейд, Васфи Ашур*. Аль-Карадави, имам-революционер. Теоретико-аналитическое исследование критериев его шариатских позиций относительно египетской революции. Каир, 2011 (на араб. яз.).

идти на глубокие политические реформы интересы военных и исламских сил временно совпали. Показательно, что СМИ при анализе их позиций относительно референдума использовали формулу «Армия и есть решение», нарочито противопоставляя ее традиционно ассоциируемому с «Братьями-мусульманами» лозунгу «Ислам и есть решение».

Такой союз военной верхушки и исламских организаций, выразившийся в одобрении поправок в конституцию (а в дальнейшем — в провозглашении конституционной декларации, которая до принятия новой конституции являлась основным законом страны), по мнению ряда аналитиков, положил конец египетской революции и заблокировал движение по пути серьезной демократизации политической системы страны. Ведь готовность исламских сил поддержать шаги в сторону реформирования политического ландшафта объяснялась не их искренней верой в идеалы демократии, а тем, что допущение определенных либеральных стандартов может помочь им в самом ближайшем будущем реализовать свои политические амбиции по вхождению во власть.

Для такого расчета у «Братьев» были вполне серьезные основания. В сложившейся ситуации они вместе с салафитами получили существенное преимущество перед другими политическими силами — как либеральными, так и умеренно-исламскими — в виде несравненно лучшей организации, дисциплины и опыта массовой работы среди потенциальных избирателей.

На стороне указанных исламских сил оказался и исламский идейный фактор. Либералы практически не могли соперничать с ними на этом направлении. Что же касается умеренного, просвещенного, «цивилизованного» ислама, то его солидная концептуальная обоснованность и ориентация на исходные начала шариата сами по себе автоматически не превращались в политические козыри на выборах. В сопоставлении с этим движением исламисты имели несравненно больший политический опыт, опирались на разветвленную сеть своих структур, а «Братья» к тому же успели накопить немалый опыт работы в египетском парламенте, куда они не раз попадали по спискам легальных партий. Течение умеренного ислама ничем из этого не располагало, оставаясь ограниченным и чисто интеллектуальным движением, и поэтому объективно не могло претендовать на роль политической силой, готовой соперничать за власть.

Исламские силы в лице «Братьев» и салафитов задолго до смены власти в Египте активно занимались решением социальных вопросов, ориентируясь на малообеспеченные социальные слои. По сути, во многих случаях на этом поприще они делали то, что не могло или не хотело делать государство, обосновывая такую деятельность исламскими постулатами, понятными и близкими рядовым верующим. Сторонники современного умеренного прочтения ислама в духе усредненности подобной активности не проявляли. Проигрывали они и на поле использования исламской аргументации для привлечения на свою сторону людей с улицы.

Концепция умеренности и предпочтения общих начал шариата перед его конкретными предписаниями, сформулированными, как правило, в Средние века, находит понимание главным образом в среде высокообразованных мусульман, хорошо знакомых со сложным для освоения исламским интеллектуальным наследием. Такие ориентирующиеся на высокую теорию подходы плохо воспринимаются теми, кто предпочитает делать политику на улице. В то же время исламисты, имея

богатый опыт общения именно с этими слоями, использовали простые и доступные для понимания всеми исламские положения и конкретные предписания шариата. По существу, реализацию своих социальных программ они представляли как претворение в жизнь исламских заповедей.

В отличие от них последователи «срединного» ислама с их ориентацией на совместимость исходных начал ислама в их широком понимании с современными демократическими институтами не могли рассчитывать на то, чтобы такие позиции разделяла не только интеллигенция, образованные и приобщенные к современной либеральной культуре группы граждан, но и простые египтяне. Понятно, что в этих условиях исламские постулаты как инструмент политической борьбы стали союзником исламистов, а не представителей умеренного просвещенного ислама.

Не будем также забывать, что финансовые возможности исламских сил были неизмеримо солиднее тех средств, которыми располагали их политические конкуренты из рядов оппозиции. Кроме того, группа достаточно ярких представителей умеренного ислама оказалась в той или иной степени дискредитированной своими связями с режимом Мубарака (в том числе по линии «Аль-Азхара», Министерства вакфов, Ведомства фетв), что на политическом поприще после смены власти работало против них.

Все отмеченные факторы объясняют оглушительный успех «Братьев-мусульман» вместе с рядом других исламских партий на парламентских выборах в Египте в конце 2011 г. Вслед за этим их представители получили большинство мест в Учредительной ассамблее, которой было поручена подготовка новой конституции страны. После того как «Братья» заняли ключевые политические позиций, никого не удивили результаты президентских выборов, на которых победу одержал выходец из данной организации Мурси. Даже отмена Высшим конституционным судом результатов выборов в парламент уже не могла сколько-нибудь серьезно поколебать фактическую монополию на власть в Египте исламских сил. Главное, что новая конституция вырабатывалась под их полным контролем.

В известной мере сходная ситуация сложилась и в Тунисе, где после свержения президента Бен Али на выборах Учредительного собрания по выработке новой конституции относительное большинство мандатов получила умеренная исламская партия «Нахда», которая превратилась в силу, способную определять политическое будущее страны.

Исламское правовое осмысление «арабской весны»: разнообразие течений и политика

Бросается в глаза, что, став политическими лидерами с реальными властными полномочиями, исламские силы не отбросили ранее отстаиваемые ими исламские лозунги, не перестали обращаться к исламской правовой аргументации для обоснования своего политического курса. Наоборот, роль исламской идеологии в политической конкуренции даже возросла. К ее выводам и оценкам как к своим идейным союзникам активно прибегают самые разные силы. Более того, многие наиболее острые споры о политическом будущем превращаются, по сути, в дискуссии вокруг исламских политико-правовых принципов, концепций и институтов. Получается, что расхождения во взглядах на это будущее во многом определяются

тем, как те или иные силы видят роль ислама и шариата в политической и правовой жизни своей страны и всего арабского мира.

Отметим, что в целом можно выделить несколько основных течений современной исламской политико-правовой мысли по проблематике политического реформирования арабских стран. Они достаточно заметно различаются между собой стратегической направленностью, отношением к власти и, следовательно, выбором шариатской аргументации своих выводов и оценок.

Одно из этих течений является консервативным и ориентируется на предупреждение радикальных политических перемен. Наиболее заметно такая линия проявляет себя, например, в странах Персидского залива, где власть, хотя и сталкивается с выступлениями оппозиции, но в целом удерживает политическую ситуацию под контролем. Здесь указанное направление исламской доктрины выступает крайне весомым союзником режима.

Другая линия нынешней исламской идеологии является прямым оппонентом отмеченного течения, поскольку представлена взглядами исламских радикалов. Они часто составляют ядро внесистемной оппозиции, выступающей против существующей власти любого толка, включая консервативные режимы.

Еще одно исламское идейное течение по проблемам политики и права также носит оппозиционный по отношению к легальной власти характер. Оно делает акцент на резкую критику существующих в некоторых странах порядков, обосновывая шариатскими аргументами допустимость и даже необходимость выступлений против режима. Например, данное направление исламской мысли сыграло заметную роль в смене власти в Египте и Йемене, поощрении выступлений оппозиции в Сирии. Оно прямо не солидаризируется с исламскими радикалами, хотя может находить с ними общий язык по отдельным вопросам.

Иногда это оппозиционное течение вступает в диалог и даже использует аргументы, характерные для умеренного, «срединного», ислама, который превратился в последние годы в достаточно заметное самостоятельное течение современной исламской политико-правовой мысли. Его отличительная черта — не послушное следование конкретным частным предписаниям средневековой исламской доктрины, а ориентация на исходные начала, общие принципы и ценности шариата в качестве приоритетных критериев для поиска ответов на проблемы современного мира на основе диалога, терпимости, взаимодействия культур и цивилизаций⁵.

Важно иметь в виду, что если первые два из обозначенных выше направлений исламской мысли занимают вполне определенную позицию на стороне власти или против нее, то другие два течения не отличаются такой очевидной ориентацией. Хотя в условиях конкретных стран их склонность поддерживать режим либо, наоборот, решительно осуждать его, прослеживается достаточно четко.

В любом случае позиции указанных течений исламской идеологии по конкретным вопросам в содержательном отношении различаются между собой прежде всего шариатскими критериями, лежащими в основе общей направленности каждого из них. При этом выбор таких принципиальных методологических ориентиров во многом объясняется характером отношений отдельных мусульманских деятелей или центров исламской правовой мысли с властью. Подобная политическая

⁵ См. об этом: Сюкияйнен Л.Р. Исламская политико-правовая мысль в поиске ответов на вызовы современности // Центральная Азия и Кавказ. 2006. № 6(48).

зависимость бросается в глаза, когда свое мнение о данном феномене высказывают официальные исламские структуры, представляющие государство, или лояльные ему мусульманские правове­ды. Понятно, что их мнение принципиально расходится с выводами, к которым приходят мусульманские идеологи оппозиции, поддерживающие выступления против режима или просто критикующие его. Одновременно каждое отмеченное направление современной исламской политической и правовой мысли в своих выводах по отдельным конкретным вопросам исходит из собственной общей оценки политической ситуации в той или иной стране.

Тесно связанные между собой концептуально-теоретические и политические ориентиры хорошо просматриваются в подходе современной исламской правовой мысли к проблемам, которые оказываются в центре политических событий «арабской весны», и ведущихся вокруг них идейных спорах с использованием исламской правовой аргументации. Таких вопросов немало, но центральное место среди них занимают, пожалуй, два — шариатский взгляд на демонстрации и исламская оценка возможности выступлений против власти вообще.

Демонстрации — неприемлемое новшество

Одним из наиболее активно обсуждаемых мусульманскими юристами и политологами сюжетов является шариатская оценка массовых демонстраций и шествий. Это понятно, ибо именно широкие уличные выступления в ряде арабских стран открыли в конце 2010 — начале 2011 г. сезон политических катаклизмов, приведших к смене власти в некоторых из них, и до сих пор продолжают беспокоить многие режимы. По данному чувствительному вопросу у исламской политико-правовой мысли нет единого мнения. Это наглядно отражает плюрализм взглядов, разномыслие, которое на протяжении всей истории ислама всегда составляло характерную черту исламской юриспруденции.

Можно отметить несколько наиболее характерных оценок демонстраций и шествий на основе шариата. Их концептуальная направленность в содержательном отношении вытекает из выбора шариатских аргументов, которые используются для обоснования того или иного отношения к указанному феномену. Сам такой выбор почти всегда диктуется прямым политическим заказом, который нетрудно узреть в разнообразных взглядах на указанный феномен.

Из всего спектра мнений по данной проблеме выделяются две крайние оппонирующие друг другу линии. Одна из них однозначно осуждает любые шествия и манифестации, а другая считает их вполне допустимыми по шариатским меркам. Есть и иные взгляды, представители которых полагают, что оценка демонстраций не может быть априорной, а зависит от целого ряда шариатских критериев. С учетом таких ориентиров одни манифестации могут допускаться и даже приветствоваться, а другие нет.

Наиболее активны те центры исламского правопедения и отдельные мыслители, которые относятся к демонстрациям антиправительственной направленности резко негативно. Неудивительно, что такого мнения придерживаются официальные институты ряда арабских стран Персидского залива, которые пока обошлись без смены правящих режимов, хотя и не избежали протестных выступлений. Особое место среди них занимает Саудовская Аравия.

В этом отношении показательным является принятое в марте 2011 г. заявление Корпорации крупнейших алимов (ученых) Саудовской Аравии (далее также — Корпорация), посвященное шариатской оценке волнений и смут, охвативших многие регионы мира. Это официальное объединение ведущих мусульманских мыслителей страны в указанном документе делает акцент на одной из ведущих основ ислама — необходимости сохранения единства мусульман. В подтверждение такого вывода приводятся положения Корана: «Держитесь все за вервь Аллаха, не распадайтесь на общины враждующие и помните о милости Его к вам в то время, когда вы враждовали друг с другом. Примирил Он сердца ваши, и стали вы братьями по милости Его. Не уподобляйтесь тем, которые распались на общины разные и разошлись во мнениях относительно Веры, после того, как возвестили им ясные айаты» (3:103, 105)⁶.

С учетом данных принципов Корпорация заявила, что проведение реформ должно опираться на определенные шариатские пути и способы, которые обеспечивают благо и одновременно предотвращают порчу. Причем такие методы никак не включают обнародование воззваний и распространение иных материалов, сеющих страх и провоцирующих смуту. Реформы не могут осуществляться через демонстрации или с помощью иных методов, которые ведут к хаосу и нарушают единство мусульман. Поэтому в заявлении однозначно подтверждается запрет проведения демонстраций и обращается внимание на то, что единственным шариатским способом доведения до правителя своих требований является обращение к нему с советами.

Показательно, что такая позиция официального центра исламской мысли Саудовской Аравии нашла немедленный отклик у судебной власти страны: Апелляционный суд Мекки менее чем через неделю после принятия указанного документа сообщил, что участников демонстраций ожидает ответственность по принципу тазира в виде телесного наказания и лишения свободы. Причем такая кара будет применяться и за призывы к демонстрациям, распространяемые с помощью электронных средств⁷.

Важно иметь в виду, что вывод о недопустимости демонстраций уже давно отстаивали крупнейшие саудовские деятели ортодоксального консервативного толка, которые фактически представляли официальную позицию Королевства. Например, бывший Верховный муфтий Абдель Азиз бен Баз говорил: «Я не вижу в демонстрациях с участием мужчин или женщин способа решения каких-либо проблем; я лишь замечаю, что они являются причиной зла и произвола отдельных личностей, а также противоправного посягательства на людей»⁸.

Другой видный теолог Салех аль-Фавзан, отвечая на вопрос, могут ли демонстрации и революции оцениваться по-разному в различных странах, подчеркнул: «Ни в одной стране нет ничего хорошего от революций, которые только проливают кровь, разрушают дома, уничтожают имущество и посягают на достоинство; они недопустимы, поскольку являются злом»⁹.

⁶ Здесь и далее Коран цитируется по изданию: Коран / Пер. с араб. и коммент. М.Н. Османова. Изд. 3-е, перераб. и доп. М.; СПб., 2010.

⁷ См.: «Аль-Джарида», Эль-Кувейт, 13.03.2011.

⁸ «Аль-Ватан», Эль-Кувейт, 10.01.2013.

⁹ «Аль-Ватан», Эль-Кувейт, 30.12.2012.

В аналогичных в целом тонах выдержано и заявление канцелярии Верховного муфтия Султаната Оман, опубликованное также в марте 2011 г.¹⁰ В нем подчеркивается, что проведение реформ и изменений, достижение политических целей допустимо лишь на основе богобоязненности и обращения к Корану и Сунне Пророка. Однако в отличие от заявления саудовской Корпорации данный документ обращает внимание на то, что массовые выступления и шествия могут иметь своим поводом объективные проблемы, которые необходимо решать. В частности, противодействие любым формам коррупции, растрате публичных средств, упущениям в осуществлении властных полномочий, реализации личных интересов за счет национальных является шариатским долгом. Но сотрудничество в преодолении этих изъянов допустимо лишь в формах, не противоречащих нормам ислама и нравственности. Только такими способами, которые не приводят к прекращению работы учреждений и служб, уничтожению публичного и частного имущества, а также не причиняют ущерб производству и развитию. Что же касается выступлений, парализующих общественную жизнь, отрицательно влияющих на работу жизненно важных объектов или подрывающих безопасность, то шариат их не допускает.

Следование этим правилам, подчеркивается в документе, не означает, что надо замалчивать факты коррупции или потворствовать злу. Более того, канцелярия Верховного муфтия вновь подтвердила важность такого исламского правового института, как побуждение к соблюдению предписанного шариатом и предотвращение совершения запрещенного им. Он включает и контроль за деятельностью власти, которая обязана действовать в рамках шариата. В то же время шариат признает за каждым право требовать удовлетворения своих законных интересов только в соответствии с исламскими принципами и в рамках публичного порядка. Мусульманин обязан соблюдать нормы ислама и морали, быть справедливым и честным по отношению не только к друзьям и близким, но и к своим врагам и чужим людям.

В настоящее время сходную позицию разделяет в арабском мире, пожалуй, большинство известных мусульманских правоведов. В подтверждение указанного запрета, кроме уже отмеченных выше доводов, они приводят ряд других весомых аргументов из арсенала шариата и фикха.

В частности, по мнению таких мыслителей, демонстрации рассматриваются в качестве «бида» — отходящих от шариата новшеств, любое из которых означает заблуждение. Считается, что сподвижники Пророка не знали подобной практики. Современные шествия и манифестации лишь заимствуют традиции неверных и слепо копируют опыт светского Запада. Не случайно они чаще всего инициируются светскими политическими силами. Влияние извне проявляется, например, в том, что демонстранты не требуют установления исламского государства и претворения шариата, а, как правило, выдвигают демократические лозунги, чуждые исламским устоям. Подавляющее большинство из них вообще не владеет основами ислама.

Отрицательное отношение к шествиям и манифестациям объясняется также тем, что они почти всегда сопровождаются причинением материального ущерба, посягательством на жизнь и здоровье граждан — всем тем, что в шариате принято именовать «распространением нечестия на земле». Такие действия образуют состав разбоя, который влечет крайне суровую ответственность. Даже если демонстрации

¹⁰ См.: http://www.iftaa.net/readnews.php?news_id=57

сами по себе не содержат признаков этого преступления, они могут привести к его совершению. Поэтому массовые протестные выступления должны запрещаться в соответствии с принципом «садд аз-зараи» — заграждения путей, ведущих к тому, что шариат запрещает.

Другое обоснование негативной оценки демонстраций связано с тем, что в ходе них регулярно происходят вооруженные столкновения, которые приводят к гибели мусульман от рук собратьев по вере. Подобная цена манифестаций неприемлема, поскольку Пророк говорил: «Оскорбление мусульманина — порочный поступок, а его убийство — неверие».

Запрет демонстраций обосновывается и некоторыми конкретными нормами фикха. Например, во время массовых шествий нарушается запрет на прямое общение мужчин и женщин, которые не состоят в близкой степени родства между собой. Кроме того, нередко демонстрации длятся так долго, что их участники пропускают очередную молитву, совершение которой ислам относит к основам самой веры. Поэтому для религии массовые выступления приносят значительно больше вреда, чем пользы

Получается, что демонстрации в целом являются источником и причиной такого явления, которое в исламе принято называть «фитна», — смутой, искушением, сбивающим мусульман с начертанного Аллахом пути. А шариат требует от своих последователей избегать всего того, что может ввести их в заблуждение, соблазнить иллюзорной выгодой, отвергаемой исламом, и отвратить от Божественной истины¹¹.

Наконец, один из самых важных аргументов состоит в том, что демонстрации, по сути, представляют собой выступление против власти. Их участники, с точки зрения шариата, отказываются от присяги верности, данной правителю. А это взятое на себя обязательство предусматривает подчинение властям во всем, что не является грехом в глазах Аллаха. При этом мусульманские правоведы подчеркивают, что в монархиях Персидского залива и Аравийского полуострова власти служат исламу и проводят соответствующую требованиям шариата политику. Здесь правители не впадают в грех, даже если порой совершают ошибки и упущения по частным вопросам¹².

Шариатские аргументы в поддержку демонстраций

Однако безоговорочно негативную шариатскую оценку шествий и демонстраций разделяют отнюдь не все мусульманские правоведы. Даже среди ортодоксально мыслящих религиозных авторитетов нет полного единодушия по данному вопросу. В частности, во Всемирном совете мусульманских ученых преобладает взгляд на массовые выступления как на допускаемое шариатом политическое действие. Председатель данного авторитетного центра исламской мысли, один из крупнейших современных мусульманских теологов и правоведов, Юсуф аль-Карадави приводит, пожалуй, наиболее серьезные по исламским меркам доводы в пользу демонстраций¹³.

¹¹ См., например: *Аль-Умар, Умар бен Абдель Рахман*. Десять оснований недопустимости демонстраций (на араб. яз.) // «Аль-Ватан», Эль-Кувейт, 10.01.2013.

¹² См.: «Ас-Сабах», Эль-Кувейт, 09.03.2011.

¹³ См.: <http://www.iumonline.net/ar/default.asp?contentID=2>

Он однозначно утверждает, что мусульмане имеют право выходить на демонстрации и участвовать в шествиях, громко выражая свои законные требования и информируя о своих чаяниях правителей и всех тех, кто принимает решения. Ведь слово масс может быть услышанным скорее, нежели голос одного человека. Чем демонстрантов больше, чем чаще в их рядах оказываются влиятельные персоны, тем более действенными будут выступления. В этом и проявляется смысл коранического призыва: «Помогайте друг другу в делах праведных и благочестивых, но не в греховных и несправедливых» (5:2).

По мнению Аль-Карадави, основным шариатским доказательством законности демонстраций выступает тот факт, что они относятся к мирской стороне жизни человека, к гражданским вопросам, которые решаются на основе презумпции дозволения. Подобная логика объясняется тем, что все мирские правила устанавливаются самими людьми или складываются в практике их взаимоотношений. Своим откровением Аллах внес в них лишь некоторые коррективы и ограничения, чтобы гарантировать людей от вреда и порока. Об этом свидетельствуют, например, такие слова Аллаха: «Ведь разъяснил Он вам, что именно запретил вам» (6:119).

Такой подход к оценке мирских реалий серьезно отличается от регулирования собственно религиозных культовых вопросов. Ведь все связанное с поклонением Аллаху он сам и ниспослал. На основе различения этих двух сфер жизни людей сложился шариатский принцип «Культовое правило не устанавливается иначе, как предписанием Аллаха, а мирские дела не отвергаются иначе, как запретом Аллаха». Данная норма лежит в основе известной исламской максимы: «Презумпцией по вопросам религии является строгое следование тому, что прямо предписал Аллах, а по мирским делам — новаторство». Иначе говоря, запрещенным в мирской жизни является лишь то, что прямо отвергнуто точно установленным и однозначно понимаемым текстом Корана или положением Сунны Пророка. Если шариат хранит молчание относительно какой-либо мирской практики, то она не запрещена и оценивается как дозволенная.

Поскольку никаких касающихся массовых выступлений предписаний шариат не содержит, то, как утверждает Аль-Карадави, они разрешены. В подтверждение своего вывода он приводит несколько исторических примеров появления в мусульманском мире таких правил и институтов (включая государственные ведомства, налоги, тюрьмы), которые были восприняты у других культур и цивилизаций.

Данный аргумент служит также в качестве опровержения упреков тех, кто считает шествия и демонстрации заимствованными у немусульман и поэтому относит к неприемлемым новшествам. Ученый также ссылается на современный опыт заимствования мусульманскими странами западных достижений в области образования, информации, экономики, управления, политики. В частности, именно таким образом мусульмане познакомились с конституцией, выборами, разделением властей, а также со СМИ и Интернетом, которые используются как инструмент выражения мнения и обращения к властям. Главным условием такой рецепции является то, что взятая у других практика должна ограничиваться мирскими делами, не нарушать императивных положений шариата (прежде всего его запретов), удовлетворять интересы мусульман и не причинять им вред. Иными словами, речь идет о заимствовании средств, механизмов, форм, которые подвержены модификации и развитию, но не целей и принципов, которые в исламе остаются неизменными и постоянными.

Все приведенные аргументы в пользу разрешения демонстраций Аль-Карадави считает конкретизацией двух ключевых шариатских принципов. Первый из них представлен концепцией «исключенных интересов». Ее смысл заключается в том, что любая практика, ранее не известная мусульманскому миру и не отраженная шариатом в прямой форме, может допускаться при определенных условиях. В частности, она не должна относиться к сугубо религиозным вопросам, где любые нововведения отвергаются. Кроме того, новые формы призваны служить установленным в шариате целям, к которым относятся религия, жизнь, разум, честь и достоинство человека, а также собственность. Данные мирские новшества должны быть рационально приемлемыми, но одновременно не противоречить конкретным и общим положениям шариата.

Второй принцип заключается в шариатском правиле «Средства оцениваются так же, как и цели». При этом опять речь идет о мирской практике. Если в этой сфере цель является законной, то и средства, ведущие к ее достижению, должны оцениваться аналогичным образом и сами по себе не являются запрещенными. Иными словами, любые средства не имеют априорной, заранее сформулированной оценки. Отношение к ним зависит от того, для чего они применяются. Поэтому, если демонстрации преследуют законные цели (например, призывают к претворению шариата или выступают в защиту прав и свобод граждан), то нельзя сомневаться в их допустимости. Когда же выдвигаются требования, противоречащие императивным предписаниям шариата, массовые выступления разрешать нельзя.

Что же касается доводов сторонников запрета любых демонстраций вообще на том основании, что манифестанты могут причинить вред имуществу и здоровью, подорвать безопасность, то, полагает Аль-Карадави, приведенное выше правило «садд аз-зараи» нельзя толковать расширительно. В противном случае оно может использоваться в качестве препятствия, мешающего реализации признанных шариатом интересов. Вполне достаточно для разрешения демонстраций требовать, чтобы они не сопровождалась актами вандализма и проходили под контролем полиции, а их участники соблюдали дисциплину и правила безопасности, избегали беспорядков и несли ответственность за совершение любых правонарушений.

Аналогичный подход к демонстрациям разделяют и некоторые другие мусульманские деятели и организации. Так, салафитское движение Кувейта в разгар «арабской весны» опубликовало заявление, в котором практически буквально воспроизводится аргументация, предложенная Аль-Карадави. Вдобавок к ней в указанном документе говорится, что создание справедливого государства и противодействие деспотизму выступает важнейшей целью шариата и непреложной обязанностью мусульманской общины. Авторы заявления уверены в ошибочности утверждения, будто недуги власти является результатом разложения подданных. Они полагают, что истина заключается в обратном. Более того, если община молчит о произволе властей и потворствует деспотизму, то она сама должна нести наказание. Поэтому шествия и массовые выступления в качестве способа политического действия вполне допустимы, а иногда становятся необходимыми, поскольку преследуют интересы, не запрещенные шариатом. Тем более, если такой целью является претворение шариата¹⁴.

¹⁴ См.: «Аль-Анба», Эль-Кувейт, 10.03.2011.

Сторонники демонстраций настаивают на том, что мирные массовые шествия в защиту прав, проводимые без оружия, кровопролития, убийств и посягательств на имущество, не являются выступлениями против власти. Действительно, вооруженные манифестации, как правило, приносят больше вреда, чем зло, творимое правителем-деспотом. А мирные демонстрации гарантированы конституцией, верности которой приносят клятву правители и которая выступает в роли своеобразного договора, связывающего власть и граждан. Массовые выступления являются современным способом воздействия на власть, чтобы заставить ее услышать голос народа. Поэтому если демонстранты выдвигают правильные и справедливые требования, то их действия являются разрешенными по шариату при условии, что они не приводят к порче, масштабы которой больше, нежели преследуемая польза.

В рамках такого подхода некоторые авторитетные специалисты по шариату формулируют условия, которым должны удовлетворять мирные демонстрации. В частности, формулируемые их участниками требованиями должны быть справедливыми и законными. Если же они содержат нечто пагубное или запрещенное, то такие шествия недопустимы. Кроме того, демонстрация не должна приводить к таким отвергаемым шариатом явлениям, которые по своему вреду равны или превышают зло, заставившее манифестантов бороться за его исправление. В то же время участие в демонстрации не может сопровождаться пренебрежением своими обязанностями (например, совершением молитвы) или запрещенным общением между мужчинами и женщинами. Наконец, недопустимо в ходе демонстрации причинять вред здоровью и имущественный ущерб. В целом шествия и массовые выступления без оружия, кровопролития и посягательств на жизнь и имущество, которые являются неприкосновенными, шариат разрешает¹⁵.

Наконец, своеобразное обоснование допустимости демонстраций выдвигает известный мусульманский теолог-правовед Хаким аль-Мутейри, тесно сотрудничающий с Всемирным советом мусульманских ученых. Он делает акцент на том, что шествия и манифестации — новый феномен, проявившийся в жизни мусульман совсем недавно. По общей методологии шариата к явлениям подобного рода следует относиться на основе установления их общего смысла и направленности. С учетом этого ученый сравнивает демонстрации с джихадом, под которым в исламе понимаются любые усилия, нацеленные на усвоение божественных заповедей и их реализацию.

Аллах, подчеркивает ученый, разрешил использовать в джихаде методы, которые необходимы для достижения его цели. Исходным принципом здесь являются дозволение и законность применения любых средств за исключением прямо запрещенных шариатом. Среди различных форм джихада выделяется «джихад языком» (иногда его называют проповедническим джихадом) — открытая агитация, активное устное воздействие на людей с целью побудить их встать на путь Аллаха. Именно это имел в виду Пророк, когда говорил: «Наиболее предпочтительный джихад — слово правды перед лицом правителя-деспота». Если считать такое слово одним из способов ведения джихада, то его оглашение становится обязательным для каждого, кто способен это сделать.

В современных условиях конкретным проявлением «джихада языком» может служить деятельность СМИ, агитация, пропагандистская война против противни-

¹⁵ См.: «Аль-Кабас», Эль-Кувейт, 11.03.2011.

ка или, наоборот, кампания в поддержку жертв агрессии. К таким формам джихада следует относить и демонстрации, которые открыто, в полный голос выступают в защиту права или против несправедливости.

Манифестации представляют собой форму коллективных действий. Самому по себе такому сотрудничеству нельзя дать однозначную оценку без учета преследуемых им целей, как об этом говорится в Коране: «Помогайте друг другу в делах праведных и благочестивых, но не в греховных и несправедливых» (5:2). Взаимопомощь предполагает сложение усилий людей, что и происходит во время демонстрации. Но отношение к ней зависит от ее направленности. Если массовые выступления выдвигают праведные требования, то они заслуживают поддержки, а в случае ориентации манифестаций на реализацию недопустимых с позиций шариата интересов они отвергаются.

Еще одним доводом в пользу демонстраций Аль-Мутейри считает высказывание Пророка: «Помогай своему брату, будь он угнетатель или угнетенный». Когда же Мухаммада спросили, как можно помочь угнетателю, он ответил: «Схвати его за руку, это и будет помощью ему». Понятно, что речь идет скорее, не о прямом физическом действии, а о любых усилиях, направленных на пресечение зла и произвола. Если такое требование Пророка сопоставить с кораническим предписанием о сотрудничестве в праведных делах и благочестии, то, делает вывод ученый, демонстрации оказываются едва ли не образцовым способом противодействия просчетам и ошибкам властей. Причем способом, который шариат не просто допускает, а прямо предписывает.

Дело в том что средство становится обязательным, если цель может быть достигнута только с его помощью. В наши дни часто не оказывается более эффективного пути пресечь отклонения от предписаний шариата, нежели массовые выступления. Получается, что демонстрации в современных условиях являются вполне допустимой, а иногда и необходимой формой джихада и призыва встать на путь Аллаха¹⁶.

Авторитетный саудовский теолог Абдель Рахман бен Насер аль-Баррак попытался подвести общий итог дискуссии вокруг шариатской оценки демонстраций. Он считает, что относительно мирных демонстраций в современном исламском правоведении нет единодушия, а массовые выступления, сопровождаемые беспорядками и анархией, отвергают все мусульманские юристы¹⁷. Однако, как было показано, и по этому вопросу есть разные точки зрения.

Расхождения взглядов относительно демонстраций объясняются несколькими причинами. Многое зависит от того, какой аспект этого феномена оказывается в центре внимания. К тому же мусульманские правоведы отдают приоритет разным принципам и нормам шариата в своем анализе данной проблемы. И конечно, нельзя не учитывать политические реалии, серьезно влияющие на оценку шествий и манифестаций. С учетом данного обстоятельства несовпадающие и даже противоположные выводы, к которым приходят мыслители, достаточно часто несут на себя налет предвзятости.

Очевидно, отсутствие единого подхода отражает не только традиционно присущее исламской правовой доктрине разномыслие. Оно связано также с тем, что

¹⁶ См.: <http://www.iumonline.net/ar/default.asp?contentID=1118>

¹⁷ См.: «Аль-Анба», Эль-Кувейт, 08.03.2011.

«арабская весна» заставляет эту науку обращаться к совершенно новым для нее сюжетам, осмысление которых в категориях шариата требует длительного времени и непростого теоретического обобщения постоянно меняющихся реалий. Так что дискуссия по вопросу демонстраций в современном исламском правоведении далека от завершения.

Выступления против власти: шариатские доводы «за» и «против»

Нетрудно заметить, что анализ демонстраций неизбежно переводится в плоскость дискуссии вокруг традиционного для исламской правовой мысли вопроса, который привлекает ее внимание на протяжении уже многих веков. Речь идет о шариатской оценке отношения к власти, формам и самой возможности выступления против правителя. «Арабская весна», выразившаяся в ряде стран в смене режима под натиском массовых выступлений, вновь выдвинула эту весьма острую тему на передний план, придав ей практическую актуальность.

Как и по проблематике демонстраций, вокруг принципов отношения к власти, исходных начал взаимодействия правителя и подданных в современном исламском правоведении идет острая полемика. Ее участники разделились на два основных лагеря. Противники массовых выступлений как способа политического действия категорически отвергают любые посягательства на власть правителя и неподчинение его приказам. Их оппоненты, обосновывающие допустимость демонстраций, говорят о принципиальной возможности выступлений против власти. Понятно, что обе стороны такого спора обращаются к шариатскому обоснованию своих позиций.

Громче других звучат голоса тех мусульманских правоведов и политологов, которые в самой решительной форме возражают против действий, направленных против легальной власти. Многие из них стоят на крайне ортодоксальных позициях и считают, что подчинение и послушание правителям является не просто обязанностью мусульман, но и одной из догматических основ ислама. Только при таком условии претворяются в жизнь религиозные и мирские ценности. И наоборот, посягательство на правителей словом или делом приводит к разрушению религии и мирской жизни, выступает едва ли не самой серьезной причиной упадка и разложения, отхода от правильного пути.

По убеждению разделяющих такой подход ученых, «нет религии, кроме как исповедуемой общиной, нет общины, кроме как скрепляемой властью, нет власти, кроме как опирающейся на послушание и подчинение»¹⁸. Данный принцип консервативная доктрина относит к числу обязательных истин, которые сами собой воспринимаются всеми мусульманами вместе с верой, поскольку являются ее неотъемлемым элементом. Это в скрытой форме предполагает, что любой, не разделяющий данный постулат, может быть обвинен в вероотступничестве.

В обоснование указанного вывода приводится, например, следующее положение Корана: «О вы, которые уверовали! Повинуйтесь Аллаху, повинуйтесь Посланнику Его и обладателям власти среди вас» (4:59). Эта заповедь конкретизируется

¹⁸ «Аль-Ватан», Эль-Кувейт, 05.01.2011.

словами Пророка: «Тот, кто повинуется мне, повинуется и Аллаху; кто не подчиняется мне, не подчиняется и Аллаху; кто повинуется моему эмиру, повинуется и мне; кто не подчиняется моему эмиру, не подчиняется и мне».

В такую закреплённую Кораном общую обязанность подчиняться земным правителям важное уточнение вносит знаменитое изречение Пророка Мухаммада: «Послушание и повиновение возложено на мусульманина во всем, что ему нравится и что он порицает, если только ему не приказывают нечто греховное; если же ему приказано греховное, то он не обязан слушаться и повиноваться». Как афоризм звучит и иное известное почти всем мусульманам высказывание Посланника Аллаха: «Исключается подчинение творению (т.е. человеку) в том, что является грехом в глазах Творца».

Казалось бы, общий смысл таких слов предполагает, что при совершении властью греховных действий мусульманин может ей не повиноваться. Однако исламская традиция толкует это высказывание Пророка на фоне выше приведенного положения Корана о подчинении эмиру таким образом, чтобы исключить противоречие между ними. Итогом такой интерпретации являются слова Пророка: «Тот, кто у своего эмира найдет нечто, достойное порицания, пусть сохраняет терпение; воистину, тот, кто выйдет из-под власти правителя хоть на йоту, умрет смертью язычника (грешника)».

Иначе говоря, исламская правовая доктрина исходит из того, что правитель-грешник теряет право требовать подчинения своим отходящим от шариата приказам, которые в принципе допустимо игнорировать. Тем не менее, подданные не приобретают права выступать против власти, даже если она ведет себя греховно. Но и этот общий вывод исламская правовая мысль считает необходимым детально пояснить.

Она настаивает на том, что мусульманский правитель не пользуется непогрешимостью. Но даже в случае отхода от шариата он достоин подчинения своей власти в той мере, в какой служит мусульманам и вере. По этому поводу Пророк, обращаясь к своим единоверцам, говорил об эмирах: «Они молятся для вас и если делают что-либо правильное, то для вас и для себя, а если ошибаются, то для вас и против себя». Можно привести и высказывание халифа Усмана о правителях: «Молитва — это наилучшее, что делают люди, поэтому если они поступают правильно, то ведите себя правильно вместе с ними, а если делают что-либо плохо, то сторонитесь их плохих поступков». Крупнейшие мусульманские теологи консервативного толка приходят к принципиальному выводу, что пока правитель обеспечивает возможность исповедовать ислам, никакие его оплошности не могут оправдывать выход из-под его власти¹⁹.

Рассуждая о возможных несправедливостях власти и творимом ею произволе, сторонники подобной позиции указывают, что и при этом необходимо сохранять верность правителю. Ошибки власти не могут быть поводом для провоцирования массовых выступлений против нее. Выход из подчинения правителю приносит такой вред и бедствия, которые во много раз превышают потери от его несправедливости. Символично, что в разгар вооруженных столкновений в Ливии между армией Кадафи и повстанцами весной 2011 г. некоторые мусульманские теоло-

¹⁹ См.: Там же.

ги утверждали, что бойня, которой подвергались демонстранты, причиняет более тяжкий ущерб, нежели деспотизм власти²⁰. Именно выступления против власти приводят к смуте, порождают хаос и наполняют сердца злобой, а значит — умаляют значение шариата. Это на руку лишь врагам ислама. Польза заключается не в революции и не в провокациях, а в мудрости.

Более того, на их взгляд, Аллах дал таким правителям власть над мусульманами в ответ на порчу в их собственных делах. Вполне вероятно, что всевластие правителя-деспота — всего лишь наказание для мусульманской общины за ее грехи. Обоснованием этого считаются стихи Корана: «Все благое, что совершается с тобой, — от Аллаха, а всякое несчастье — от тебя самого» (4:79), «Подчиняем Мы одних нечестивцев другим за то, что совершают они» (6:129).

Опираясь на такие аргументы, лояльные властям мусульманские деятели подчеркивают, что сплочение общества вокруг власть имущих — шариатский долг, ибо интересы мусульманской общины реализуются только при таком условии. Следуя данной логике, они утверждают, что не может быть и речи о неповиновении правителям стран Персидского залива и Аравийского полуострова, которые хранят религию ислама, служа тем самым своим подданным²¹.

Что же делать, если власть поступает несправедливо, отклоняется от шариата и творит произвол? На этот вопрос ортодоксальная исламская правовая мысль отвечает: единственно правильным путем является увещание правителя, обращение к нему с советами. Такая идея развивается и в приведенном выше заявлении Корпорации крупнейших алимов (ученых) Садовской Аравии, в котором приводится высказывание Пророка Мухаммада: «Рука Аллаха — с мусульманами, составляющими общину. Тот, кто вышел из-под Его подчинения, в день страшного суда встретит Аллаха, не имея никаких аргументов в свое оправдание. Тот же, кто подойдет к смерти, будучи не связанным присягой верности правителю, умрет как язычник».

Шариатские принципы, говорится в документе, требуют, чтобы отношения между правителем и подданными обязательно строились на взаимных советах, взаимопонимании, сотрудничестве в добре и благочестии, взаимном отказе от греха и вражды. Такие исходные постулаты приводят к неизбежному выводу об абсолютной недопустимости выступлений против законной власти.

Ведущие саудовские мусульманские ученые подчеркивают особое место принципа совещательности в исламе, но только в установленных шариатом границах. В обоснование такой связанности они приводят предание, согласно которому Пророк изрек: «Религия — это совет». Когда же его спросили, с кем нужно советоваться, Мухаммад ответил: «С Его Книгой (т.е. Кораном), с Его Посланником, руководителями мусульман и со всеми ними». Касаясь ориентиров, которых необходимо придерживаться при обращении к правителю с советами, заявление приводит слова Пророка: «Воистину Аллах выражает вам три пожелания: поклоняться Ему и не придавать Ему сотоварищей, держаться за вервь Аллаха всем вместе и не разъединяться, а также давать советы тому, на кого Аллах возложил вершение ваших дел». При этом, как подчеркивают приверженцы традиционной мысли, советы должны

²⁰ См.: «Ас-Сабах», Эль-Кувейт, 09.03.2011.

²¹ См.: Там же.

даваться в устной или письменной форме, но обязательно непосредственно правителю или его представителю. Публичное обращение с советами к властям, составление открытых петиций со сбором подписей в поддержку каких-либо требований категорически не допускается²².

Однако взгляд на выступления против власти как абсолютно запрещенные шариатом действия разделяют не все направления современной исламской правовой мысли. Например, вполне закономерно, что сторонники разрешения демонстраций придерживаются иной позиции и считают возможным выход из-под власти правителя в определенных обстоятельствах. Так, известный кувейтский ученый Бассам аш-Шатты уверен в том, что противодействие гнету и произволу составляет шариатский долг. Он установлен в Коране как приказ следовать тому, что шариат предписал, и отвращать от совершения запрещенного им. Такое требованием подкрепляется изречением Пророка Мухаммада: «Если кто-нибудь из вас увидит нечто заслуживающее осуждения, то пусть изменит его своей рукой; если же не сможет, то — своим языком; а если не сподобится, то — своим сердцем; и это будет самым слабым проявлением веры». Отказ от исполнения своего долга и противодействия злу приводит к безграничному распространению порчи, за что неминуемо последует кара Аллаха. Египетская революция, считает мыслитель, является убедительным доказательством такого вывода²³.

Открыто поддержал возможность выступлений против власти и Юсуф аль-Карадави. Крупнейший современный мусульманский теолог и правовед, в частности, заявил, что война против режима Каддафи в Ливии не была военной операцией крестоносцев, как полагали некоторые, а вполне законным выступлением против тирана. Стремление свергнуть режим насильственным путем диктовалось шариатским принципом, согласно которому «необходимость делает разрешенным то, что шариат запрещает»²⁴. Кроме того, ученый обращался к йеменским военным с призывом не стрелять в демонстрантов, выступавших против прежнего режима, ссылаясь на уже приводившиеся выше слова Пророка о том, что нет обязанности подчиняться власти в ее действиях, являющихся грехом в глазах Аллаха²⁵.

С учетом такой позиции вполне последовательным выглядит решение Аль-Карадави создать под эгидой Всемирного совета мусульманских ученых группу исследователей для подготовки проекта хартии, которая закрепляет права правителя и управляемых, а также принципы их взаимоотношений. Предполагается, что этот документ затронет также шариатские основы, на которых должна строиться справедливая власть. Разъясняя смысл своей инициативы, он обратил особое внимание на необходимость преодолеть устоявшиеся неверные представления, согласно которым исламское государство является государством религиозным. Ведь религия представляет собой лишь одну из пяти общих ценностей, отстаиваемых шариатом. Она выступает только частью шариата, но никак не охватывает его целиком.

Исламская правовая мысль, подчеркнул Аль-Карадави, не знает института теократии. Исламское государство — это гражданское государство, источником

²² См.: «Аль-Ватан», Эль-Кувейт, 05.01.2011.

²³ См.: «Аль-Анба», Эль-Кувейт, 11.03.2011.

²⁴ См.: «Алам Аль-Яум», Эль-Кувейт, 22.03.2011.

²⁵ См.: «Алам Аль-Яум», Эль-Кувейт, 15.03.2011.

деятельности которого выступает шариат. Ислам надо толковать не в качестве окаменевшей догмы, а как широкую систему, основанную на справедливости, творении добра и совещательности. Такие начала включают и институты демократии в противовес личной власти. Поэтому правитель должен быть связан точно установленными правилами и границами, а народ — иметь право спрашивать с него и оценивать его политику, поскольку, как говорил Пророк, община не впадает в ошибку, если действует как одно целое. Люди вправе иметь свое мнение и выражать его в форме оппозиции.

Суммируя все аргументы, ученый пришел к уникальному для традиционного исламского правоведения выводу: «Реализация свободы идет впереди претворения шариата»²⁶.

«Фикх революции» — новое направление исламской правовой доктрины

Итак, несовпадение позиций мусульманских мыслителей относительно выступлений против власти вновь подтверждает, что современное исламское правоведение предлагает разное, нередко прямо противоположное, видение всех ключевых проблем «арабской весны». Подобные расхождения объясняются не только внешними политическими факторами, но и внутренней логикой, своего рода неизменным кодом развития указанной науки.

Нельзя не заметить, что разнообразие взглядов на отдельные стороны «арабской весны», которые имеют особое правовое значение, напоминает диалог и конкуренцию двух основных линий, всегда определявших содержание фикха. Речь идет о позиции так называемых людей Сунны, т.е. строгих ревнителей исламской ортодоксии, предпочитающих искать все решения в тексте Корана и Сунны, в противовес взглядам «людей мнения», которые, не ставя под сомнение авторитет этих божественных источников, значительно чаще своих оппонентов прибегают к рациональным способам формулирования норм.

Несомненно, консервативное течение, которое доминировало в прошлом, продолжает преобладать и в современном исламском правоведении. Эта наука складывалась веками, вобрав в себя многие традиции и стереотипы, которые помогали ей обслуживать власть. Кроме того, в определенный момент истории она стала уделять меньше внимания анализу реалий и погрузилась в схоластику. В итоге на протяжении столетий в фикхе накопился огромный арсенал формальных умозрительных конструкций, логически безупречных, но в значительной мере оторванных от живой действительности.

Такая традиция в наши дни предопределяет подход тех мусульманских ученых, которые со ссылкой на шариатские доводы отказываются разрешать демонстрации, а также отрицают возможность выступления против власти.

Что же касается другого течения в исламском правоведении — позиций приверженцев более гибкого, творческого и рационального подхода к мирским реалиям своего времени, — то оно всегда было и остается в тени ортодоксального фикха. В прошлом столетии такая линия проявлялась лишь в работах некоторых мусуль-

²⁶ «Аль-Кабас», Эль-Кувейт, 11.03.2011.

манских юристов и политологов относительно либеральной ориентации. Но несколько десятилетий назад стало заявлять о себе оригинальное направление правовой мысли, представленное идеями не либералов, а, наоборот, традиционалистов, которых перестали удовлетворять взгляды тех, кто прямо обслуживает власть. Возникли учения, оппозиционные арабским режимам и зовущие к радикальным политическим действиям. Последователи такого подхода ныне разрабатывают шариатское обоснование допустимости и даже необходимости массовых шествий и на этой основе оправдывают выступления против власти.

Конечно, Аль-Карадави и его единомышленников трудно назвать «людьми мнения» в полном смысле. Но тот факт, что они значительно активнее используют рациональную аргументацию, типичную для данного течения исламского правоведения, нежели юристы ортодоксальной школы, вряд ли может быть поставлен под сомнение. По мере созревания и развития «арабской весны» эта позиция становится все более заметной. Ее сторонники активно участвуют в дискуссиях по острым политическим вопросам, ведут энергичную проповедническую работу и даже включаются в политическую деятельность.

Интеллектуальная и творческая активность представителей неортодоксального прочтения исламского идейного наследия подготовила почву для формирования нового направления исламской правовой доктрины, получившего название «фикх революции». Данное понятие с самого начала «арабской весны» начал разрабатывать Аль-Карадави, а летом 2012 г. уже была опубликована первая книга на эту тему²⁷.

Речь идет о теоретическом осмыслении в рамках фикха (науке о правилах внешнего поведения людей) различных сторон происходящих в арабских странах политических катаклизмов в виде разработки как методологии подхода к этим событиям, так и конкретных шариатских норм и принципов, которые могут использоваться для решения проблем, возникающих в ходе политических изменений.

Подчеркнем, что данное направление не отражает всего спектра идей, которые мусульманское правоведение разрабатывает в связи с наблюдаемыми в арабских странах политическими катаклизмами. Речь идет о шариатском обосновании самих революций, используемых их участниками способов политического действия. Более того, «фикх революции» не ограничивается оправданием и даже освящением авторитетом своих лидеров действий тех, кто выступает против существующих режимов. Одновременно он формулирует цели таких движений и предлагает возможные средства их достижения, т.е. готовит своего рода дорожную карту продолжения «арабской весны».

Учитывая, что серьезные общественные перемены, включая процессы политического реформирования, будут еще долго предопределять положение дел в мусульманском мире, «фикх революции» по мере своего динамичного развития вполне может превратиться в заметную часть современной исламской правовой доктрины, актуальность которой будет только возрастать.

²⁷ См.: *Ар-Рейсуни, Ахмад. Фикх революции*. Бейрут, 2012 (на араб. яз).

И.В. Гетьман-Павлова

доцент кафедры
международного частного
права Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»,
кандидат юридических наук

Понятие «ВЕЖЛИВОСТЬ» В КОЛЛИЗИОННОЙ ДОКТРИНЕ Ульрика Губера*

Статья посвящена исследованию понятия «вежливость», разработанного Ульрихом Губером (голландским юристом XVII в.). Этот автор является наиболее типичным выразителем голландской теории конфликтного права. В работах Губера самым рельефным образом отражена доктрина международной вежливости, составляющая основу голландской школы статutow. В статье делается вывод, что практически все аксиомы Губера вошли в современную доктрину и судебную практику (особенно в странах «общего права»). Губера можно считать основоположником теории национальной природы коллизионных норм и одновременно — основоположником международно-правовой теории МЧП.

Ключевые слова: международное частное право, доктрина, теория статutow, Нидерланды, голландская школа конфликтного права XVII в., Ульрих Губер, международная вежливость, позитивизм, прагматизм.

Доктрина международной вежливости представляет собой один из наиболее важных и одновременно с этим наименее осмысленных канонов международного права¹, используемых судами при разрешении споров, связанных с иностранным правопорядком. Судебное признание международной вежливости позволяет говорить о наличии определенной концепции, выработанной судебной практикой для применения «иностранного закона или ограничения национальной юрисдикции из уважения к иностранному суверенитету»².

Однако «вежливость — это понятие с почти таким же большим числом значений, как и суверенитет»³. Ученые и судьи характеризуют международную вежли-

* В данной научной работе использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта № 11-01-0052 «Доктрина в системе источников международного частного права», реализованного в рамках программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2012–2013 гг.

¹ Под каноном международного права Donald Earl Childress III, например, понимает основополагающие принципы, используемые судами при разрешении транснациональных споров. См.: Donald Earl Childress III. Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws // <http://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q>

² Joel R. Paul. Comity in International Law // Harvard International Law Journal. 1991. Vol. 1, 4 // URL: <http://books.google.com/>

³ Slaughter A.M. Court to Court // American Journal of International Law. 1998. Vol. 92 // URL: <http://books.google.com/>

вость как принцип выбора права, синоним международного частного права, норму международного публичного права, моральную обязанность, целесообразность, взаимность, полезность. Представители государства не имеют единой точки зрения, является ли международная вежливость естественно-правовой нормой, традицией, договорным обязательством или нормой внутригосударственного права⁴. Суды применяют концепцию международной вежливости, практически не принимая во внимание ее историческое возникновение в рамках доктрины международного частного права (т.е. возникновение норм вежливости именно как коллизионных норм)⁵.

Трудность определения международной вежливости частично объясняется тем, что научные исследования в большинстве своем также не затрагивают исторический аспект коллизионного права, в рамках которого формировалась и развивалась доктрина международной вежливости. Эта проблема не потеряла актуальности и в наше время, что обуславливает необходимость ее дальнейшего научного изучения, поскольку использование правил международной вежливости в судебной практике имеет тенденцию к увеличению.

Как утверждает Дж. Пол, происхождение доктрины вежливости доподлинно неизвестно⁶. По мнению других авторов, международная вежливость впервые упоминается в римском праве⁷. Важно отметить, что римское право не использовало вежливость в таком понятии, как это впоследствии имело место в ходе рецепции римского права. Для римлян конфликта правовых систем не существовало — их представление о международном правопорядке заключалось в действии римского права по всему миру. Закон был унифицирован, а в системе международного частного права не было необходимости⁸.

Средневековый мир создал «новую систему, характеризующуюся существованием множества государств, каждое со своей суверенной территорией, равноправных и свободных от внешних вмешательств»⁹. Первоначально международное частное право было частью универсальной (естественной) системы права. Самые первые теории МЧП появились из классических идей естественного права, в особенности теория, что мир дал своего рода универсальный образец, который может использоваться, чтобы разрешать споры между юридическими системами¹⁰.

С XIII в. европейские юристы — глоссаторы и постглоссаторы — задавались вопросом, как и когда необходимо применять право других городов, как решать кон-

⁴ См.: Paul J.R. The Transformation of International Comity // URL: <http://www.law.duke.edu/journals/lcp>

⁵ См.: Donald Earl Childress III. Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws.

⁶ См.: Paul J.R. The Transformation of International Comity.

⁷ См.: Lorenzen E.G. Story's Commentaries on the Conflict of Laws — One Hundred Years After // Harvard Law Review. 1934. Vol. 15 // URL: <http://books.google.com/>; Yntema H.E. The Historic Bases of Private International Law // American Journal of Comparative Law. 1953. Vol. 2 // URL: <http://books.google.com/>; Donald Earl Childress III. Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws.

⁸ См.: Mills A. The Private History of International Law // URL: <http://login.westlaw.co.uk/wlwk/app/document?rs>

⁹ Gross L. The Peace of Westphalia, 1648–1948 // American Journal of International Law. 1948. Vol. 42 // URL: <http://books.google.com/>

¹⁰ См.: Mills A. The Private History of International Law.

фликты между римским (универсальным) и городским (статутным, локальным) правом. Средневековые итальянские и французские юристы разработали доктрину статутов — теорию, помогавшую определить применимое право, основываясь на толковании содержания статута (закона)¹¹. Эта теория обладала привлекательным единообразием и простотой — с ее помощью можно было быстро и без проблем объяснить все, основываясь на привязке либо к личности, либо к месту.

Однако по мере того, как возрастали возможности для перемещения людей, заключения договоров и ведения хозяйственной деятельности за пределами определенной территории, возрастало и количество вопросов, ответы на которые приходилось искать ученым-статутариям. Итальянские и французские статутарии писали в то время, когда феодализм терял свою опору в их собственных странах, и одновременно в то время, когда современная доктрина территориального суверенитета еще не появилась. Вопросы территориального характера законов не касались коллизионных норм. В Италии коллизионные конфликты возникали между различными городскими законами и римским правом (общим правом для всей Империи). Во Франции конфликты законов возникли из-за различий в кутюмном праве отдельных провинций в пределах одного государства. Ограничить применение законов к границам города или провинции при таких условиях, казалось, было неестественным и ненужным.

Однако появление национальных государств утвердило тезис, что права суверена ограничены территорией государства¹². Суверен осуществлял абсолютный правовой контроль над всеми вещами, лицами и сделками на территории своей страны. Рост числа национальных государств и появление концепции территориального суверенитета завершили разделение ранее единого (римского) права на части, основой которых выступала определенная территория. В связи с этим стало невозможным разрешать транснациональные дела на основе всеобщего (канонического или римского) права.

Поскольку отсутствовало всеобщее право или указание суверена, как разрешать дела, выходящие за границы государства, появилась необходимость ответить на вопрос, почему суды не должны всегда просто применять свое право при рассмотрении трансграничных дел. Ответ на данный вопрос был дан возникшей новой коллизионной доктриной, продолжавшей теорию статутов, но положившей в основу своих рассуждений доктрину вежливости¹³. Ввиду этого представляется вполне корректным определить вежливость как реакцию на «классическую» теорию статутов, на существовавшую до появления концепции территориального суверенитета систему международного частного права¹⁴. Идея суверенитета государств и применения их законов на основе вежливости была нацелена на разрушение универсального характера теории статутов¹⁵.

Изначальная функция международной вежливости состояла в том, чтобы позволить законам одной страны действовать на территории другой. Вежливость ис-

¹¹ См.: *Yntema H.E.* The Historic Bases of Private International Law.

¹² См.: *Mills A.* The Private History of International Law.

¹³ См.: *Donald Earl Childress III.* Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws.

¹⁴ См.: *Paul J.R.* The Transformation of International Comity.

¹⁵ См.: *Mills A.* The Private History of International Law.

пользовалась для того, чтобы на территории одного государства можно было реализовать права, законно приобретенные на территории другого¹⁶. Международная вежливость развивалась в мире строгой территориальной юрисдикции, и принцип вежливости был придуман именно для того, чтобы решить проблемы, созданные территориальностью права¹⁷.

Доктрина вежливости в том виде, в котором мы привыкли ее воспринимать, возникла в XVII в. одновременно с появлением национальных государств в Европе. Ее основателями выступили юристы, представлявшие высокоразвитую голландскую буржуазию, достигшую пика военно-морской и коммерческой власти, стремившуюся к управлению международными коммерческими и финансовыми потоками, сконцентрированными в городах и портах Нидерландов.

Борьба голландских провинций за независимость от испанского господства представляла собой триумф современной торговли, веротерпимости, победы национального над местным и отказ от предрассудков¹⁸. В конце XVI в. голландские провинции получили независимость и объединились в федерацию. Однако объединенные Нидерланды состояли из провинций, каждая из которых имела свою правовую систему, так что там появилась та же необходимость в доктрине, которая разрешала бы конфликты законов¹⁹.

Голландские юристы хотели придумать такую теорию, которая помогла бы создать единую правовую систему для разрозненных провинций и в то же время обосновала бы применение испанского права в голландских судах в течение определенного периода после обретения независимости. Кроме того, в связи с активным развитием торговых отношений с иностранными государствами голландские юристы были вынуждены рассматривать коллизии законов как практическую проблему. Это вынудило их в конечном счете принять доктрину о территориальности всех законов. В XVII в. фундаментальным принципом голландской юридической доктрины стал абсолютный суверенитет государства.

Территориальный суверенитет и уважение иностранных прав были предметом особого интереса в Нидерландах как торгового государства, нуждавшегося в справедливом обращении с иностранцами²⁰. Голландские юристы старались найти более прагматичный и гибкий подход к разрешению конфликтов законов, который воплощал бы в себе идею суверенной независимости. Эта цель была ими достигнута при помощи «мастерского применения доктрины суверенитета, разработанной в трудах Гуго Гроция»²¹.

Гуго Гроций писал: «Суверенитет неподвластен иному контролю, то есть не может быть уничтожен по желанию другого лица». Гроций утверждал, что, так как государства независимы, то международное публичное право «происходит от свободной воли человека». Ученый позаимствовал римский термин *ius gentium* для

¹⁶ См.: *Ulrici Huberi Praelectionum Juris Civilis. Pars Altera. Liber I. Titulus III.* Leipzig, 1707. Цит. по: *Lorenzen E.G.* Huber's de conflictu legum // *Illinois Law Review.* 1918–1919. Vol. 13 // URL: <http://books.google.com/>

¹⁷ См.: *Dodge W.S.* International Comity in American Courts // <http://www.asil.org/files/dodge.pdf>

¹⁸ См.: *Paul J.R.* The Transformation of International Comity.

¹⁹ См.: *Cheshire G.C.* Private International Law. Oxford, 1961.

²⁰ См.: *Yntema H.E.* The Historic Bases of Private International Law.

²¹ См.: *Mills A.* The Private History of International Law.

описания международного публичного права. Вопросами международного частного права Гроций специально не занимался, но предложил его понимание, резко отличающееся от понимания периода Римской империи и Возрождения: во главу угла ставились не естественные универсальные законы, а воля и действия государств. По мнению Гроция, *ius gentium* — это не просто право народов (идеальное), а право конкретных народов (фактическое)²².

Объединение Нидерландов в 1579 г. оказало влияние на развитие гроцианской теории государственного суверенитета. Однако это объединение не привело к исчезновению различных провинций с разнообразной правовой и исторической культурой. Именно поэтому в Нидерландах XVII в. наблюдается симбиоз «различия и уважения», т.е. принцип, унифицирующий разнообразные правовые и культурные традиции (этот принцип — своеобразный катализатор к национальному единству). Все это стало плодородной почвой для развития норм международного частного права, для нового этапа в развитии его теории.

Родоначальниками голландской школы международного частного права, по сути стоявшими у ее истоков, были Павел Вут (1619–1677) и его сын Иоанн Вут (1647–1714). Они утверждали, что государство обязано применить в некоторых случаях иностранное право, чему так же соответствует право требовать, чтобы в подобных случаях за границей применяли его собственное право²³.

Каждый из них выработал собственный подход к международному частному праву, но под влиянием концепции территориального суверенитета оба выдвинули тезис, что лишь государство вправе осуществлять территориальный контроль над местными судами, и именно это ограничение «сдерживает» от осуществления правосудия или применения своего права к судебным делам с иностранными элементами. Поскольку такая «сдержанность» не может быть основана на государственном законе, то она является вопросом «вежливости» (*comitas gentium*). Понятие вежливости было принято в качестве принципа толкования закона. Опора на неоднозначное понятие «вежливость», которое даже сейчас не может быть определено ни как абсолютное обязательство, ни как простая уступка или добрая воля, воплощает в себе всю сложность позитивистского понимания международного частного права²⁴.

Теория Вутов представляла собой своеобразную смесь международного (обязательного) и национального (оставленного на усмотрение) элементов. Подчеркивая преимущество национального элемента в отправлении правосудия, Вуты утверждали, что судья должен применять лишь право своего государства, если только само государство не предписывает иного. Применение иностранного права не является юридическим обязательством, но такой выбор — это прерогатива каждого государства. Применение иностранного права может быть обосновано только соображениями вежливости народов. Экстерриториальный характер законов опирается исключительно на учетность и взаимное уважение, взаимность правителей, суверенов.

Приоритет в разработке идеи *comitas* принадлежит Павлу Вуту, который в 1666 г. утверждал, что «никакой статут, независимо от его предмета, не распростра-

²² См.: *Mills A.* The Private History of International Law.

²³ См.: *Kalensky P.* Trends of Private International Law. Prague, 1971 // URL: <http://books.google.com/>

²⁴ См.: *Mills A.* The Private History of International Law.

няется прямо или косвенно вне пределов территории его носителя... когда народ хочет проявить вежливость по отношению к соседнему народу и это не представляется проблематичным, статуты могут иметь силу вне территории, где они были изданы»²⁵. Иоанн Вут предположил, что абсолютное применение территориального принципа имело бы такой эффект, что в соответствии с этим принципом одно государство могло отменить акты других государств и наоборот. Это привело бы к взаимному вреду, вызванному действиями в сущности заинтересованных государств²⁶.

С теоретической точки зрения доктрины голландской школы были сформулированы в основном Иоанном Вутом, которого А. Лэне называет настоящим основателем голландской школы²⁷. Но за 20 лет до публикации его труда другой голландский юрист, Ульрих Губер (Ulricus Huber, 1636–1694) сформулировал окончательный вывод всей голландской школы. Теория вежливости Губера (самого влиятельного автора голландской теории конфликтного права²⁸) заслуживает отдельного исследования хотя бы ввиду той роли, которую эта теория сыграла в развитии международного частного права Англии и Северной Америки.

Идеи Губера принесли в Великобританию шотландские студенты-юристы, обучавшиеся в университетах Нидерландов. В XVIII в. лорд Мэнсфилд (Lord Mansfield) применил теорию Губера в решениях по коллизионным вопросам²⁹. В деле *Robinson v. Bland* (1760) Мэнсфилд писал, что «общее правило, устанавливаемое *ex comitate et jus gentum*, состоит в том, что место, где заключен контракт и где не подается иск, должно рассматриваться в толковании и принудительном выполнении контракта»³⁰. В деле *Holman v. Johnson* (1775) он добавляет: «Теория, созданная Губером, основана на здравом смысле и на общих принципах справедливости. Я полностью согласен с ним»³¹.

История коллизионного права США берет свое начало именно с восприятия положений диссертации Губера³². Тайный Совет цитировал Губера, и суды полагались на него. В 1797 г. Александр Даллас опубликовал перевод губернской диссертации³³. В 1799 г. судья Дж. Вашингтон применил теорию Губера и указал, что «по правилам вежливости государств, подразумеваемым их молчаливым согласием, законы, выполняемые в пределах одного государства, разрешается использовать везде, при условии, что они не причиняют вред правам другого государства и его

²⁵ См.: Voet P. De Statutis eorumque concursu. Bruxellis, 1715. Цит. по: Arminjon P. Précis de Droit international privé. Paris, 1925 // URL: <http://books.google.com/>

²⁶ См.: Laine A. Introduction au droit international privé. P., 1888 // URL: <http://books.google.com/>

²⁷ Ibid.

²⁸ См.: Mills A. The Private History of International Law // URL: <http://login.westlaw.co.uk/wluk/app/document?rs>

²⁹ См.: Llewelyn Davies. The Influence of Huber's De Conflictu Legum on English Private International Law // British Yearbook of International Law. 1937. Vol. 18 // URL: <http://books.google.com/>

³⁰ Dodge W.S. International Comity in American Courts.

³¹ Ibid.

³² См.: Maier H.G. Resolving Extraterritorial Conflicts, or There and Back Again // URL: <http://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=Harold+G.+Maier>

³³ См.: Dodge W.S. International Comity in American Courts.

гражданам»³⁴. Дж. Стори писал, что теория Губера «была инкорпорирована в систему национального права во всех цивилизованных странах»³⁵.

Перу Губера принадлежит обширное число трактатов на тему коллизионного (статутного или статутарного) права. Из всех его произведений на эту тему наиболее значимой является небольшая диссертация «De Conflictu Legum Diversarum in Diversis Imperiis» (самое маленькое по объему произведение автора — всего лишь 10 страниц). Диссертация «De Conflictu Legum» не представляет собой самостоятельного произведения, это часть главы 2 «Praellectiones Juris Civilis». Небольшой объем работы не случаен — Губер целенаправленно хотел написать практический трактат, который должен был выявить нормы позитивного права. Трактат иллюстрирован судебной практикой, взятой из собственного судейского опыта, который Губер приобрел в свою бытность фризским судьей³⁶.

Несмотря на краткость, «De Conflictu Legum» приобрела практически мировую известность и оказала огромное влияние на развитие науки коллизионного права. Ни одна из работ Губера не цитируется так часто, как эта маленькая диссертация. Именно она явилась предметом бурных научных дискуссий, принципиально противоположных оценок и мнений, высказываемых в течение почти 250 лет. Диссертацию «De Conflictu Legum» называют самым типичным выражением голландской теории³⁷.

В преамбуле к «De Conflictu Legum» Губер определяет факты, которые порождают конфликт законов, и подчеркивает связь наиболее распространенных обстоятельств юридического свойства с различными законами. Губер отмечает противоположность и разнообразие законов, акцентируя внимание на взаимной независимости народов: «Часто случается так, что сделки, заключенные в одном месте, имеют силу и приобретают последствия в другом или по ним вынесено судебное решение в третьем. Более того, хорошо известно, что после раздробления провинций Римской империи и разделения Христианского мира на бесчисленные нации, не подчиняющиеся друг другу и не разделяющие один способ управления, законы разных народов расходятся по многим аспектам. Это не удивительно, что в Римском праве нет ничего по этому вопросу, так как власть римлян во всем мире управляла одинаково с помощью единообразных законов и не могла породить противоречие разных законов, т.е. не могла породить конфликт права»³⁸.

Губер «справедливо»³⁹ утверждает, что римское право не содержит решения проблемы конфликта законов, объясняя это тем, что в Риме единый закон распространялся на все части империи и конфликт законов в принципе отсутство-

³⁴ Dodge W.S. International Comity in American Courts.

³⁵ Story J. Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic. Boston, 1834 // URL: <http://books.google.com/>

³⁶ См.: Meili F. Civil- und Handelsrecht auf Grund der Theorie, Gesetzgebung und Praxis. I Band. Zurich, 1902 // URL: <http://books.google.com/>; Lorenzen E.G. Huber's de conflictu legume.

³⁷ См.: Мандельштам А.Н. Гаагские конференции о кодификации международного частного права. Т. I. СПб., 1900 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁸ Ulrici Huberi Praelectionum Juris Civilis. Pars Altera. Liber I. Titulus III. Leipzig, 1707. Цит. по: Lorenzen E.G. Huber's de conflictu legume.

³⁹ Laine A. Introduction au droit international privé.

вал. Одновременно он высказывает «дважды противоречивое»⁴⁰ мнение основные правила по данному вопросу все равно должны быть выведены из римского права, но проблема конфликта законов возникает скорее из права народов, нежели из гражданского права: «Основополагающие правила, по которым разрешается этот вопрос, находятся в Римском праве. Хотя существо вопроса относится больше к праву народов [ius Gentium], чем к гражданскому праву, поскольку очевидно, что отношения между разными народами относятся к праву народов»⁴¹.

Губеровское противопоставление права народов и гражданского права явным образом демонстрирует, что в основе его построений лежит теория Гуго Гроция. В своем знаменитом трактате «О праве войны и мира» («De jure belli ac pads», 1625) Гроций предложил делить все право на естественное (jus naturale) и положительное (jus voluntarium). Положительное, в свою очередь, подразделяется на божественное (jus divinum) и человеческое (jus humanum). Человеческое разделяется на гражданское (jus civile) и международное (jus gentium). Гражданское право — это национальное право конкретного народа, которое наряду с естественным образует внутреннее право отдельного суверенного государства. Международное право «есть то право, которое действует в сношениях народов и государей»⁴². Таким образом, Гроций отделил понятие международного права от римского понятия jus gentium. Международное право «происходит от свободной воли человека» и вытекает из «общежительной» природы человека; оно основано на общем согласии народов и общих началах справедливости.

Ульрих Губер, как и Гроций, был позитивистом и поклонником естественного права⁴³. Вслед за Гроцием он рассматривал международное право в качестве особой, независимой системы и утверждал необходимость отдельного анализа международного права, не связанного с политическими реалиями конкретных государств. Термины jus naturale, jus civile и jus gentium Губер понимает в смысле, предложенном Гроцием — как внутригосударственное, национальное право и как международное публичное право. Проблему конфликта законов он включает в сферу действия международного права: «[Конфликтные] решения должны искаться не в гражданском праве, а должны исходить из интереса народов и их молчаливого согласия»⁴⁴. Губер (как и Гроций) рассматривал международное частное право⁴⁵ в качестве элемента jus voluntarium, т.е. считал его следствием положительных (произвольных) представлений о международном праве. В этом отношении Губер отрицал теорию статутов, представители которой доказывали, что нормы международного частного права относятся к естественному праву (т.е. являются частью универсального правопорядка, включающего все отрасли права).

⁴⁰ Laine A. Introduction au droit international privé.

⁴¹ Ulrici Huberi Praelectionum Juris Civilis. Pars Altera. Liber I. Titulus III. Leipzig, 1707. Цит. по: Lorenzen E.G. Huber's de conflictu legume.

⁴² См.: Никольский Д.П. Международное право. СПб., 1903. [Электронный ресурс.]

⁴³ «Huber — ein Mann des Naturrechts». См.: Raape L. Deutsches Internationales Privatrecht. Berlin, 1938. [Электронный ресурс.]

⁴⁴ Ulrici Huberi Praelectionum Juris Civilis. Pars Altera. Liber I. Titulus III. Leipzig, 1707. Цит. по: Laine A. Introduction au droit international privé.

⁴⁵ В работе Губера впервые в юриспруденции используется понятие «конфликт правовых систем». См.: Mills A. The Private History of International Law.

Будучи последовательным позитивистом, Губер подчеркивал суверенитет и независимость каждого государства, особо отмечая территориальный признак суверенитета и достаточно жесткую границу между внутренней и внешней политикой государств⁴⁶. С его точки зрения, международное право должно ограничивать вмешательство в суверенные дела государства, особенно касающиеся его территории. Нормы международного частного права также могут рассматриваться как средства защиты государственного суверенитета от вмешательства. Идею территориального суверенитета Губер положил в основу своей теории решения конфликтов разнонациональных законов.

Исходя из основных постулатов территориального суверенитета, Губер формулирует три аксиомы (максимы), которыми всегда следует руководствоваться в случаях конфликта законов и которые формируют правовую основу коллизионных норм. По его мнению, если эти аксиомы будут всеми приняты, то решатся все трудности разрешения конфликтов законов: «Для того, чтобы уловить тонкости этого самого запутанного вопроса, мы должны установить три максимы, которые сделают наш путь к решению оставшихся вопросов гладким»⁴⁷. Всего из трех принципов можно развить всеобъемлющую систему для примирения конфликтующих законов.

Законы государства распространяются на всех его подданных и на все имущество, находящееся на его территории. Однако эти законы действуют только в пределах юрисдикции этого государства, за ее пределами они не имеют никакой силы.

Все люди, пребывающие на территории определенного государства, подчиняются законам данного государства. Вне зависимости от того, проживают они на данной территории постоянно или временно, все лица являются субъектами данного государства и считаются его подвластными (принцип «временного подчинения»).

Суверены других стран, исходя из принципов вежливости (*comitas*), взаимоуважения, взаимности и учтивости, действуют таким образом, что права, приобретенные в пределах одного государства, сохраняют свою силу и признаются повсеместно, если это не причиняет ущерба власти или праву другого суверена и его граждан (т.е. правам и интересам государства пребывания).

Губер утверждал, что три его правила — это не только логические выводы из теории суверенитета, а выработанные с молчаливого согласия самих наций позитивные нормы. Эти правила основаны на международном праве (*jus gentium*) с его приверженностью римской правовой традиции естественности и универсальности права. Однако во главу угла (как и Гроций) Губер ставил не естественные универсальные законы, а волю и действия отдельных государств. Губеровская концепция международного частного права прежде всего отразила его подходы к территориальному суверенитету.

Первые два принципа, по мнению М. Вольфа, воплощают доктрину чистой территориальности: согласно строгому праву юридическая норма может применяться только в пределах страны, в которой она имеет силу⁴⁸. Первая аксиома, по мнению Губера, не подлежит никакому сомнению. Все законы носят территориальный характер и не

⁴⁶ См.: *Donald Earl Childress III. Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws.*

⁴⁷ *Ulrici Huberi Praelectionum Juris Civilis. Pars Altera. Liber I. Titulus III. Leipzig, 1707.* Цит. по: *Lorenzen E.G. Huber's de conflictu legume.*

⁴⁸ См.: *Вольф М.* Международное частное право. М., 1948.

имеют силы и влияния вне пределов юрисдикции своего законодателя, при этом законы отражаются на всех отношениях, связанных с определенной территорией.

Вторая аксиома вытекает из первой, но некоторые ученые (по утверждению самого Губера) ее не принимают: «Что касается второй максимы, то некоторые люди придерживаются другого мнения и отрицают, что иностранцы должны подчиняться праву места, где они действуют. Эта точка зрения кажется мне правильной в некоторых случаях... Но утверждение, что все в пределах границ государства должны считаться субъектами, тем не менее правильно, так как соответствует не только природе государства и обычаю, что все, кто находится в этом месте, подчиняются его верховной власти, но и доктрине, признанной большинством народов...»⁴⁹ Таким образом, правило, что подданным государства должен считаться любой, находящийся на его территории, соответствует естественному праву и является общепринятым в мировой практике. Тот, кто заключает контракт в месте своего нахождения, в качестве временного субъекта подвластен местному закону. В подтверждение своей второй аксиомы Губер ссылается на Гуго Гроция: «Гроциус... говорит, что если он заключает сделки в определенном месте, то подчиняет себя, как временного субъекта, законам этого места... Это может быть оправдано только на основании того, что суверенитет распространяется на всех внутри его территории»⁵⁰.

Рассуждения Губера базируются не столько на теории Гуго Гроция, сколько на знаменитом постулате французского ученого XVI в. Бертрана д'Аржантре, что «все кутюмы реальны». При этом доктрина д'Аржантре является только отправной точкой концепции Губера; по существу его воззрения полностью противоречат основным принципам территориальной доктрины права. Заявления Губера относительно некоей неограниченности действия всех законов позволяют утверждать, что в изучении и развитии коллизионного права Губер вышел за рамки привычных взглядов своих предшественников.

Суть позиции Губера сводилась к тому, что правило «у законов *ipso jure* нет и не может быть экстерриториального характера» не является абсолютом и необходимо признавать и учитывать наличие любых исключений из этого правила. Экстерриториальный характер законов основан на естественном праве, но в реальной действительности он опирается исключительно на учтивость, уважение и взаимную вежливость суверенов. Общая польза наций побуждает их к взаимной уступчивости, поэтому сила местного закона в некоторых случаях признается и в чужом государстве — «*statute valent extra statuentis territorium*»⁵¹.

По мнению У. Доджа, первые две аксиомы показывают, что «в основу своей системы коллизионного права Убер положил территориальный суверенитет (согласно первой аксиоме) и, таким образом, распространил абсолютную суверенную власть не только на самого суверена, но и на всех лиц, находящихся, в том числе и

⁴⁹ Ulrici Huberi Praelectionum Juris Civilis. Pars Altera. Liber I. Titulus III. Leipzig, 1707. Цит. по: Lorenzen E.G. Huber's de conflictu legume.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Ulrici Huberi Praelectionum Juris Civilis. Pars Altera. Liber I. Titulus III. Leipzig, 1707. Цит. по: Иванов Н.П. Основания частной международной юрисдикции. Казань, 1865. [Электронный ресурс.]

временно, на территории соответствующего государства (об этом говорит вторая аксиома)»⁵².

Третий принцип (взаимность, учтивость, вежливость — *comitas gentium*) — квинтэссенция доктрины Губера. *Comitas* заставляет отступать от принципа строгой территориальности законов. Суверен может посредством учтивости признавать права, приобретенные в соответствии с законами другого государства. В обоснование своей третьей максимы Губер приводит следующие доводы: «Хотя законы одной страны не могут иметь юридической силы в другой, еще ничего не было более неудобным для торговли и международной практики, чем права, признающиеся законом одного места, но недействительные где-либо в другой стране из-за разницы в законах. И это причина появления третьей максимы, которая до сих пор действует»⁵³. Законы одной страны не могут иметь прямого действия в другой стране, но права, благоприобретенные по законам места совершения сделки, должны признаваться в других местах в целях развития нормальных отношений между народами.

Хотя Губер и не был автором теории вежливости, но именно он сделал эту идею знаменитой с помощью своих аксиом. Губер первым использовал фразу «*comitas gentium* (буквально — «любезность государств»)), чтобы описать правомерность применения иностранного права⁵⁴. По мнению У. Доджа, настоящая история международной вежливости начинается с Ульриха Губера, который является «отцом международной вежливости»⁵⁵. Этой же позиции придерживается и Дж. Стори: «Доктрина вежливости берет свое начало из «общепризнанных максим» международного права, которые, несомненно, имеют прямую связь с теорией Губера»⁵⁶.

В течение XIV–XVI вв. все авторы, занимавшиеся вопросами конфликтного права, посвящали свое внимание одному вопросу — какие законы всегда имеют только территориальный характер, а какие могут действовать и за пределами власти их законодателя. Конфликт между суверенной властью и трансграничными отношениями всегда представлял собой «основную дилемму коллизионного права»⁵⁷. Данная дилемма может быть сформулирована следующим образом: если у сторон до обращения в суд уже образовались существенные связи с различными государствами, какое право следует применять — право страны суда или право другого государства, с которым отношения сторон связаны? Никто из статуариев не мог объяснить, почему власти государства должны допускать действие на своей территории иностранных законов. Ответ сводился к краткому и «исчерпывающему» постулату — потому, что определенные законы (личные статуты) экстерриториальны по своей природе.

Система Губера обозначила наиболее важную проблему коллизионного права: каким образом иностранное право может применяться в рамках национальной юрисдикции, если оно носит строго территориальный характер? По существу, Губер стал первым автором, который попытался прояснить именно этот, наиболее

⁵² *Dodge W.S.* International Comity in American Courts.

⁵³ *Ulpici Huberi Praelectionum Juris Civilis. Pars Altera. Liber I. Titulus III.* Leipzig, 1707. Цит. по: *Lorenzen E.G.* Huber's de conflictu legum.

⁵⁴ *Paul J.R.* The Transformation of International Comity // URL: <http://www.law.duke.edu/journals/lcp>

⁵⁵ *Dodge W.S.* International Comity in American Courts.

⁵⁶ *Story J.* Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic.

⁵⁷ *Yntema H.E.* The Historic Bases of Private International Law.

спорный и неясный момент — почему иностранный суверен в своем государстве разрешает действие иностранного права: «Не по причине прямой силы и действия иностранного законодательства, а **вследствие санкции высшей власти другого государства** иностранным законам дается сила, применяемая к имуществу на своей территории»⁵⁸. В теории Губера вежливость выступала не только теоретическим, но и правовым обоснованием при разрешении проблем коллизионного права — суд в одной стране мог применять право другой страны, основываясь на международной вежливости⁵⁹.

Однако отношение Губера к территориальному суверенитету позволяет предположить, что единственное право, которое может применять национальный суд, это право, изданное сувереном данной страны⁶⁰. Таким образом в рамках его теории возникает дилемма о возможности применения судом, находящимся на территории одного государства, права, изданного другим сувереном, которое, по идее, не должно иметь силы за пределами соответствующей территории. Эту дилемму можно сформулировать и более подробно: как национальный суд может применять иностранное право, расширяя таким образом сферу распространения власти одного суверена на территорию другого и осознавая, что это нарушает правило, согласно которому каждое государство вправе контролировать свою территорию без постороннего вмешательства? Решением данной дилеммы стала третья аксиома Губера, которая разрешила судам одного государства признавать и применять законы других государств в силу вежливости при условии, что суверен (в том числе в лице своих судов) не ущемляет таким расширением сферы действия иностранных законов права суверена и граждан этого государства. В теории Губера вежливость выступала не только теоретическим, но и правовым обоснованием для разрешения проблем коллизионного права — суд в одной стране мог применять право другой страны, основываясь на международной вежливости⁶¹.

Губер никогда не утверждал, что иностранный суверен должен признавать действие иностранных законов на своей территории. Он писал о «признании в каждом государстве так называемых иностранных созданных прав»⁶². Мысль, что экстерриториальное признание должны иметь права, основанные на иностранном законе, является краеугольным камнем «фундаментальной идеи Губера относительно теории приобретенных прав»⁶³. Экстерриториальные последствия могут быть достигнуты только при помощи международной вежливости. При этом законы каждого народа сохраняют свою силу повсеместно после того, как они были применены в пределах границ его собственной страны и «при условии, что власть или права другого суверена или его граждан этим не нарушаются»⁶⁴.

⁵⁸ Ulrici Huberi Praelectionum Juris Civilis. Pars Altera. Liber I. Titulus III. Leipzig, 1707. Цит. по: Lorenzen E.G. Huber's de conflictu legume.

⁵⁹ См.: Yntema H.E. The Comity Doctrine // Michigan Law review. 1966. Vol. 65 // URL: <http://books.google.com/>

⁶⁰ См.: Donald Earl Childress III. Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws.

⁶¹ См.: Yntema H.E. The Historic Bases of Private International Law.

⁶² Ulrici Huberi Praelectionum Juris Civilis. Pars Altera. Liber I. Titulus III. Leipzig, 1707. Цит. по: Lorenzen E.G. Huber's de conflictu legume.

⁶³ Kalensky P. Trends of Private International Law.

⁶⁴ Вольф М. Международное частное право.

Признание иностранных прав является простой уступкой, на которую каждое государство идет исходя из удобства и полезности. Губер рассматривал *comitas* как политическую уступку, на которую можно пойти, которую можно предоставить или отказать в ней произвольно по воле суверена. Признание иностранных прав не является результатом связывающего государства обязательства поступать таким образом, но это признание — основание для вежливости народов.

По мнению Губера, решение проблемы конфликта законов состоит в том, что права одного государства могут иметь юридическую силу на территории другого государства или распространяться на связанные с этим государством отношения. Это решение «должно выводиться не только из гражданского права, но и из удобства и подразумеваемого согласия народов», т.е. вежливость основана на молчаливом согласии народов, обусловленном их интересами. Что подразумевается под удобством и молчаливым согласием государств, должно решаться по усмотрению судов. Таким образом, термин *comitas* вскоре стал употребляться в контексте «судейской учтивости»⁶⁵. Доктрина вежливости Губера примирила требование абсолютного суверенитета с увеличением международных трансакций путем наделения суда полномочиями по применению иностранного права⁶⁶.

По мнению У. Доджа, губернский принцип вежливости, который признает и обеспечивает применение иностранного права, можно обозначить термином «принцип предписываемой вежливости»⁶⁷. Когда одна страна применяет законы другой в своих судах, она признает, что другая нация обладает юрисдикцией для установления правил сделок или событий. Если такое признание происходит как вопрос вежливости, он может считаться осуществлением «принципа предписываемой вежливости». С другой стороны, если одна нация ограничивает действие ее собственных законов, она признает, что не должна устанавливать правила для сделок или событий. Если это происходит по соображениям вежливости, это тоже может считаться «принципом предписываемой вежливости».

Принцип предписываемой вежливости полагается на интересы других стран как законодателей. Как принцип признания, он приводит в исполнение иностранные законы и интересы, отраженные в этих законах. Как принцип сдержанности, он «избегает необоснованного вмешательства в суверенную власть других народов»⁶⁸. Уважение к иностранным законодателям формирует «законодательную вежливость», уважение к иностранным судебным учреждениям называется «судебной вежливостью», а уважение к иностранным государствам, выступающим в качестве стороны в процессе, — это «вежливость к государству — стороне в процессе».

Таким образом, изначально на доктрину международной вежливости ссылались как на основу для коллизии права и признания решений иностранных судов, т.е. она действовала в качестве принципа как для законодательной вежливости, так и для судебной⁶⁹. И в случае с вежливостью законодателя, и в случае с судебной вежливостью взаимная вежливость необходима для того, чтобы избежать «неудобств,

⁶⁵ Lorenzen E.G. Huber's de conflictu legume.

⁶⁶ См.: Paul J.R. Comity in International Law.

⁶⁷ Dodge W.S. International Comity in American Courts.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Ibid.

которые могут происходить из-за различий в правовом порядке»⁷⁰. Обращение судов к правилу вежливости народов создает «дух кооперации, в котором национальный суд разрешает споры, апеллируя к законам и интересам другого суверенного государства... правило вежливости позволяет государствам уважать суверенные права других государств посредством установления пределов действия своих законов и их применения»⁷¹.

По Губеру, в основе концепции международной вежливости лежит применение судами иностранного права. Он полагал, что вежливость «применяется по аналогии к принципу *res judicata*» («все сделки и действия, как в суде, так и вне его... совершенные в соответствии с законом какого-либо определенного места, являются действительными даже там, где имеет силу другой закон»)⁷². Суды применяют иностранное право без нарушения национального суверенитета путем получения *подразумеваемого согласия* от своего же государства на действия по использованию права другой страны⁷³.

Однако главной проблемой, возникающей в понимании вежливости как «судейской учтивости», является то, что неопределенное понятие международной вежливости предполагает достаточно широкое и «не урегулированное общими принципами права использование судом судебное усмотрение»⁷⁴. Данная возможность позволяет судам принимать политические решения, затрагивающие суверенные интересы и международные отношения. Это угрожает системе разделения властей и может привести к формированию убеждения судей, что в делах, связанных с международными отношениями, им позволено выйти за рамки судебной власти⁷⁵. Согласно объяснению Самюэля Ливермора, одного из первых противников международной вежливости, «использование доктрины международной вежливости способно привести к опасным последствиям, ибо я нечасто видел, чтобы какое-либо иное явление с такой страшной силой убеждало судей в их праве на присвоение суверенной власти»⁷⁶.

По мнению некоторых современных исследователей, суды смогут обеспечить более корректное применение доктрины международной вежливости при рассмотрении дел, связанных с иностранным правовым порядком, если международная вежливость будет определяться именно так, как понимал ее Губер, т.е. через доктрину коллизионного права. Понимание международной вежливости как коллизионной нормы гарантирует проведение анализа коллизий между разнонациональными законами и обозначает конкретные направления для действий суда при использовании правил вежливости. Международная вежливость, основой которой выступает коллизионное право, наилучшим образом способствует уважению суверенных интересов, обеспечивает справедливость при разрешении транснациональных дел,

⁷⁰ *Story J.* Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic.

⁷¹ *Donald Earl Childress III.* Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws.

⁷² *Dodge W.S.* International Comity in American Courts.

⁷³ См.: *Donald Earl Childress III.* Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws.

⁷⁴ *Ibid.*

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ *Livermore S.* Dissertations on the Questions which Arise from the Contrariety of the Positive Laws of Different States and Nations. 1828 // URL: <http://books.google.com/>

в конечном итоге способствует развитию и применению идей демократии⁷⁷. Судебная вежливость «стремится обеспечить судебную эффективность и выразить уважение, также обязательное для других судов»⁷⁸.

Судебная вежливость несколько выделяется из концепции международной вежливости, так как ее действие охватывает отношения между судами, но не между суверенами как таковыми. Однако суть судебной вежливости связывает ее также с суверенностью государства, а не только с организацией правосудия⁷⁹. Как писал Дж. Стори, «дело не в вежливости судов, но в вежливости народов, отношения которых опосредует государство»⁸⁰. В самом деле, было бы неправильно думать, что судебные решения не удовлетворяют и суверенным интересам, и интересам международных отношений. Вежливость позволяет судам решать, применить ли иностранное право из уважения к иностранному государству или отечественные публичные интересы должны взять верх над вежливостью. По каждому вопросу суд является проводником публичного интереса государства⁸¹.

По мнению Дж. Стори, «доктрина [Губера] получила свое начало и власть через добровольный выбор и согласие наций. Поэтому, строго говоря, доктрину можно назвать вежливостью наций»⁸². Концепция государственного суверенитета как основа теории вежливости и коллизионного права предполагает следующую роль судов: применяя доктрину вежливости, они должны воплощать в жизнь волю суверена, уделяя серьезное внимание соблюдению государственных интересов. Суды непосредственно не применяют вежливость, потому что это входит в компетенцию суверена. Они должны только выполнять соответствующую волю суверена, так как «выяснению и применению подлежит вежливость наций, а не вежливость судов»⁸³.

Суд одного государства может применять законы другого государства, если это обусловлено «взаимным интересом и целесообразностью»⁸⁴ суверенных интересов, с учетом которых должно разрешаться дело. При этом каждое государство может установить свои условия применения иностранного права, хотя взаимный интерес уже «предполагает согласование интересов всех наций»⁸⁵. Тем не менее, при применении иностранного права суд не должен игнорировать интересы собственного государства.

Но почему национальный суд *должен* применять иностранное право и наделять иностранные суды полномочиями национальных государственных органов? Ответ на этот вопрос заключается в негласном (подразумеваемом) согласии суверена на применение иностранного права исключительно из коммерческих интересов. Каждое государство в силу своего суверенитета строит свою собственную систему

⁷⁷ Donald Earl Childress III. Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws.

⁷⁸ Ibid..

⁷⁹ См.: Story J. Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ См.: Paul J.R. The Transformation of International Comity.

⁸² Story J. Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid.

разрешения конфликтов законов и формулирует свои собственные коллизионные нормы, но фактически оно не действует деспотично. Согласно принципу вежливости законодатель разрешает на своей территории действие права, приобретенного законным путем на другой территории. Вежливость и давление международной торговли требуют, чтобы сделки, совершенные в одной юрисдикции, признавались в другой. В основе идеи вежливости как основания для применения иностранного права лежат прежде всего экономические причины, интересы международной торговли.

Губер не разъясняет, как именно суды должны разрешать транснациональные споры. Его доктрина вежливости не предполагает указания каких-либо конкретных действий, а лишь ссылается на применение иностранного права без установленной процедуры такого применения. Казалось бы, возникает «неразрешенный вопрос: как суды должны определять необходимость применения вежливости в конкретном деле... каким образом суд должен определить, нужно ли при разрешении того или иного дела исходить из правила вежливости?»⁸⁶ Однако позицию Губера можно найти в подразумеваемых им специальных правилах, закрепленных в его диссертации. Вежливость, как правило, должна применяться без всяких предубеждений, исходя из выгоды и удобства, поэтому нет необходимости в определении случаев ее применения. В теории Губера международная вежливость выполняет две основные задачи. Во-первых, вежливость — это одна из основных причин того, почему национальные суды применяют иностранное право в делах, осложненных иностранным элементом⁸⁷. Эта причина является теоретическим обоснованием применения судом одной страны законов другой страны, в то время как территориальный суверенитет государств остается нерушимым. Во-вторых, международная вежливость дает судам законное основание подчиняться в некоторых международных частных делах актам исполнительной, законодательной и судебной власти иностранного государства.

Как последовательный позитивист, Губер прекрасно осознавал, что признание и соблюдение иностранного права зависит исключительно от согласия (соизволения) государства признавать и обеспечивать соблюдение благоприобретенных за границей прав. Никакое право автоматически не может иметь силу закона за пределами территории государства, издавшего этот закон. Закон одного государства должен быть признан или принят в другом государстве, т.е. инкорпорирован в его национальное право. По существу, это основная мысль доктрины Губера, ставшая впоследствии отправной точкой англо-американского международного частного права и судебной практики многих континентальных стран.

Анализируя третий принцип Губера, можно сказать, что его автор очертил пределы, которые не может переступить никакое государство, признавая на своей территории права, возникшие по иностранным законам: «Иностранному закону дается сила... при условии... что никакого вреда это не наносит суверенитету или правам граждан, это является основой всего вопроса». Законы иностранного государства могут быть признаны только тогда и только в той мере, «если они не вызывают предубеждение власти, не мешают правам на предметы и вещи и законным

⁸⁶ *Donald Earl Childress III. Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws.*

⁸⁷ См.: *Wharton F. A Treatise on the Conflict of Laws or Private International Law. Boston, 1905 //* URL: <http://books.google.com/>

интересам правительства страны-пребывания»⁸⁸. Данное высказывание представляет собой формулировку оговорки о публичном порядке в ее негативном варианте, т.е. в XVII в. Губер закрепил понятие оговорки о публичном порядке в нашем современном понимании⁸⁹. Элементы концепции публичного порядка встречаются в работах многих ученых XIII—XVII вв., но в доктрине конфликтного права Губер был первым, кто предложил настолько четкое определение этой оговорки.

На оговорку о публичном порядке в третьей максиме Губера обратил внимание Дж. Стори. Комментируя «*De Conflictu Legum*», он писал: «Первые две максимы в настоящее время практически никем не оспариваются, а третья выступает неопровержимым следствием права и обязанности каждой нации заботиться о своих гражданах, защищая их от ущерба, который может быть причинен несправедливым и наносящим вред действием (влиянием) иностранного закона, и предупреждать или пресекать применение иностранного права, нормы которого противоречат государственным интересам и общественному строю»⁹⁰.

В учении Губера уделено внимание и концепции обхода закона⁹¹. Можно отступить от принципа международной вежливости, если в некоторых странах будут предприняты попытки обойти законы других стран или проигнорировать их. В частности, государство не может допустить, чтобы его подданные обходили законы о браке за границей. Губер высказывает чрезвычайно интересную мысль — суверены, которые на своей территории позволяют гражданам других государств вступать в брак по местным законам, действуют «особенно явно против права народов» (т.е. совершают международное правонарушение), поскольку они осознают, что местный закон противоречит национальному законодательству иностранцев.

Для XVII в. эта мысль является поистине революционной — применение местного закона к иностранцам может представлять собой нарушение международного права, если такое применение помогает иностранцам избежать действия особо важных норм их национального закона. Государство в силу международной вежливости должно не только признавать на своей территории приобретенные за границей права, но и в определенных случаях воздерживаться от применения собственных законов по отношению к иностранцам.

В своей работе Губер не пытается дать определение *comitas gentium*, но зачастую в качестве синонима *comitas* употребляет «более резкое и правдивое слово — выгода»⁹². Он не стесняется называть вещи своими именами, и его теория основана на прагматических позициях. Недаром Губера называют не просто позитивистом, но «бесстрашным позитивистом», который открыто высказывал, чем именно является фактическое, позитивное право⁹³. Представляется, что для оценки губеровских воззрений более корректно употребить термин «прагматизм». Он никогда не пытался втиснуть доктрину и судебную практику в прокрустово ложе буквального

⁸⁸ Ulrich Huberi Praelectionum Juris Civilis. Pars Altera. Liber I. Titulus III. Leipzig, 1707. Цит. по: Lorenzen E.G. Huber's de conflictu legume.

⁸⁹ См.: Raape L. Deutsches Internationales Privatrecht. Berlin, 1938 // URL: <http://books.google.com/>

⁹⁰ Story J. Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic.

⁹¹ См.: Мережко А.А. Наука международного частного права: история и современность. Киев, 2006.

⁹² Laurent F. Droit Civil International. Bruxelles, 1880 // URL: <http://books.google.com/>

⁹³ См.: Lorenzen E.G. Huber's de conflictu legume.

понимания действующего права. Губер строил свою теорию не столько на предписаниях позитивного права, сколько на соображениях общей пользы.

Соображение общей пользы — это побудительная причина, в силу которой государи отказываются от своего абсолютного права и не допускают действия иностранных законов на имущество, расположенное в их землях. Но что представляет собой «общая польза»? Это не что иное, как радение о выгоде. Выгода — «слово довольно неблагозвучное, его укрывают под именем вежливости, но смысл остается прежним»⁹⁴. Не из соображений щедрости, а по необходимости государь открывает границы своих земель законам иных стран; абсолютному праву верховной власти он предпочитает выгоду, т.е. простой расчет. Скажем прямо и откровенно: *comitas* — это выгода, и Губер говорит без обиняков: «Когда правителю доставляет выгоду пренебрежение актами, составленными за границей, и следовательно, иностранным статутом, он вправе поступить сообразно своей выгоде»⁹⁵. Вежливость оправдана только до той степени, пока это приносит пользу. Естественный порядок вещей состоит в том, что человек является подданным своего национального закона, везде и всюду определяющего его правовое положение. Суверенитет государства не только не страдает от этого, но извлекает для себя пользу: власть над подданными сохраняется, а часть ее, уступленная законам других стран, будет возмещена.

Доктрина Губера о *comitas* — это учение об общей пользе, т.е. о выгоде. Вероятно, выгода не может быть принципом, положенным в основу правовой теории: юриспруденция — это не наука о выгоде, это наука о справедливости и несправедливости. Нельзя признать выгоду в качестве принципа права; но именно выгода побуждает любое государство идти на уступки, которые вряд ли могут быть сделаны во имя права. Исключительно по соображениям выгоды (общей пользы) государства приходят к убеждению, что проникновение на их территорию иностранного закона не посягает на их суверенитет, и соглашаются считать правилом применение такого закона. Соображения выгоды достойны уважения и в ситуации, если применение иностранного закона может нанести ущерб интересам общества; в этом случае любое государство не только вправе, но и обязано сохранить неприкосновенность своего суверенитета.

Идея *comitas gentium* имеет большое сходство с идеей взаимоуважения государств. Эту идею можно определить как «взаимное снисхождение», посредством которого каждое государство оказывает определенное влияние на иностранные законы и на решения, выносимые в отношении иностранцев, исходя из собственных интересов и чувств доброжелательности⁹⁶. Применение иностранных законов возможно только при выражении на это согласия суверена (никакое принуждение не допускается). Такой подход позволяет странам развивать международную торговлю, одновременно сохраняя свой суверенитет. Для Губера иностранное право было всегда только «добровольно обязывающим» в силу вежливости и «подразумеваемого согласия» суверена. Ввиду этого применение норм иностранного права

⁹⁴ *Laurent F. Droit civil international.*

⁹⁵ *Ulrici Huberi Praelectionum Juris Civilis. Pars Altera. Liber I. Titulus III. Leipzig, 1707.* Цит. по: *Laurent F. Droit Civil International.*

⁹⁶ См.: *Arminjon P. Précis de Droit international privé.*

не противоречит концепции территориального суверенитета⁹⁷, и доктрина *comitas gentium* может разрешить коллизионные проблемы путем использования конструкции подразумеваемого согласия суверена на применение иностранного закона. Подразумеваемое согласие сохраняет суверенитет и вместе с тем способствует развитию международных отношений. Вежливость нацелена на «примирение» конфликтующих разнонациональных законов, это «средство примирения между собой, с одной стороны, идеи абсолютного территориального суверенитета (и, соответственно, национального права), и, с другой стороны, коллизионного права, появление которого было обусловлено развитием торговли»⁹⁸. Однако в понятие «международная вежливость» Губер включил и свободу *не признавать* действия иностранного права⁹⁹.

Откровенный прагматизм Губера отмечается во многих современных исследованиях¹⁰⁰, но уже никто (во всяком случае, в зарубежной литературе) не осуждает такой подход. Это совершенно правильно, поскольку нельзя осуждать ученого, сказавшего пусть неприятные для слуха, но абсолютно правдивые слова. Рассуждения Губера характеризуются понятностью, четкостью, практическим подходом и полным отсутствием педантизма. Верность его построений подтверждается современной внутригосударственной и международной практикой. Вполне можно согласиться с преемником Губера Джозефом Стори, что «правильные (верные) принципы, на которых регулирование международного права может основываться, это те принципы, которые исходят из взаимных принципов интереса и полезности, из чувства неудобства, которое может возникнуть из-за противоположного поведения, и отчасти, из нравственной необходимости творить правосудие для того, чтобы правосудие творилось в ответ»¹⁰¹.

Кроме того, анализируя историческое развитие международного частного права, можно увидеть, что его нормы почти всегда были сформулированы исходя из сугубо практической целесообразности (чистого прагматизма!). Все авторы, утверждавшие, что они строили свои доктрины на базе «общих идей», на самом деле всегда использовали обоснования, «основанные на соображениях справедливости, практичности, удобства и логики, что помогло законодателю принять компетентные решения и упорядочить соответствующие правовые нормы»¹⁰².

* * *

В XVII в. основным принципом голландских юристов был исключительный суверенитет государства. При этом конфликты законов, которые привлекали внимание голландских юрисконсультов, не имели интерлокального характера, не были

⁹⁷ См.: *Watson A.* Joseph Story and the Comity of Errors. Athens, 1992 // URL: <http://books.google.com/>

⁹⁸ *Donald Earl Childress III.* Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws.

⁹⁹ См.: *Dodge W.S.* International Comity in American Courts.

¹⁰⁰ См., напр.: *Maier H.G.* The Utilitarian Role of a Restatement of Conflicts in a Common Law System: How Much Judicial Deference Is Due to the Restaters or «Who are these guys, anyway?» // <http://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=Harold+G.+Maier.+The+Utilitarian+Role+of+a+Restatement+of+Conflicts+in+a+Common+Law+System&source>; *Donald Earl Childress III.* Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws; *Paul J.R.* The Transformation of International Comity.

¹⁰¹ *Story J.* Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic.

¹⁰² *Arminjon P.* Précis de Droit international privé.

(как во Франции в XVI–XVII вв.) частью провинциального международного частного права. В Голландии XVII в. конфликты законов — это часть «внешнего или федерального международного частного права»¹⁰³. Все голландские юристы были заинтересованы в укреплении территориального принципа при решении конфликтных вопросов; этот принцип использовался Губером для расширения применения права нидерландских провинций, боровшихся против испанского владычества. Однако если национальное право подлежит применению ко всем лицам и вещам, находящимся на данной территории, то вопрос о коллизиях законов не возникает в принципе. При этом приобретенные в одной стране права не должны признаваться в другой. Этот неизбежный вывод представлял собой наиболее слабое место в территориальной теории статутов¹⁰⁴. Губер осознавал все недостатки территориального подхода, поэтому по существу все его рассуждения направлены на сужение действия им же самым сформулированного первого постулата. Первый постулат о реальности всех кутюмов в большинстве случаев корректируется его третьим постулатом — на основе взаимной вежливости государство признает возникшие за границей права, благоприобретенные на основе иностранного закона.

В связи с этим представляется полностью справедливым высказывание А. Лэне, что и в теории д'Аржантре, и в теории Губера территориальность права была лишь отклонением, неверным применением правильного принципа суверенитета законодателей¹⁰⁵. Губер (как и его соотечественники Павел и Иоанн Вуты) более логичен, нежели другие ученые XVI–XVII вв., поэтому вещный характер статутов, основанный на безраздельной власти суверена на своей территории, он оправдывает исключительно на основе международной вежливости.

Территориальный характер доктрины Губера парадоксальным образом отражен в его втором постулате: «Основанием доктрины, о которой мы говорили и которую поддержали, является подчиненность всех людей законам страны до тех пор, пока они в ней остаются; отсюда следует, что акт, который является действительным или недействительным с самого начала, остается таким в любом другом месте». Территориальный характер законодательной юрисдикции проистекает из правила, ограничивающего круг субъектов его права теми лицами, которые постоянно или временно проживают на данной территории¹⁰⁶.

В современных исследованиях отмечается, что между первыми двумя и третьим принципами Губера были важные отличия. Первые два устанавливали жесткий территориальный подход к суверенитету. Они не позволяли свободы выбора со стороны государства, которое не могло претендовать на экстерриториальное регулирование даже для защиты своих наиболее важных интересов. Более того, возникает ощущение, что второй принцип вообще отрицает возможность экстерриториального регулирования даже на основании национальности¹⁰⁷.

¹⁰³ *Arminjon P.* Précis de Droit international privé.

¹⁰⁴ См.: Международное частное право: современные проблемы / отв. ред. М.М. Богуславский. М., 1994.

¹⁰⁵ См.: *Laine A.* La rédaction du Code civil et le droit international privé // *Revue de droit international privé.* 1905. V. 1 // URL: <http://books.google.com/>

¹⁰⁶ См.: *Lipstein K.* Principles of the Conflict of Laws. National and International. Martinus Nijhoff Publishers, 1981 // URL: <http://books.google.com/>

¹⁰⁷ *Dodge W.S.* International Comity in American Courts.

Однако третий принцип Губера не устанавливал жесткого территориального суверенитета, но, напротив, делал попытку решить проблему, созданную таким подходом, поскольку разрешал свободу выбора государства в вопросах признания иностранного права.

Главный коллизийный принцип, применение которого отстаивается Губером в большинстве случаев, — это *lex loci actus*, отражающий «влияние потребностей самой международной жизни... знаменитое правило *locus regit actum*»¹⁰⁸, — правило, международное по своей сути и изначально имеющее экстерриториальный характер. Территориальность права заключается в том, что все, происходящее на территории государства, подчиняется его законам, и это на взаимной основе признается в других государствах, т.е. повсеместно признаются права, возникшие под действием любого национального закона. С точки зрения Губера привязка к месту совершения акта — это проявление суверенитета государства над всеми юридическими актами на его территории, это необходимость последующей защиты в иностранных судах прав, приобретенных в связи с заключением сделки¹⁰⁹.

По вопросу о том, что именно Губер считает юридическим основанием применения принципа *lex loci actus*, мнения исследователей расходятся. По мнению А.Н. Мандельштама, форма актов должна обязательно соответствовать закону места их совершения на основании первой аксиомы Губера, однако иностранная недвижимость подчиняется *lex loci actus* в силу третьей его аксиомы¹¹⁰. С точки зрения Э. Лоренцена, для обоснования действия *lex loci actus* Губер применял свой второй постулат (принцип временного подчинения), согласно которому все, временно находящиеся на территории государства, подчиняются его законам. Все объекты, являющиеся предметом сделки, и стороны сделки должны руководствоваться правилами и нормами того места, где они находятся¹¹¹. Данная позиция представляется более адекватной, поскольку она в большей степени соответствует общей направленности губернской доктрины на расширение применения права голландских провинций и охрану благоприобретенных за границей прав.

* * *

Голландские коллизийные XVII в. вкладывали в понятие *comitas* совершенно определенное содержание — поскольку применение иностранного права происходит лишь в силу международной вежливости, постольку каждое государство вправе собственными законами устанавливать, в какой мере оно будет признавать действие иностранных законов. Государства в этом отношении не связаны какими-либо «вышестоящими» нормами. Не существует конфликтных принципов, которые могли бы претендовать на универсальную действительность. По мнению Л.А. Лунца, губерновское «отдельное указание», что разрешение коллизийных вопросов может быть выведено из молчаливого соглашения народов, не меняет всего направления доктрины. Для Губера *comitas* не создавала какой-либо международно-правовой

¹⁰⁸ Мандельштам А.Н. Гагские конференции о кодификации международного частного права.

¹⁰⁹ См.: Асосков А.В. Право, применимое к договорным обязательствам: европейская реформа и российское международное частное право // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹⁰ См.: Мандельштам А.Н. Гагские конференции о кодификации международного частного права.

¹¹¹ Lorenzen E.G. Huber's de conflictu legume.

связанности государств при установлении конкретных коллизионных норм; в этом социально-политический смысл голландской доктрины. Такое содержание в понятие *comitas* вкладывают и современные теоретики, отстаивающие «национальную» природу МЧП¹¹².

Хотелось бы отметить, что по поводу губернской природы вежливости и степени ее обязательности до сих пор ведутся серьезные научные дискуссии. Например, толкование доктрины Губера Дж. Стори имело диспозитивный характер и предоставило судам широкие дискреционные полномочия по применению доктрины вежливости: «Вежливость — это «несовершенное» обязательство, которое не обязывает применять иностранное право»¹¹³. Э. Лоренцен утверждал, что для Губера вежливость не была «результатом обязанности или обязательства... он понимал вежливость как политическую уступку, которая могла быть дарована, а могла и изыматься сувереном»¹¹⁴. Ф. Юнгер писал, что, что Губер «не верил в то, что обязательство применять иностранное право является абсолютным»¹¹⁵.

У. Додж утверждает, что международная вежливость сама по себе — это не правовое явление, она является политической категорией, как справедливость или равенство, на которых могут основываться нормы права. Он отмечает, что теории Губеру присуще серьезное противоречие: с одной стороны, Губер трактовал вежливость как принцип международного права, с другой — придавал особое значение свободе выбора государства, где и когда применять вежливость, т.е. не декларировал ее обязательности. Решение о применении иностранного права всегда оставалось на усмотрение государства в качества акта его свободной воли¹¹⁶. Кстати, такое противоречие известно практике американских судов — в частности, судья Грэй отмечал право выбора государства не применять иностранное право, противоречащее его собственным интересам. Международная вежливость не является «ни абсолютной обязанностью, с одной стороны, ни проявлением простой любезности и доброй воли, с другой»¹¹⁷.

Одновременно достаточно часто встречаются и прямо противоположные высказывания. Х. Интема утверждал, что «Губер пришел к заключению, что *jus gentium*, относящееся к коллизии права, есть право» (т.е. вежливость имеет характер правового обязательства)¹¹⁸. Donald Earl Childress III пишет, что «применение вежливости, согласно Губеру, носит обязательный характер»¹¹⁹. Наиболее убежденно обязательность применения вежливости в теории Губера отстаивает А. Ватсон¹²⁰. По мнению А. Ватсона, «суды в теории Губера не обладали усмотрением по вопросу применения иностранного права. Во всей своей работе Губер ни разу не упоминает случая, в котором

¹¹² См.: Луни Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. (по изд. 1973—1976 гг.). М., 2002.

¹¹³ Story J. Commentaries on the Conflict of laws, foreign and domestic.

¹¹⁴ Lorenzen E.G. Huber's de conflictu legume.

¹¹⁵ Juenger F.K. General Course on Private International Law. 1983 // URL: <http://books.google.com/>

¹¹⁶ Dodge W.S. International Comity in American Courts.

¹¹⁷ Ibid.

¹¹⁸ Yntema H.E. The Historic Bases of Private International Law.

¹¹⁹ Donald Earl Childress III. Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws.

¹²⁰ Книгу которого У. Додж называет «провокационной». См.: Dodge W.S. International Comity in American Courts.

у суда была бы возможность сделать свой выбор по данному вопросу»¹²¹. Действительно, Губер утверждал, что государство не должно применять вежливость, если это нанесет ущерб его собственным гражданам. Однако это могло иметь место только в исключительных случаях, и А. Ватсон выделяет всего несколько случаев, когда вежливость не подлежит использованию. Во-первых, национальное право применяется, если произошла попытка намеренно обойти закон. Во-вторых, национальное право применяется, если правоотношение основано более чем на одном соглашении, хотя бы одно из которых было заключено на территории страны суда и приоритетный характер одного из соглашений будет определяться именно национальным правом. В-третьих, если акт действителен в месте его издания, но ничтожен согласно праву наций, он нигде не имеет юридической силы.

Вряд ли можно утверждать, что Губер позиционировал юридическое значение иностранных правовых норм как результат соблюдения государством какого-либо (пусть даже) неправового обязательства, а не как результат его свободного волеизъявления. *Comitas* в понимании Губера — это именно свободное усмотрение суверенного государства, это соображения его собственной пользы, выгоды и удобства. Никто не может обязать государство признавать на своей территории нормы иностранных законов; такое обязательство государство возлагает на себя само, в результате своего свободного усмотрения. При этом Губер никогда не оспаривал тот факт, что иностранное право должно применяться вне зависимости от уважения к другому государству или развития дружеских отношений¹²².

Губер полагал, что все право, по сути, имеет территориальный характер и, следовательно, государство вправе самостоятельно решать, когда применение иностранного закона на его территории согласуется с юрисдикцией и правами государства и его граждан, а когда — нет. В основе его концепции лежит дань уважения одного государства по отношению к другому: «В голландской трактовке этой идеи Губер использовал яркую метафору, чтобы объяснить вежливость: «верховные власти стран протягивают друг другу руки». Можно представить себе, как могли бы изобразить эту сцену голландские художники XVII в.: привычная деловая обстановка с двумя купцами, завершающими сделку рукопожатием. Этот мужественный образ означает взаимное уважение и признание авторитета равного»¹²³. Идиоматическое выражение «протягивают друг другу руки» в трактовке Губера отражает вежливость как учтивость¹²⁴, подчеркивая тем самым отсутствие обязанности. Используя «такую умелую ловкость рук», Губер предложил использовать вежливость в качестве основы коллизионного права, а также «придал международному частному праву трансграничную силу»¹²⁵.

* * *

Голландская теория МЧП XVII в. положила конец идее единого и универсального коллизионного права, разработанной постгlossаторами. Голландские ученые

¹²¹ *Watson A.* Joseph Story and the Comity of Errors.

¹²² *Dodge W.S.* International Comity in American Courts.

¹²³ *Paul J.R.* The Transformation of International Comity.

¹²⁴ В переводе Губера на английский язык под редакцией Александра Далласа латинский термин «*comiter*» (производный от лат. «*comitus*» — вежливость) трактуется именно как «учтивость между странами».

¹²⁵ *Donald Earl Childress III.* Comity as Conflict: Resituating International Comity as Conflict of Laws.

понимали конфликты законов уже не как интерлокальные, а как международные коллизии: «Дух гордости за свою с таким трудом завоеванную независимость переполняет всех этих писателей. Речь уже не идет о коллизии статутов отдельных областей, речь идет о коллизиях законов различных государств»¹²⁶.

Идеи государственного суверенитета и вежливости народов, составляющие фундамент голландской доктрины коллизионного права, обосновали существование «национального международного частного права», т.е. наличие у каждого государства его собственного МЧП. В работе Губера впервые четко и однозначно был сформулирован принцип, согласно которому нормы о разрешении конфликта законов относятся к внутреннему праву данной страны. Коллизионные нормы основаны не на природе законов (вещный статут или личный), а исключительно на доброй воле местного суверена, санкционирующей применение иностранного права на своей территории. Поскольку такие нормы — это властное соизволение национального законодателя, они имеют внутрисударственную природу. В этом отношении голландскую школу можно считать началом становления национальной (цивилистической) концепции МЧП. Как это ни парадоксально, но национальная природа норм МЧП закреплена в третьем правиле Губера — в его аксиоме о международной вежливости¹²⁷.

Одновременно «все исследователи единодушно исходят из того, что теоретическая основа» международно-правовой концепции МЧП «вытекает из постулата Нидерландской школы о *comitas gentium*»¹²⁸. Конечно, не все, но очень многие сторонники международной (надгосударственной) концепции природы МЧП утверждают, что в понятие *comitas* в трактовке Губера заложена мысль о происхождении коллизионных норм «из молчаливого соглашения народов», т.е. из международно-правового обычая, и что учение голландцев XVII в. продолжает универсализм итальянской теории статутов. Отдельные авторы придерживаются позиции, что «международная основа доктрины Губера проистекает из его первого правила, которое вытекает из разделения законодательной компетенции между государствами и указывает на юрисдикцию каждого государства законодательствовать в отношении его субъектов и его территории»¹²⁹.

В итоге можно прийти к выводу, что голландская теория конфликтного права положила начало не только национальной, но и противоположной ей международной концепции МЧП. Кстати, в этом нет никаких противоречий — великий Ф.К. фон Савиньи придерживался мнения о национальном характере коллизионного права, но одновременно исходил из надгосударственного характера идеи международно-правовой общности, в основу которой был положен некий высший общий принцип определения применимого права. В этом отношении представляется вполне корректным считать Губера одним из прямых предшественников Савиньи¹³⁰.

¹²⁶ Raape L. Deutsches Internationales Privatrecht.

¹²⁷ См.: Lipstein K. Principles of the Conflict of Laws. National and International.

¹²⁸ Международное частное право: современные проблемы.

¹²⁹ Lipstein K. Principles of the Conflict of Laws. National and International.

¹³⁰ А.А. Рубанов даже утверждает, что Савиньи является наиболее заметным сторонником губеровской идеи «метаяюрисдикционного обязательства». См.: Рубанов А.А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем.

Вполне справедливым представляется высказывание А. Миллза, что третье правило Губера может рассматриваться как способ разделения внутренних и внешних функций государства, которые являются частью позитивистского толкования международных частноправовых вопросов, а власть другого государства, его право и граждане должны восприниматься как часть данного государства. Подобная двусмысленность в вопросе роли суверенного права в государстве с территориальным суверенитетом стала причиной главной проблемы определения международного частного права одновременно как части международного и национального (государственного) права¹³¹.

Третье правило Губера, утверждающее применение иностранного права в качестве акта государственной воли местного суверена, т.е. акта, основанного исключительно на одобрении со стороны государства, стало всеобщей позицией в МЧП. **Признание третьего правила Губера сделало волю государства центральной в международном частном праве**¹³². Это действительно так — государство допускает действие на своей территории иностранных законов только по своему властному соизволению, которое закреплено в национальных коллизионных нормах и представляет собой указание национального законодателя, адресованное национальному судье, в определенных случаях применять иностранный закон. Суверенитет и воля государства выражены и в международных соглашениях, участие в которых всегда представляет собой выражение добровольного согласия государства взять на себя те или иные обязательства. Обязанность государства признавать и исполнять решения иностранных судов, применять унифицированные коллизионные нормы и нормы иностранных законов — все это проявление государственного суверенитета.

Точно так же принцип приоритета международного права, закрепленный в современных конституциях всех цивилизованных государств, представляет собой проявление государственного суверенитета, а отнюдь не отказ от него или какое-то его умаление. Государство по своей собственной суверенной воле соглашается применять нормы общего международного права, руководствуясь при этом далеко не соображениями «международной благотворительности», и тем более не потому, что это государство «стоит на коленях». Согласие соблюдать общие международные нормы обусловлено прежде всего соображениями геополитики, «выгоды», «удобства» и «пользы» (губеровские категории!), которые такое соблюдение принесет данному суверенному государству. Отказ государства выполнять нормы международного права не означает «вставания с колен»; такой отказ демонстрирует только глупость и отсутствие адекватной внешней политики у конкретного государства.

В связи с этим хотелось бы подчеркнуть абсолютно правильную мысль, высказанную Э. Лоренцем почти 100 лет назад: «Пока каждая страна в душе будет считать, что ее право — лучшее в мире и что правосудие и справедливость могут охраняться только ее законами, нет надежды на общественный прогресс»¹³³. Государство не должно видеть умаления своего суверенитета в применении иностранных законов; охрана благоприобретенных под действием иностранных законов субъективных прав и в наше время остается главной задачей международного частного права. Государства должны стремиться к лучшему пониманию иностранных правовых систем и демонстрировать к ним большую степень доверия.

¹³¹ *Mills A.* The Private History of International Law.

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Lorenzen E.G.* Huber's de conflictu legume.

Вряд ли в обозримом будущем удастся создать универсальную унифицированную систему коллизионных норм, которые будут иметь силу во всех государствах, но вполне реально добиться установления единообразных правил разрешения конфликтов законов на национальном уровне (что, кстати, прекрасно видно при сравнении современных национальных кодификаций МЧП¹³⁴). Основу национальной кодификации МЧП должны составлять теоретические исследования, достижения правовой науки. Фундамент нашей науки — это теория статутов, в которой голландская школа занимает отнюдь не последнее место. Во всяком случае, именно голландские юристы были первыми, у кого появилась практически полностью современная концепция доктрины МЧП. «Аксиомы Губера должны, по природе вещей, управлять нашей наукой, пока всевластие государств по отдельности не потеряет свою силу и пока не появится общее надгосударственное право»¹³⁵.

Завершить наше исследование хотелось бы словами французского ученого А. Лэне: «Что же касается Ульрика Губера, то он составил... систему... сделанную из кратких и удивительных формул, так не похожих на красноречивые диссертации... Он написал всего десять страниц, которые имеют такое значение, что и десять томов»¹³⁶.

¹³⁴ См.: *Крутий Е.А.* Современные кодификации международного частного права: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2012.

¹³⁵ *Lorenzen E.G.* Huber's de conflictu legume.

¹³⁶ *Laine A.* Introduction au droit international priv .

Д.Ю. Полдников

доцент кафедры теории права и сравнительного правоведения факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат исторических наук

Научная доктрина *ius commune* как формальный источник права в Западной Европе в XII–XVIII веках*

*В статье исследуется научная доктрина *ius commune* как формальный источник права Западной Европы XIV–XVIII вв.: дается определение, проводится различие между доктриной и смежными понятиями, анализируются причины ее возникновения, приобретения и утраты нормативного значения, выявляется преемственность и существенные отличия по сравнению с современной концепцией научной доктрины стран континентальной Европы.*

Ключевые слова: научная доктрина, правовая теория, *ius commune*, право ученых, источник права, история права.

Дискуссии о понятии и значении научной доктрины

Научная доктрина, по общему мнению правоведов, является одним из важнейших факторов развития права стран романо-германской правовой семьи¹. Некоторые зарубежные авторы даже утверждают, что доктрина в смысле суммы юридических знаний, передаваемых правоведом студентам, составляет основу всей западной традиции права² и без нее невозможно вообразить саму правовую систему³, если, конечно, речь не идет об английском общем праве и связанных с ним правовых порядках, где значение научной доктрины сравнительно невелико⁴.

* В данной научной работе использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта № 11-01-0012, реализованного в рамках программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2012–2013 гг.

¹ На это единодушно указывают признанные авторитеты в области сравнительного правоведения. См., в частности: *Давид Р.* Основные правовые системы современности. М.: Международные отношения, 1999. С. 105–106, *Леже Р.* Великие правовые системы современности. М.: Волтерс Клувер, 2011. С. 78–79, *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. М.: Международные отношения, 2000. С. 110, 148, 209–210, 216–217.

² См.: *Берман Г.* Западная традиция права: эпоха формирования. М.: Изд-во МГУ, 1994. С. 25.

³ «...поскольку именно от (доктрины) зависит осознание существования правовой системы». *Terré F.* Introduction générale au droit. Précis Dalloz. 6ème éd., P.: Dalloz, 2003. P. 159.

⁴ По оценке И.Ю. Богдановской, в последние годы позиции доктрины в английском праве не укрепляются. См.: *Богдановская И.Ю.* Источники права на современном этапе развития «общего права»: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007. С. 282.

Несмотря на высокую оценку научной доктрины, конкретное выражение ее значения остается предметом споров отечественных и зарубежных правоведов. Ясности не добавляют терминологические расхождения. Даже в современной российской теории права одни авторы используют как равнозначные термины «доктрина», «правовая доктрина», «правовая наука», «академическая наука»⁵, другие обосновывают обособленность научной доктрины и отделяют ее от науки⁶. В российских нормативных актах⁷ и правовых позициях высших судебных инстанций⁸ правовая доктрина и научная доктрина (наука) зачастую отождествляются. Спор о значениях доктрины восходит к дореволюционной литературе⁹, тогда как в советское время доктрину ассоциировали с правовой наукой или частью государственной идеологии¹⁰.

В зарубежной литературе стран континентальной Европы доктрина (фр. *doctrine*, ит. *dottrina*, реже нем. *Doktrin*), как правило, отождествляется с наукой права, наиболее авторитетными произведениями ученых-правоведов, оказывающими косвенное воздействие на судебную практику и законодательство¹¹.

В отсутствие легальной дефиниции и разногласий относительно сути доктрины в научной литературе предложены различные определения доктрины. Чаще всего под научной доктриной принято понимать либо систему взглядов и концепций по правовым вопросам в конкретных исторических условиях, которая получила широкое признание юридического сообщества и оказывает заметное влияние на практику в силу своей внутренней обоснованности, либо материальное воплощение таких концепций в научных трудах признанных специалистов в определенной области.

Ввиду длительной дискуссии о существовании и значении научной доктрины представляется уместным обратиться к истории вопроса, чтобы выяснить ее генетиче-

⁵ См.: *Богдановская И.Ю.* Прецедентное право. М.: Наука, 1993. С. 82; Проблемы общей теории права и государства: учеб. для вузов / под ред. В.С. Нерсесянца. М.: Норма, 2004 (авт. гл. — В.В. Лазарев). С. 454 и др.

⁶ См.: *Боино С.В.* Доктрина как форма и источник права // Журнал российского права. 2003. № 12. С. 70–98; *Она же.* Форма права: теоретико-правовое исследование: дис. ... д-ра юрид. наук. 2005. С. 291–292.

⁷ См., напр.: п. 4.2.5 Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. 2009. № 11.

⁸ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 17 января 2012 г. № 174-О-О; постановление Конституционного Суда РФ от 23 января 2007 г. № 1-П и от 14 июля 2005 г. № 9-П и отдельные акты федеральных арбитражных судов // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ См.: *Гамбаров Ю.С.* Курс гражданского права. СПб., 1911. Т. 1. С. 334; *Хвостов В.М.* Общая теория права: Элементарный очерк. М., 1914. С. 107–108; *Коркунов Н.М.* Лекции по общей теории права. СПб., 1909. С. 298; *Петражицкий Л.И.* Теория права и государства в связи с теорией нравственности: СПб., 1910. С. 587 и др.

¹⁰ См.: *Алексеев С.С.* Механизм правового регулирования в социалистическом государстве. М., 1966. С. 41–42; *Зивс С.Л.* Источники права. М., 1981. С. 152, 161–162, 185 и др.

¹¹ См. относительно ведущих правопорядков романо-германской правовой семьи: *Jestaz Ph., Jamin Ch.* The Entity of French Doctrine: Some Thoughts on the Community of French Legal Writers // Legal Studies. Dec. 1998. Vol. 18, Iss. 4. P. 415–437; *Braun A.* Professors and Judges in Italy: It Takes Two to Tango // Oxford Journal of Legal Studies. 2006. № 26. P. 665–679; *Vogenaier S.* An Empire of Light? Learning and Lawmaking in the History of Germany // The Cambridge Law Journal. 2005. Vol. 64. № 2. P. 481–500; *Idem.* An Empire of Light? II: Learning and Lawmaking in Germany Today // Oxford Journal of Legal Studies. 2006. Vol. 26. № 4. P. 627–663.

ские признаки, обстоятельства происхождения научной доктрины, приобретения ею статуса формального источника права и целесообразность отделения от юридической науки. Этому и посвящена данная статья.

Учитывая верно подмеченные Ю.С. Гамбаровым кардинальные перемены в отношении к правовой (научной) доктрине на протяжении долгих столетий ее существования¹², необходимо особенно четко очертить предмет исследования с помощью нескольких важных различий.

Прежде всего отметим, что считаем научную доктрину самостоятельным правовым явлением, но, разумеется, не изолированным от прочих элементов правовой культуры. В своем основном значении доктрина ближе всего к устаревшему ныне понятию догмы права как результата описания, обобщения и классификации содержания закона с практической направленностью — «разъяснить юристу содержание закона, указать цель практике» (так называемое догматическое правоповедение)¹³. Исторически оба термина употреблялись как синонимы. В то же время в российской и германской науке XIX в. догма теснейшим образом была связана с преподаванием, формированием основ юридического мышления¹⁴.

В то же время нам представляется необходимым отличать научную доктрину:

- от доктрины в общенаучном смысле, по сути лишенной правовой специфики, но иногда встречающейся в юридической литературе и нормативных актах¹⁵;
- от правовой доктрины как термина, обозначающего самый широкий спектр идей (юридическую науку в целом, господствующие представления о праве прошлого и настоящего, составной части государственной идеологии, бытие права и др.), связанных с правом, а потому по сути лишенного четкого значения¹⁶;
- от правовой науки как всей совокупности теоретических знаний о праве, возвышающейся над учебными и узкопрактическими задачами¹⁷;
- от судебной доктрины по формирующим ее субъектам, как правило, судьям высших судов при участии компетентных адвокатов, не принадлежащих к академической науке (пример английского common law);
- от экспертных заключений, составленных по отдельным практическим вопросам;

¹² См.: *Гамбаров Ю.С.* Гражданское право. М., 1911. Т. 1. С. 334.

¹³ См.: *Муромцев С.А.* Что такое догма права? // Юридический вестник. Изд. Моск. юрид. общ-ва. 1884. С. 759.

¹⁴ См.: *Гамбаров Ю.С.* Курс гражданского права. СПб., 1911. Т. 1. С. 342; *Гримм Д.Д.* Лекции по догме римского права. 5-е изд. (1916) М.: Зерцало, 2003. С. 44, 48; *Dernburg H.* Pandekten. 7. Ausg. Berlin, 1903. Bd. 1. S. 1.

¹⁵ См., напр.: Доктрина информационной безопасности Российской Федерации, утв. Президентом РФ от 9 сентября 2000 г. № Пр-1895 // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁶ Попытки отдельных авторов придать правовой доктрине четкое значение пока не получили широкого признания юридического сообщества. См. серию публикаций А.А. Васильева: Правовая доктрина как источник права // Публично-правовые исследования (электронный журнал). 2012. № 2. С. 38–75; № 3. С. 27–53 // СПС «КонсультантПлюс». Судя по частоте встречаемости в актах российских органов власти и современных юридических публикациях, термин «правовая доктрина» пользуется большим признанием, чем термин «научная доктрина».

¹⁷ Смысл и критерии юридической науки, как и доктрина, являются предметом споров в дореволюционной, советской и современной отечественной теории права. См., среди прочего: *Алексеев С.С.* Проблемы теории права. Т. 2. С. 303–304; *Казимирчук В.П.* Право и методы его изучения. М., 1965. С. 10–11; *Сырых В.М.* Логические основания общей теории права: в 2 т. Т. 1. М., 2000. С. 31–32.

- от принципов права, выражающих самые общие исходные начала правовой системы и нуждающихся в детализации для применения в конкретной ситуации.

В указанном смысле научная доктрина складывается в западноевропейских университетах уже в период Позднего Средневековья и существует под названием «общее мнение докторов (права)» римско-канонического *ius commune*. Однако между современной научной доктриной и общим мнением докторов *ius commune* есть одно важное отличие — признание последнего формальным источником права во многих странах континентальной Европы с XIV по XVIII в. (а в Германии в значении «право юристов» — до конца XIX в.)¹⁸.

Способность доктрины выполнять роль формального источника права издавна является одним из наиболее спорных вопросов в теории права. Общее мнение склоняется к укреплению научной доктрины в качестве основного связующего звена между юридической практикой и наукой права, призванной играть роль интегрирующей интеллектуальной основы для прочих источников (форм) права¹⁹. Статус формального источника права за мнением авторитетных ученых не признается де-юре ни в одной крупной стране Европы²⁰.

Попробуем разобраться, почему доктрина получила нормативное значение в период распространения в Западной Европе *ius commune* (лат. «общее право»), представлявшего собой результат адаптации теоретической науки римского и канонического права к потребностям средневекового общества и последующего применения теорий на практике в XIV–XVIII вв.²¹

Предпосылки возникновения научной доктрины *ius commune*

Возникновение научной доктрины как части средневековой науки, предназначенной для практического использования и востребованной на практике, было обусловлено успехами первых правовых школ Западной Европы — болонских глоссаторов (конец XI — первая половина XIII в.) и декретистов (вторая половина XII — начало XIII в.). Глоссаторы²² создали науку гражданского права как теоретиче-

¹⁸ О понятии «права юристов» см.: *Савиньи Ф.К.* Система современного римского права. М.: Статут, 2011. Т. 1. С. 299–301.

¹⁹ См., к примеру: *Бошно С.В.* Указ. соч. С. 294–299. В отношении европейских стран см. различные публикации лидера школы неопандектистов Р. Циммермана: *Циммерман Р.* Римское право и гармонизация частного права в Европе // *Древнее право.* 2005. № 1(15). С. 177–200; *Zimmermann R.* Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung. Berlin, 2006. S. 10 ff; *Idem.* Das römisch-kanonische *ius commune* als Grundlage europäischer Rechtseinheit // *Juristenzeitung.* 1992. № 47. S. 8–20 (с множеством ссылок на соответствующую литературу). О направлении неопандектистики см.: *Рудковас А.Д.* Неопандектистика и европейское право (Вступительное слово к дискуссии) // *Древнее право.* 2005. № 1 (15). С. 146–155.

²⁰ В данной статье мы не касаемся международного публичного и частного права, где доктрина может признаваться вспомогательным правовым источником (например, ст. 38 Статута Международного Суда ООН) или «существенным подспорьем в формировании источников права». *Нешатаева Т.Н.* К вопросу об источниках права — судебном прецеденте и доктрине // *Вестник ВАС РФ.* 2000. № 5. С. 111.

²¹ Подробнее о начальном периоде *ius commune* см.: *Котляр И.А.* «*Jus commune*» как средневековая модель общеевропейского правопорядка (XI–XIV века): дис. ... канд. юрид. наук. М., 2011. С. 21 и сл.

²² Подробнее о школе болонских глоссаторов см.: *Полдников Д.Ю.* Договорные теории глоссаторов. М.: Академия, 2008. С. 59–78.

скую дисциплину. В отличие от древнеримских юристов, они не просто высоко ценили разработку абстрактных правовых концепций на основе Свода Юстиниана, но и считали это направление главной целью учения, или доктрины.

В частности, из рассуждений известного глоссатора Ацо (ум. ок. 1230 г.) следует, что смысл доктрины заключается в разъяснении правового материала с помощью таких логических методов, как определение (*diffinitio*), обобщение (индукция правил из отдельных случаев, *inductio, collectio*), классификация (в форме деления, *divisio*)²³. Таким образом, доктрина предстает совокупностью индуктивно полученных суждений об отдельных случаях. Ее задача — образовать понятия, установить соотношения между ними и произвести из понятий правила.

Как известно, глоссаторы завершили теоретическое переосмысление источников римского права в контексте средневековой духовной культуры, создав обширный справочный аппарат к Своду Юстиниана, прежде всего Большую глоссу Аккурсия (сер. XIII в.). В то же время они оставались учеными и преподавателями юриспруденции²⁴.

Однако уже в XII в. в Северной Италии обнаруживаются первые признаки влияния новой науки на юридическую практику, что означало возникновение научной доктрины в смысле одного из формальных источников права. Возникновение доктрины в средневековой Италии было связано не только с завершением теоретического осмысления источников римского и канонического права.

К середине XIII в. явственно проявилась потребность итальянских городов-коммун в эффективной системе решения споров в условиях политических конфликтов, децентрализации власти, разрозненности источников права.

Для экономической кооперации требовался более сложный инструмент — общие «правила игры». Именно этой общей основы и не хватало городам-коммунам, в которых действовали разнообразные нормы обычного права, выраженные в городских статутах, уставах корпораций, обычаях торговцев и т.д. По существу, единственной общей основой для городов-коммун в XIII в. мог стать глоссовый аппарат к источникам римского и канонического права при условии его практической адаптации для повседневных нужд населения.

Возникновению доктрины в значительной мере способствовали и особенности судопроизводства в итальянских городах-коммунах. Политические конфликты с особой остротой поставили вопрос о беспристрастных и компетентных служителях Фемиды, не обремененных партийными интересами. Для этих целей судей стали приглашать из других городов на короткий срок, всеми способами стремясь максимально изолировать их от общественной жизни²⁵. Кроме того, городские

²³ См.: *Azo. Summa Institutionum*. Lugduni, 1564. Ad Inst.1.1. (fo. 279).

²⁴ По примеру глоссаторов сложилась теоретическая наука канонического права Римско-католической церкви. Первые ее представители именовались декретистами, поскольку занимались комментированием Декрета монаха Грациана (1140-е годы), крупного сборника церковных текстов, имевших отношение к правовому регулированию церковных отношений. Сказанное о теоретическом характере глоссаторской школы в значительной мере справедливо и в отношении декретистов, усилия которых по толкованию Декрета увенчала ординарная глосса Иоанна Тевтонца (1216–1217 гг.). Подробнее о школе см.: *Казбекова Е.В. Декретисты // Православная энциклопедия*. М., 2006. Т. 14. С. 351–353 // <http://www.pravenc.ru/text/171632.html>

²⁵ См.: *Engelmann W. Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*. Leipzig: Koehler, 1938. S. 62–72.

статуты нередко прямо предусматривали ответственность приглашенных судей за неправосудные и некомпетентные решения. Обоснование данной мере нашли благодаря расширительному толкованию отдельных фрагментов Свода Юстиниана²⁶. Наконец, городские статуты позволяли, а порой и предписывали судьям руководствоваться глоссовым аппаратом и предоставляли им право обращаться за экспертным заключением к докторам права и даже передавать им дела для вынесения решения по делу²⁷.

Для ученых-экспертов также устанавливался определенный круг источников. В частности, статут города Вероны 1393 г. содержал следующее предписание: «Названный юрисконсульт обязан дать заключение согласно форме статута в следующем порядке: во-первых, на основании статута и обычаев города Вероны, а в случае пробела, по римскому праву и ординарным глоссам, одобренным Аккурсием, а в случае противоречий в них, пусть даст заключение по глоссе, которую одобрил Дин (итальянский комментатор, ум. ок. 1300 г. — *Д.П.*). И пусть юрисконсульт, давший совет вопреки указанному выше, несет ответственность и будет обязан возместить ущерб, издержки и убытки, доказанные перед подеста (городской глава. — *Д.П.*) Вероны или его заместителем...»²⁸

В XIV в. городские статуты закрепили то, что веком ранее действовало в силу обычая. В частности, автор трактата «Судебное зеркало» (1271) Вильгельм Дуранд называл общеитальянским обычаем обращаться к общему мнению знатоков права: «Если не будет заседателя, с которым судья мог бы посоветоваться и решить дело, то по общему для Италии обыкновению (*secundum consuetudinem Italiae generalem*), с согласия сторон выбирают знатоков, которые изучат акты суда, и по их заключению (*dictum*) судья вынесет решение»²⁹.

Судьи охотно пользовались правом обращаться за экспертным заключением к ученым экспертам, чтобы переложить на них труд исследования разрозненных источников обычного, городского, гражданского и канонического права, а также еще более объемных глоссовых аппаратов к ним. Тем самым открывался простор для доктринального толкования действующего права.

Действительно, с середины XIII в. в болонской школе права и других правовых школах Северной Италии началась целенаправленная адаптация авторитетных источников для применения в средневековых городских и сеньориальных судах. На смену теоретикам глоссаторам пришла школа ученых-практиков XIII—XV вв. Наибольшей известностью среди них пользовались комментаторы гражданского права Бартол де Сассоферато (1313—1357) и Бальд де Убальдис (1327—1400), а

²⁶ Из высказываний ведущих юристов-классиков следует, что условием привлечения судьи к такого рода ответственности являлся умысел вынести неправосудное решение (Ульпиан, *D.* 5.1.15.1). Однако провинциальный юрист Гай считал достаточным основанием некомпетентность судьи (*D.* 50.13.6; 44.7.5.4), и именно позицию «нашего Гая» поддержал Юстиниан (*Inst.* 4.5 pr.).

²⁷ Томазо Дипловатаччо (1468—1541), со ссылкой на экспертное заключение юриста по имени *Raphaelis Cumanii*, утверждал, что статут города Болоньи предписывал судьям следовать «глоссам, одобренным Аккурсием», в случае пробелов в статутном праве и Своде Юстиниана. *Diplovataccio Th. Opus de praestantia doctorum / ed. by G. Pescatore. Berlin, 1890. P. 168. Аналогичное предписание закреплял статут Вероны. См. главу 130 второй книги статута Вероны 1393 г., а также свидетельство Рафаэля Фульгосио (1367—1427): Fulgosio. Consilia. Venetiis, 1576. P. 245 (consilium 201).*

²⁸ Цит. по: *Marongiu A. Legislatori e giudici di fronte all'autorità dei giuristi // Studi di Storia e Diritto in onore di E. Besta. Milano: Giuffrè, 1939. T. 3. P. 451.*

²⁹ *Speculum iuris Gulielmi Durandi. Venetiis, 1588. P. 766 (цит. по: Marongiu A. Op. cit. P. 450. № 3).*

также канонисты Иоанн Андреа (ок. 1270–1348) и Панормитан (1386–1445). Сохраняя прежнюю схоластическую методологию толкования источников права и продолжая сложившуюся при глоссаторах научную традицию, ученые правоведы Позднего Средневековья сконцентрировали свои усилия на полезных практиках комментариев и экспертных заключениях (лат. *consilia*, откуда альтернативное название школы — консилиаторы)³⁰.

Известные юристы XIV–XV вв. оставили после себя объемные комментарии ко всему Своду Юстиниана, церковным канонам, папским декреталиям и тысячи *consilia*³¹. Благодаря тесной связи науки комментаторов с юридической практикой своего времени в Северной Италии *ius commune* стало подлинным правом ученых, наиболее важную часть которого мы можем именовать доктриной, а в Средние века ее чаще называли общим мнением докторов (права) (*communis opinio doctorum*).

Универсализм, авторитетность, глубина содержания обусловили востребованность *ius commune* во многих развитых регионах Западной Европы. Именно данное право ученых, а не древнеримское право стало объектом рецепции там, где благоприятную почву подготовили романизованная культура и деятельность первых университетов.

Так, в королевстве Кастилии и Леона усвоение *ius commune* происходило при поддержке королевской власти. В середине XIII в. в правление Альфонса X Мудрого здесь был составлен крупный правовой сборник «Семь Партид», основанный в значительной мере на источниках и доктринальном толковании римского и канонического права. В течение XIII–XIV вв. «Семь Партид» приобрели значение вспомогательного источника права. Подтверждением тому служат «Постановления кортесов Алькалы» (1348), одно из положений которых предписывало обращаться к Партидам в случае выявления пробелов в постановлениях кортесов и сборниках местных законов (фуэрос)³².

Признание Партид субсидиарным источником права открыло дорогу для широкого использования доктрины *ius commune* в судах Пиренейского полуострова. Как и в Северной Италии, на Пиренейском полуострове доктрина *ius commune* выполняла роль связующего звена между древними источниками и текущими потребностями общества.

Кортесы в Бривиеске 1387 г., по мнению Ф. Мартинеса Мартинеса, «закрепили триумф общего права (*ius commune*. — *Д.П.*) по отношению к национальному праву королевства, закрепив возможность его официального применения, за незначительными ограничениями. Дверь была открыта, и адвокаты начали наводнять

³⁰ Консультационная деятельность университетских докторов с некоторой натяжкой подкреплялась примером римских юристов, самые известные из которых в эпоху империи обладали правом давать юридические заключения от имени императора (лат. *ius respondendi*; Gai. 1.7).

³¹ Среди наиболее плодотворных консультантов: Бальди де Убальди (ок. 3000 *consilia*), Александр де Имола (ок. 1200), Бартоломео Бертаццола (ок. 500), Бурсат (ок. 1500), Корней (ок. 1200), Краветта (ок. 1000), Яков Менокий (ок. 400) и др.

³² «...Все иски следует решать по законам этой книги; а то, что по ним невозможно будет решить, пусть решается на основании фуэрос; то же, что не удастся решить по фуэрос, пусть решается на основании Партид» (Tit. 28, ley 1, цит. по: *Мартинес Мартинес Ф.* Когда Европа была единой. Общее право, стиль итальянский, стиль французский и кастильское приложение // Древнее право. 2005. № 2 (16). С. 157. Сн. 33). По мнению Ф. Мартинеса Мартинеса, испанские юристы с середины XIV в. «перешли к прямому применению «Партид» (Там же. С. 158).

свои сочинения ссылками на римское и каноническое право, а также на мнения наиболее известных древних и современных им юристов...»³³.

Во Французском королевстве активное распространение научной юриспруденции с XIII в. на Юге и в центральных районах королевства (школы в Монпелье, Орлеане, Тулузе, Бурже) совпало с усилением королевской власти, сохранением и развитием обычного права в северных и восточных районах³⁴. Французские короли из политических соображений не признавали римское право безоговорочно действующим в своих землях, поскольку с помощью римского права германские императоры обосновывали верховенство своей светской власти над всеми королями христианского мира. Кроме того, постепенное подчинение местных судов королевским чиновникам (бальи, сенешалям, прево), а также запись и редактирование местных кутюм начиная со второй половины XIII в. укрепили позиции обычного права³⁵.

Сохранение обычаев на Севере Франции предопределило более ограниченное, по сравнению с королевствами Пиренейского полуострова и германскими землями, влияние ученых-юристов, а также частичный и избирательный характер рецепции римского права. Романистические доктрины проникали в страну обычного права, но не вытесняли местные обычаи полностью.

В слабо романизированных германских землях влияние доктрины *ius commune* проявилось позже, не ранее второй половины XV в. Как и в королевстве Кастилии и Леона, оно получило поддержку светской власти в лице императора Священной Римской империи. В частности, важные последствия имела реформа Имперского камерального суда (*Reichskammergericht*) в конце XV в. После 1495 г. от заседателей высшей судебной инстанции Империи требовалось образование в (римском) праве и способность давать подобающие заключения по текущим процессам. В течение XVI–XVII вв. эти требования распространились на территориальные суды³⁶.

В остальном распространение доктрин *ius commune* в Германии напоминает путь, ранее пройденный в североитальянском регионе. К концу Средневековья здесь основываются университеты с юридическими факультетами³⁷, входит в употребление концепция общего мнения докторов (*communis opinio doctorum*), которое презюмировалось истинным и верным и приравнивалось к обычаю³⁸, а также вводится материальная ответственность судей за некомпетентные решения. Но, как и в Италии, решение судьи не могло быть признано некомпетентным, если оно следовало общему мнению докторов права³⁹. Так и возникла практика на-

³³ Мартинес Мартинес Ф. Указ. соч. С. 158.

³⁴ Подробнее см.: Dawson J.P. *The Oracles of the Law*. Michigan, 1968. P. 339 sg.

³⁵ Подробнее о влиянии королевской власти на правосудие и развитие гражданского права см.: Берман Г. Указ. соч. С. 438–448.

³⁶ См.: Wieacker F. *Privatrechtsgeschichte der Neuere Zeit*. Göttingen, 1967. S. 137, 176.

³⁷ Кельн — 1388 г., Росток — 1419 г., Эрфурт — 1430 г., Гейдельберг — 1452 г. (университет основан в 1386 г.), Лейпциг — 1457 г. (основан в 1409 г.), Фрайбург — 1479 г. (основан в 1457 г.), Вена — 1493 г. (основан в 1365 г.). Подробнее см.: Coing H. *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren Europäischen Privatrechtsgeschichte*. Bd. 1. München: Beck, 1973. S. 61, 65.

³⁸ См.: Coing H. *Op. cit.* S. 124–126.

³⁹ В XVI в. немецкий юрист Себастьян Медицес уже разделял позицию своих итальянских коллег (Андреа Альчиато, Джакомо Менокио) относительно материальной ответственности судьи, вынесшего решение вопреки общему мнению докторов. См.: Coing H. *Op.cit.*

правлять сложные дела из судов на юридические факультеты университетов (нем. *Aktenversendung*), наиболее известные профессора которых образовывали консультативную коллегия (нем. *Spruchkollegium*) и по примеру итальянских коллег давали юридические заключения (советы, *consilia*)⁴⁰.

Таким образом, с XIII до XVI в. *communis opinio* становится важным фактором в самых разных регионах Западной Европы. Его влияние связано с объективными условиями развития и распространения *ius commune*, а также с несомненными достоинствами общего мнения ведущих докторов:

- рациональными основаниями (и по источнику, «писаному праву» Свода, и по методам его толкования);
- системностью осмысления правовых институтов;
- единством основ доктрины ученых-юристов по всей республике;
- известной самостоятельностью по отношению к действующему партикулярному праву.

Благодаря указанным особенностям доктрины авторитетные доктора права на несколько столетий стали главными толкователями гражданского (гражданского) права.

Однако у общего мнения имелись и свои недостатки. Главный из них — неопределенность данного понятия, а также трудности с определением подлинности и с оценкой авторитетности цитат. Ф. Мартинес Мартинес не без оснований назвал работу судей после погружения Испании в океан *ius commune* «совершеннейшим кошмаром, вызванным невозможностью подтвердить подлинность и авторитетность приведенных цитат»⁴¹. Несомненно, с аналогичными трудностями сталкивались судьи и в других странах континентальной Европы.

Формализовать оценку *communis opinio* попытались сами доктора права. К XV–XVI вв. были сформулированы основные критерии доктринального общего мнения — количество, авторитетность, аргументированность. В количественном отношении предлагалось ссылаться на мнение шести или семи докторов, поскольку очевидным представлялось, что мнение коллегии докторов выше мнения одного. Предпочтительно, чтобы эти доктора обладали более высоким авторитетом среди правоведов. Определяющая роль отводилась аргументированности позиции, обзору доводов «за» и «против» принятой позиции⁴².

Однако приведенные критерии и правила не решали проблемы полностью. Во-первых, они не всегда позволяли определить общее мнение. Во-вторых, они сами представляли общее мнение группы докторов, критикуемое и дополняемое другими докторами. Нескончаемые споры относительно правил и постоянный рост их численности⁴³ свидетельствовали о неспособности научного сообщества устранить недостатки доктрины как источника *ius commune* своими силами. Требовался но-

⁴⁰ См.: *Dolezalek G.* Herrschende Lehre (*communis opinio*) // *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. Berlin, 1978. Bd. 2. S. 113–114; *Buchda G.* Aktenverseundung // *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*. E. Kaufmann. Bd. 1. Berlin, 1971. S. 84–87; *Wieacker F.* Op. cit. S. 177.

⁴¹ *Мартинес Мартинес Ф.* Указ. соч. С. 158. Красноречиво сложившуюся к XVI в. ситуацию характеризовал Эразм Роттердамский в «Похвале глупости» (гл. 51), обвиняя юристов в умышленном затуманивании смысла законов с помощью бесконечных комментариев на комментарии.

⁴² См.: *Coing H.* Op. cit. со ссылками на трактаты испанца Аспликуэта Наварро, англичанина Артура Дака, итальянца Джакомо Менокино.

⁴³ Отдельные авторы приводили до трех десятков различных правил определения общего мнения.

вый властный арбитр в вековом споре, функции которого постепенно принимала на себя крепнущая светская власть.

Научная доктрина как формальный источник права

Формальное признание научной доктрины *ius commune* в качестве формального источника права предполагало не только ее высокий авторитет, но и достаточно четкие правила использования мнений юристов в светских и церковных судах. В условиях Позднего Средневековья вновь стал актуальным древнеримский опыт издания закона о цитировании, восходящий к известной конституции императоров Феодосия II и Валентиниана 426 г. Чем сильнее становилась государственная власть в позднесредневековых государствах Западной Европы, тем раньше она предпринимала шаги по упорядочению судопроизводства. Однако попытки такого рода не означали немедленного успеха.

Так, в королевстве Кастилии и Леона на исправление запутанной ситуации с цитированием общих мнений докторов была направлена прагматическая санкция (торжественный королевский указ) Хуана II от 1427 г., запретившая ссылаться на юристов, писавших после 1357 г. по цивилистике (год кончины Бартола) и после 1348 г. по канонистике (год смерти Иоанна Андреа). Более поздние трактаты считались ненаписанными⁴⁴.

Судя по всему, цитирование сомнительных мнений продолжилось, поскольку через полвека новую попытку упорядочить обращение к доктрине предприняли католические короли Арагона и Кастилии Фердинанд и Изабелла. Изданная ими прагматическая санкция 1499 г. предписала судам и адвокатам в гражданском праве следовать мнению Бартола, а если такового отсутствует, то мнению его ученика Бальда; в каноническом — Иоанну Андреа и Панормитану. Однако в отсутствие позиции двух авторитетных правоведов открывался простор для использования самых разных мнений докторов права. Эти правила действовали до 1505 г., когда первый закон кортесов в Торо (неоднократно подтвержден позднее) восстановил иерархию источников согласно кортесам в Алькале (1348) и предписал цитировать правоведов по правилам Закона о цитатах 1427 г.⁴⁵

В Португалии, централизованном к XV в. королевстве с однородным правом, использованию доктрины был посвящен ордонанс 1521 г., изданный королем Мануэлем с целью обобщить действующее территориальное право⁴⁶.

В Каталонии правила использования *communis opinio* устанавливались конституцией 1599 г.

В Италии процесс издания законов о цитировании начался позже ввиду политической раздробленности и укорененности права ученых. Тем не менее и здесь с XVI в. появляются свои законы о цитировании, ограничивавшие отсылки к *communis*

⁴⁴ По данным статьи: *Мартинес Мартинес Ф.* Указ. соч. С. 158.

⁴⁵ Впрочем, в испанских судах продолжали обращаться к «сентенциям мудрецов» (т.е. к общему мнению знатоков права) вплоть до середины XVIII в. вопреки враждебному отношению к доктрине королевской власти. См.: *Мартинес Мартинес Ф.* Указ. соч. С. 160.

⁴⁶ *Coing H.* Op. cit. Bd. 1. S. 122 ff. В 1603 г. при Филиппе II ордонанс Мануэля был переиздан в новой редакции, а затем подтвержден в 1643 г. королем Хуаном IV после отделения Португалии от Испании.

orinio. Такова конституция от 26 февраля 1613 г. последнего герцога Урбино, Франческо Мариа II. Она прямо указывала судьям, какими источниками права следует руководствоваться при вынесении решений и приговоров. В гражданском праве главными авторитетами избраны Бартол, Бальд и Павел де Кастро (1394–1441). Язон дель Майно (1435–1519) признан лучшим наставником юристов после Аккурсия и до начала XVI в. Александр Тартаньи (да Имола, 1424–1477) объявлен главным авторитетом для практикующих юрисконсультов. Последним в списке указан цивилист и декреталист Иоанн да Имола (1436–1507).

В Папском государстве (в состав которого вошло герцогство Урбино) в 1680 г. Иннокентий XI издал новые правила по важнейшим вопросам семейного и наследственного права, которые должны были применяться без ограничений и толкований, поскольку, со слов понтифика, «толкование и ограничения нескольких докторов и судебных инстанций препятствовали и практически лишали силы (*pene inanes*) законы и обычаи относительно преференций агнатам и лиц мужского пола при на следовании по закону», что вело к умножению споров в судах и потоку жалоб⁴⁷.

В 1721 г. в силу сходных мотивов меры по ограничению ссылок на доктрину предпринял герцог Модены Ринальдо I. Спустя два года король Сардинии Виктор Амадей II Савойский (1702–1730) издал объемные законы, в которых решал различные сложные спорные вопросы, а также ограничил возможность адвокатов ссылаться на докторов и возможность докторов представлять свои мнения в судах. Сардинский закон о цитировании установил иерархию источников, на которых должно основываться судебное решение: королевские конституции, статуты, общий закон в смысле *ius commune*. При этом запрещалось ссылаться на любых авторов (т.е. докторов права), которые не основывают свои мнения на естественном разуме или разуме народов или на установлениях общего закона, или на решениях государственных судов королевства⁴⁸.

В 1729 г. король Сардинии запретил адвокатам и судьям ссылаться на авторитеты и работы юристов под угрозой лишения должности. Наконец, в 1774 г., когда в Австрии и Пруссии уже действовали кодификационные комиссии, король обеих Сицилий Фердинанд I предписал судьям при вынесении решения «руководствоваться уже не одним авторитетом докторов, которые, к сожалению, своими мнениями или изменили или затуманили смысл права, но прямо установленными законами королевства или общими законами» и что если судьи столкнутся с пробелом в норме закона, то им надлежит разрешать спор с помощью аналогии, а не мнений докторов. А если же судья столкнется с совершенно особым и своеобразным делом, то о его решении следует запросить короля как «суверенного оракула»⁴⁹.

На большей территории Французского королевства в позднее Средневековье доктрине *ius commune* пришлось конкурировать не только с видоизмененным обычным правом, но и с сформировавшейся на его основе судебной практикой парламентов, а также ее доктринальным изложением в работах судей и юристов-практиков.

Университетская наука во Франции не смогла установить прочных связей с практикой в силу различных причин. Вплоть до 1679 г. на юридических факультетах изучались гражданские и канонические источники и доктрины, но не действующее

⁴⁷ Bullarium romanum. Roma, 1734. Vol. 8. P. 152-153. Цит. по: *Marongiu A.* Op. cit. P. 460.

⁴⁸ Цит. по: *Marongiu A.* Op. cit. P. 462.

⁴⁹ *Ibid.*

французское право. Самые известные французские правоведы школы гуманистов XVI в., в отличие от итальянских комментаторов или представителей направления «современного использования Пандект» в германских землях, занимались не адаптацией римского права к современным потребностям, а скрупулезной реконструкцией его исторических этапов. Научные достижения школы гуманистов велики, но их влияние на юриспруденцию скромно⁵⁰.

Доктринальным осмыслением действующего французского права с помощью методологии юриспруденции *ius commune* занимались такие юристы-практики, как Шарль Дюмулен (1500–1566), известный адвокат парижского парламента, Бертран д'Аржантре (1519–1590), комментировавший обычаи Бретани, Рене Шоппен из региона Анжу, Ги Кокиль (1523–1603) из района Нивернэ⁵¹. Эти и некоторые другие юристы изучали опубликованные к XVI в. кутюмы, комментировали их в сравнении с римским правом, другими обычаями Севера Франции и практикой высших судов королевства (парламентов).

Значение Парижского парламента, а также провинциальных парламентов для развития французского права при Старом порядке сложно переоценить. Начиная с XIV в. они играли заметную, а с XVI в. главную роль в развитии гражданского права, опираясь на свои суверенные привилегии, концепцию справедливости и научные доктрины итальянских бартолистов, используя для этих целей ограничительное или расширительное толкование кутюм и даже прямо изменяя их содержание посредством нормативных предписаний.

Французские историки давно установили факт постоянного и продуктивного взаимодействия парламентов и выступающих в них адвокатов⁵². Однако тринадцать французских парламентов не подчинялись друг другу, пользовались широкой свободой в толковании права по справедливости. Римское право в качестве «писаного разума» было важным ресурсом аргументов, но заимствования из него были, по словам Дж. Доусона, избирательны и непредсказуемы, а отдельные попытки упорядочить судебную практику не получили заметного развития⁵³.

Между тем, как будет показано далее, деятельность апелляционных судов («больших трибуналов») подрывала основы «права ученых» не только во Франции, но и в других государствах Западной Европы.

⁵⁰ Если Орлеанская школа с XIII в. основывалась на глоссаторской научной традиции, но уточняла ее методологию и выводы, то школа гуманистов в Бурже с XVI в., напротив, взяла на вооружение принципы научного исследования гуманистов XV в. и резко противопоставляла себя (иак называемый галликанский стиль) юриспруденции бартолистов (итальянский стиль). Об Орлеанской школе см.: Полдников Д.Ю. Договорные теории классического *ius commune*. М.: Академия, 2011. С. 22–26; О школе гуманистов и ее значении см.: Dawson J.P. Op. cit. P. 341 sg.; Полдников Д.Ю. «Реформация» юриспруденции и теории договорного права в Западной Европе XVI века // Институты государства и права в их историческом развитии. Сборник научных статей к 60-летию В.А. Томсинова / отв. ред. Т.Е. Новицкая. М.: ИКД Зерцало, 2012. С. 281–300, а также Meynial E. Sur le rôle joué par la doctrine et la jurisprudence dans l'Oeuvre d'unification du droit en France // Revue générale du droit, de la législation, et de la jurisprudence. 1903. P. 326–351, 446–457.

⁵¹ См. биографические данные юристов в справочнике: Juristen: ein biographisches Lexikon; von der Antike bis zum 20. Jahrhundert. Ed. Michael Stolleis. München: Beck, 2001.

⁵² По замечанию Э. Меньяля, судьи и адвокаты «развивались по общим направлениям, помогая друг другу, подтверждая наработки друг друга» (Meynial E. Op. cit. P. 326).

⁵³ Dawson J.P. Op. cit. P. 348. О практике французских парламентов и попытках ее обобщения см.: Arnaud A. Les origines doctrinales du code civil français. Paris: Pichon & Durand-Auzias, 1969. P. 65 sg.

Правопорядки отдельных государств Священной Римской империи германской нации позже подверглись влиянию доктрины *ius commune*. В силу ряда причин доктрина сохраняла здесь значение источника права дольше, чем в любой другой крупной европейской стране. Прежде всего ослабление имперской власти и прогрессирующая политическая раздробленность в позднее Средневековье и раннее Новое время лишали Священную Римскую империю сильной публичной власти, способной установить общегерманские нормы⁵⁴.

Политическая раздробленность обуславливала и децентрализацию судебной системы. Кроме того, авторитет судей подрывала их зависимость от местных князей-правителей, низкая чиновничья зарплата, а также более низкая (по сравнению с университетскими профессорами) компетентность в вопросах права ученых.

Именно право ученых с начала рецепции римского права в конце XV в. и вплоть до конца XVIII в. в условиях партикуляризма права и правосудия оставалось единственной объединяющей силой. Кроме того, благодаря практическому характеру основного направления в юриспруденции в Германии и Нидерландах — «современного использования Пандект» (*usus modernus Pandectarum*) — университетским профессорам, юристам-практикам и судьям несложно было находить общий язык. Многие профессора одновременно исполняли обязанности судьи, адвоката или государственного чиновника⁵⁵. Судьи, в свою очередь, напрямую обращались на юридические факультеты за экспертными заключениями по сложным правовым спорам (см. выше о практике *Aktenverseundung*).

Развитие *usus modernus* ознаменовало начало формирования науки немецкого национального права, основанной не только на традиционных постулатах и методологии позднесредневекового *ius commune*, но и учитывающей «современные обычаи» (в том числе новое законодательство)⁵⁶. Благодаря тесной связи с современностью научная доктрина сохранила силу признанного судами обычая дольше, чем в какой-либо другой крупной стране Западной Европы. В землях центральной Германии (где не действовали Баварский гражданский кодекс 1753 г., Прусское земское уложение 1796 г. или Французский гражданский кодекс 1804 г.) право ученых действовало до 1900 г.

Утрата научной доктриной статуса формального источника права

Принято считать, что нормативное значение доктрины несовместимо с позитивистской теорией XIX в. (Дж. Остин), признающей компетентные государственные органы единственным творцом права. На этом основании может сложиться

⁵⁴ О падении значения имперского права в Германии в XVI в. см., напр.: *Diestelkamp B. Recht und Gericht im Heiligen Römischen Reich*. Frankfurt a.M.: Klostermann, 1999. S. 481 ff.

⁵⁵ Таковы известные юристы *usus modernus* XVII–XVIII вв. Бенедикт Карпцов, Давид Мевий, Георг Адам Струве, Самюэль Стрик, Юстус Бёмер, Антон Лейзер и др. См. биографические данные некоторых из названных юристов: Антология мировой правовой мысли: в 5 т. Т. 2. «Европа. V–XVII вв.» / отв. ред. Н.А. Крашенинникова. М.: Мысль, 1999.

⁵⁶ По признанию Ф. Виакера, почти все институты современного германского частного права были сформулированы *usus modernus* на основании практических запросов жизни. Развитие *usus modernus* означало упадок общеевропейской юриспруденции *ius commune*. *Wieacker F. Op. cit.* S. 205 ff.

неверное впечатление, будто именно успехи позитивизма обусловили утрату научной доктриной статуса формального источника права. В действительности данный процесс начался уже в XVII–XVIII вв. и был обусловлен целым рядом изменений в правовом и социально-политическом развитии стран Западной Европы.

Изменение статуса научной доктрины, несомненно, было подготовлено упадком всей науки *ius commune*. Научная методология комментаторов исчерпала себя на исходе Средневековья и схоластическая юридическая наука за свои «архидурацкие тонкости» (по словам Эразма Роттердамского) стала объектом острой критики и едких насмешек уже в период юридического гуманизма XVI в.

Угасание универсальной доктрины *ius commune* совпало с упадком главных универсальных сил христианской Европы (Священной римской империи и папства) и становлением в XVII–XVIII вв. национальных правовых наук в формирующихся государствах-нациях Старого Света (французская школа изучения кутюмов и актов парламентов, римско-голландская школа элегантной юриспруденции, немецкая школа современного римского права и др.). Разумеется, национальные «побеги» были многим обязаны своему единому древу *ius commune*. Однако каждый из них все более стремился к национальным корням в виде доктринально обработанных территориальных обычаев, местной судебной практики (*usus fori*) и законодательства правителей. Утверждение национальных языков в качестве средства общения юридического сообщества также подрывало основы научной доктрины и западно-европейской науки права.

Однако гораздо более важными причинами утраты доктриной *ius commune* нормативного значения следует признать изменения политического и идеологического плана. В их числе политическая централизация, распространение идеологии естественного права и Просвещения.

Крайне полезная в условиях средневекового партикуляризма самодостаточная научная доктрина оказалась помехой централизаторским устремлениям монархов и князей Западной Европы второй половины XVII–XVIII вв. По мере укрепления абсолютистского режима правления государи Нового времени, подобно Юстиниану и другим позднеримским императорам, старались поставить под свой контроль функции формирования права и толкования законов.

Одним из инструментов государственного контроля за отправлением правосудия стало формирование апелляционных судов и утверждение иерархии судебных органов. В централизованном Французском королевстве такие суды (парламенты) продолжали существовать с эпохи зрелого Средневековья. Однако к XVIII в. влияние их решений и численность судей заметно возросла⁵⁷. В Италии апелляционные суды (*grandi tribunali*) создаются в столицах всех крупных государственных образований полуострова, в том числе во Флоренции, Генуе, Милане. Особое значение имел высший суд Папского государства (римская *Rota Romana*). В Германии апелляционные функции Имперского камерального суда переняли некоторые суды территориальных княжеств⁵⁸.

⁵⁷ По оценкам Дж. Доусона, в 12 парламентах королевства заседали около 1200 судей, контролировавших решения примерно 5000 обычных судей. См. *Dawson J.P.* Op. cit. P. 2.

⁵⁸ Подробнее см.: *Dawson J.P.* Op. cit. P. 273 sg. (о французских судах), 185 sg. (о немецких судах); *Döhning E.* *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500.* Berlin, 1953. Bd. 1. S. 2 ff; *Ranieri F.* *Recht und Gesellschaft im Zeitalter der Rezeption. Eine rechts- und sozialgeschichtliche Analyse der Judikatur des Rechtsammergerichts im 16. Jh.* Köln, Wien, 1985 (о немецких судах); *Gorla G.* I «*grandi tribunali*» ital-

Влияние решений высоких судов на развитие права возросло благодаря их контролю за законностью и обоснованностью решений нижестоящих судебных инстанций и аргументированностью их собственных решений. Например, в Германии благодаря правоведам Лаутербаху сложилось устойчивое представление о том, что нижестоящие судебные инстанции не должны без веских соображений отступать от решений Имперского камерального суда и прочих важных судов. Прогресс в области аргументации судебных решений также наблюдался во второй половине XVII–XVIII вв., хотя формально апелляционные суды, вплоть до буржуазного преобразования процессуального права и судостроительства в конце XVIII–XIX вв., не были обязаны раскрывать мотивы своих решений.

Появившийся спрос на информацию о решениях значимых судебных инстанций побудил юристов и издателей в частном порядке публиковать сборники важных решений. С конца XV в. их численность постоянно возрастала. В составлении некоторых собраний судебной практики принимали участие высокопоставленные судьи, дабы с помощью таких сборников способствовать единообразию чрезмерно варьиовавшихся судебных решений судов первой инстанции⁵⁹.

В разных странах Западной Европы в последние два века существования Старого порядка было составлено более 1000 сборников судебных решений⁶⁰. Однако их составление и распространение еще не стало делом государственного значения. Так что сборники различались по качеству подбора и стилю изложения материала и не всегда были доступны для современников.

К XVIII в. апелляционные суды приняли на себя роль толкователей права, отесняя на второй план ученых-юристов в крупных западноевропейских странах, за исключением Германии⁶¹. Общим мнением докторов стали доктринальные позиции, одобренные судебными инстанциями, поскольку высшие суды рассматривались как авторитетные коллегии знатоков права, чей вес преобладал над мнением любого доктора права в отдельности.

В новых условиях научная доктрина или утрачивала значение источника права (некоторые законы о цитировании запрещали на нее ссылаться в судах, см. выше) или сохраняла обязательное значение только в случае признания судами⁶².

iani fra i secoli XVI e XIX: Un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d'Italia // Il foro italiano. 1969. № 94. P. 629–632 (об итальянских судах).

⁵⁹ Например, в 1672 г. команда юристов-практиков и судей под руководством председателя Парижского парламента Гийома Ламбуаньона (Lamboignon, 1617–1677) подготовила «Сборник постановлений» (Recueil des arrêts). Сразу после своего издания в 1702 г. сборник стал чрезвычайно авторитетным пособием для французских юристов XVIII в. Тем не менее Людовик XIV отклонил ходатайство Ламбуаньона о придании «Сборнику» официального статуса. Подробнее см.: Arnaud A. Op. cit. P. 66–68, 312.

⁶⁰ См.: Coing H. Handbuch der Quellen. Bd. 2. Часть 4: сборники судебной практики и экспертных заключений: Италия, Франция, Испания и Португалия, Германия, Нидерланды, Шотландия.

⁶¹ В Германии правоведам *usus modernus* сумели сохранить престиж «права ученых» во многом благодаря практическому характеру своей деятельности и тесной связи с судебными инстанциями. В теории *usus modernus* судебной практике большинство докторов права придало значение судебного обычая (*usus fori*), учитываемого при создании научной доктрины наряду со Сводом Юстициана. Некоторые правоведа пошли дальше и объявили акты высших судов решениями самих князей-правителей. Об этом см.: Mevius D. Decisiones summi tribunalis regii, quod est Vismariae. 3^d ed. Francofurti et Stralsundi, 1681. 250. № 16 (цит. по: Coing H. Op. cit. S. 125).

⁶² Такого мнения придерживались многие правоведа *usus modernus*. См.: Mevius D. Op. cit. № 13; Lauterbach W.A. Collegii theoretico-practici. № 58 ad D. 1.3; Stryk S. Usus modernus. № 13 ad D. 1.3.

Упадок доктрины *ius commune* усугубила идеология естественного права и Просвещения.

В отличие от юридического позитивизма XIX в., теория естественного права XVII–XVIII вв. не выдвигала никаких положений, несовместимых с нормативным статусом научной доктрины. «Три книги о праве войны и мира» Гуго Гроция словно продолжают позднесредневековые традиции глубокой и авторитетной научной разработки правовых вопросов, пусть и в более прямолинейной и элегантной форме.

Однако резко критикуя правовую традицию *ius commune*, сторонники естественно-правового подхода подрывали сами основы прежней научной доктрины. Более того, пренебрегая наследием «ловкачей»-схоластов, Пуфендорф, Томазий, Вольф по сути не предложили правовой доктрины, адекватной по уровню детализации и проработки отдельных институтов права.

Наконец, если идеологи естественного права и задумывались о нормативном статусе своих доктрин, то отводили им роль вспомогательной формы права. Такой вывод можно сделать из обыкновения посвящать свои трактаты монархам и князьям в надежде, что те своей волей и от своего имени облечат в форму закона аксиоматические положения естественного правопорядка.

Активную роль правителя в сфере издания законов укрепила идеология Просвещения. Как известно, французские просветители во главе с Ш. Монтескье придавали важное значение праву в деле преобразования общества, а ведущую роль в праве отводили закону. Закон же объявлялся результатом общей воли участников политического союза (нации) или их представителей, выраженной в «здоровых понятиях простого отца семейства»⁶³. Право ученых, полное юридических тонкостей и основанное на многословных толкованиях древних источников, являлось прямой противоположностью идеалу просветителей.

Кроме того, крайне важная для просветителей идея разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную не оставляла ученым юристам возможности влиять на формирование права иначе, как через участие в работе законодательного органа в качестве представителей нации и разработчиков законопроекта.

Сложившиеся накануне революционных потрясений рубежа XVIII–XIX вв. условия предопределили новую роль научной доктрины в национальных правовых системах стран Западной Европы в XIX в. Однако ее изучение выходит за рамки настоящей статьи, поскольку вместе со Старым порядком в Западной Европе окончательно утратила значение универсальная концепция *ius commune* и началась эпоха национальных правопорядков.

* * *

Исторический опыт развития научной доктрины *ius commune* в XIV–XVIII вв. примечателен в нескольких отношениях. Прежде всего он указывает на обоснованность выделения доктрины как самостоятельного явления, для которого характерны:

Однако даже в случае признания *communis opinio doctorum* судами немало правоведов XVIII в. высказывало сомнения в его нормативном значении.

⁶³ Монтескье Ш. О духе законов. Кн. 29, гл. 16 («Что именно следует иметь в виду при составлении законов»).

- опора на теоретическую (схоластическую) науку и рациональное обоснование суждений;
- признание (одобрение) большинством авторитетных правоведов, представителей университетского сообщества;
- практикоориентированность и востребованность практикой, подтверждаемая теоретико-практическими комментариями и экспертными заключениями правоведов;
- неформализованный, но длительный период формирования в процессе изучения текста закона в университетской среде и его научного комментирования;
- известная автономность по отношению к прочим источникам права, таким как обычаи, королевское, городское и торговое право.

Перечисленные признаки доктрины *ius commune* сложились к XIV в. Однако они вполне сопоставимы не только с правом юристов Германии XIX в., но и с современным пониманием доктрины в странах романо-германской правовой семьи.

В то же время преемственность доктринальных форм не исключает важных различий. Главное среди них — утрата современной доктриной значения формально-го источника права. Нормативный статус общего мнения докторов (права) и его огромное значение в развитии *ius commune* не позволяют отнести доктрину к вспомогательным формам права.

Выявление условий, способствовавших возникновению формально обязательной научной доктрины в особых условиях политической и правовой раздробленности средневекового общества Западной Европы, а также определение причин утраты данного статуса по мере усиления центральной власти, формирования государства-нации в Новое время дают серьезные основания усомниться в реальности возврата доктрине нормативного значения без существенного изменения современной политической системы, идеологии и типа правопонимания.

Н.С. Крылова

ведущий научный
сотрудник Института
государства и права РАН,
доктор юридических наук

Конституционные основы финансовой деятельности государства (сравнительное исследование)

Статья носит сравнительно-правовой характер. В ней исследуется роль конституции в регулировании финансовой деятельности государства, касающейся сбора, распределения и использования денежных средств. Конституционные принципы закрепляют правила принятия основного финансового закона страны (бюджета), порядок установления и изменения налогов, распределения доходов между уровнями государства (межбюджетные отношения); формы организации и механизм контроля над расходованием государственных средств. Рассматриваются общие принципы конституции, действие которых распространяется на деятельность государства во всех сферах, включая финансовую, а также специальные нормы, касающиеся исключительно финансовых отношений. Автор подчеркивает, что в эпоху конституционализма вся деятельность государства в финансовой области облечена в правовую форму.

Ключевые слова: конституция, бюджет, налогообложение, государственные финансы, контроль.

Глобальный кризис выявил актуальность исследования правовых проблем деятельности государства в области финансовых отношений, касающихся сбора, распределения и использования денежных средств. Особенность этих отношений сегодня состоит не только в беспрецедентных масштабах активности государства в рассматриваемой сфере, но и в том, что финансовые отношения — это предмет детального конституционного регулирования в большинстве государств мира.

Понятно, что главные факторы эффективного функционирования финансовой системы обусловлены общими экономическими и политическими условиями, в которых протекает жизнедеятельность того или иного общества, действующим в нем государственным режимом. Немаловажную роль в регулировании финансовых отношений играет право. Оно создает юридические рамки, оформляет основные правила, в соответствии с которыми должна осуществляться финансовая деятель-

ность государства. Фундамент, на котором основываются правовые формы организации и деятельности государства в исследуемой области, базовые принципы функционирования финансовой системы определяются основным законом страны — конституцией. Конституционные принципы закрепляют правила принятия основного финансового закона страны (бюджета), порядок установления налогов, правила распределения доходов между уровнями государства (межбюджетные отношения). В конституцию включены нормы, закрепляющие формы организации и механизм контроля над сбором и расходованием государственных средств.

В составе источников, регулирующих финансовые отношения, помимо конституции, имеются и другие нормативные акты. Среди них — обширное текущее законодательство, подзаконные акты (так называемое делегированное законодательство). В отдельных странах действуют кодифицированные законы, регулирующие бюджетные или налоговые отношения (бюджетные и налоговые кодексы в России, США, Франции).

Значительную роль в регулировании финансовых отношений играют решения высших судебных органов. Это относится главным образом к странам общего (прецедентного) права, где решения высших судов образуют самостоятельный источник права, либо к странам, где существуют специализированные органы конституционного контроля. Немаловажное значение имеют и международно-правовые договоры и соглашения. Конституция Российской Федерации, в частности, предусматривает, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. В финансово-налоговой области это означает признание приоритета международных соглашений над нормами национального законодательства.

При всей множественности источников главное место в их перечне принадлежит конституции. Это касается не только тех стран, в которых существуют писанные конституции (таких сегодня подавляющее большинство), но и тех, в которых не существует конституции в виде единого писаного акта¹.

Роль конституции в регулировании финансовых отношений в большинстве современных государств определена ее положением основного источника национальной правовой системы в целом. Конституция наделяется высшей юридической силой, принимается и изменяется в особом порядке, отличном от порядка изменения текущего законодательства. Это правовой документ, служащий основой всего текущего законодательства. Нормы права, установленные законом и другими правовыми актами, должны соответствовать конституции. В полной мере это относится и к финансовому законодательству. Являясь гарантией стабильности жизни общества в целом, конституция обеспечивает стабильность действующей в стране финансовой системы. Гарантией такой стабильности является и установленный в большинстве современных государств порядок изменения конституции: конституционные нормы могут изменяться лишь в порядке особой, усложненной процедуры (исключения составляют некоторые страны с неписаными конституциями, в частности Великобритания²).

¹ Наиболее яркий пример — Великобритания. Отсутствие в ней конституции в виде единого писаного акта вовсе не означает, что в стране не существует конституционных принципов, определяющих основные начала финансовой системы. Напротив, именно эта страна и явилась прародительницей важнейших конституционных постулатов в области финансовой деятельности государства.

² Здесь не существует различия между конституционными и обычными законами, и все акты парламента изменяются в одинаковом порядке.

Конституции содержат как общие положения, действие которых распространяется на деятельность государства во всех сферах, в том числе и на отношения в области финансов, так и специальные нормы, действие которых распространяется лишь на финансовые отношения. Среди специальных норм имеются такие, которые указывают на особенности, присущие регулируемым ею конституционно-правовым отношениям в финансовой сфере, а также имеющие предметом своего регулирования исключительно финансовые отношения.

Важнейшее значение для деятельности государства в финансовой области имеют провозглашаемые большинством действующих в современном мире конституций общие принципы верховенства конституции и правового государства. Они означают подчинение всей деятельности государства в рассматриваемой области праву, вводят ее в правовые рамки.

Существенное влияние на деятельность государства в финансовой области оказывают закрепляемые в конституциях общие принципы организации государственной власти. Они определяют порядок образования органов государства, их полномочия и взаимоотношения. Финансовая деятельность государства сложной формы устройства — федерации — характеризуется своеобразными чертами по сравнению с его деятельностью в унитарном государстве. По-разному складываются взаимоотношения главы государства, правительства и парламента в финансовой области в зависимости от провозглашаемой конституцией формы правления — монархической или республиканской. То же относится и к форме правления — президентской, парламентарной или смешанной.

Определяя основы правового положения личности, конституция устанавливает общий принцип равенства. Его провозглашение обеспечивает соблюдение одного из главных принципов системы налогообложения — всеобщности налогов и равенства налогоплательщиков.

Специальные отсылки к финансовой системе содержатся в тех положениях конституции, которые предусматривают особенности конкретного вида конституционно-правовых отношений. Устанавливая, в частности, общий порядок принятия законов, конституция включает положения, касающиеся специфики законодательного процесса в финансовой области. Определяя компетенцию высших органов государства, она затрагивает вопросы ее распределения между правительством и парламентом в финансовой сфере. Говоря об общих принципах государственного устройства, конституция указывает на особенности взаимоотношений центрального правительства и составных частей государства в сфере сбора государственных средств и их расходования.

Можно привести и другие примеры специальных отсылок. Устанавливая, в частности, общие принципы действия закона во времени и пространстве, конституции отдельных стран делают специальную отсылку к действию принципа обратной силы в сфере налогообложения. В Конституцию Российской Федерации включена общая статья, согласно которой закон, устанавливающий или отягчающий ответственность, обратной силы не имеет (ч. 1 ст. 54). Наряду с этим в Конституции Российской Федерации имеется специальная отсылка, характеризующая действие принципа обратной силы в сфере налогообложения: «Законы, устанавливающие новые налоги или ухудшающие положение налогоплательщика, обратной силы не имеют» (ст. 57). Это положение призвано служить дополнительной гарантией прав налогоплательщиков при исполнении ими налоговых обязанностей.

В тех странах, где существует институт референдума, в конституцию могут быть включены специальные нормы о запрете или, напротив, обязательности проведения

референдума при решении бюджетных или налоговых вопросов. Предусматривая общие начала контроля представительного органа над исполнительной властью, конституции могут содержать специальные нормы, определяющие его специфику в области контроля над сбором и расходованием государственных средств.

Обратимся к более подробному рассмотрению тех специальных норм конституции, которые касаются исключительно регулирования финансовой деятельности государства, иначе говоря — отношений по поводу сбора, распределения, использования и расходования денежных средств.

Действующие в современном мире финансовые системы опираются на прочный фундамент общепризнанных принципов. Эти принципы вырабатывались в ходе длительной исторической эволюции. Это относится как к их доктринальной разработке, так и к их закреплению в конституциях. Теоретическое осмысление налогов началось относительно недавно, в XVII—XVIII вв. Понятие бюджета сложилось еще позже. Оформлению в праве фундаментальных принципов, заложивших основы регулирования финансовой деятельности государства в современном мире, способствовала наступившая в период Нового времени эпоха конституционализма, ограниченного (конституционного) правления. Именно в этот период складывается фундаментальный принцип, утверждающий так называемую власть кошелька, т.е. приоритет высшего представительного и законодательного органа в решении дел, связанных со сбором и расходованием государственных средств.

Следует особо подчеркнуть тесную взаимосвязь, которая всегда существовала между теоретической разработкой общих принципов финансовой деятельности государства, их конституционно-правовым оформлением и конституционно-правовым развитием демократических институтов в отдельных странах. Налоговые сборы возникли вместе с появлением государства. Вопрос о бесконтрольном расходовании средств также сопровождал человечество на всем протяжении его истории. Разрушение абсолютистского государства с его произволом, изменение формы и принципов организации государственной власти, утверждение конституционных принципов представительной демократии, идей и практики правового государства, — все это неизменно способствовало закреплению общих принципов финансовой деятельности государства в конституционном и текущем законодательстве отдельных стран.

К настоящему времени сложилось довольно четкое понимание, что представляют собой общие принципы, лежащие в основании финансовой деятельности государства. Как уже говорилось, это деятельность, связанная со сбором налогов и расходованием средств государственного бюджета.

В области налогообложения это такие постулаты, как обязательность установления налога законом, одобренным высшим представительным и законодательным органом страны; всеобщность, равенство, справедливость налогообложения, равное налоговое бремя, платежеспособность, соразмерность. В области расходования государственных средств — требование обязательного законодательного оформления закона о бюджете. Это также контроль представительного органа над расходованием правительством средств государственного бюджета. Такие правила образуют те начала, на которых основывается правовое регулирование и практическое функционирование системы налогообложения и расходования государственных средств любой демократической страны. Наиболее важные из этих принципов возведены в ранг конституционных и закреплены основными законами государств. В промышленно развитых демократических странах они составляют основу текущего законодательства и правоприменительной практики органов государства.

Сегодня принцип, требующий обязательного законодательного оформления налогов, составляет максимум конституционного права. Суть этого принципа состоит в том, что налог должен устанавливаться законом, одобренным высшим представительным и законодательным органом страны.

Действующие конституции по-разному излагают данный принцип. Более старые конституции ограничиваются краткой формулировкой, указывающей, что налоги устанавливаются и изменяются исключительно в силу закона. Более новые по времени принятия конституции содержат развернутые положения, указывая конкретные требования к закону о налогах. Характерен в этом отношении конституционный опыт Швейцарии. Конституция 1999 г. содержит развернутые положения о принципах налогообложения. Согласно ст. 127 закон регулирует предмет налогообложения, размер налога, круг налогоплательщиков. При установлении налога должны учитываться как принцип всеобщности и равномерности налогообложения, так и экономическое положение налогоплательщика.

Конституция Российской Федерации 1993 г. также закрепила общепризнанный принцип законодательного оформления налогов и одновременно с ним принцип всеобщности налогообложения: «Каждый обязан платить законно установленные налоги и сборы» (ст. 57). Таким образом, устанавливая всеобщую обязанность каждого лица платить налоги, конституция делает оговорку: такая обязанность относится лишь к «законно установленным налогам».

Довольно сложной и длительной оказалась история конституционно-правового оформления других, являющихся сегодня общепризнанными принципов налогообложения — справедливости и всеобщности, равенства и равномерного распределения налогового бремени, соразмерности налогов, платежеспособности. Идеи справедливости и равенства налогообложения, его всеобщности и соразмерности высказывались еще задолго до появления какой-либо общей теории налогов. В конституционном праве они были закреплены относительно недавно.

Первоначально эти идеи формулировались главным образом как некие правила налоговой нравственности, этики³. Первое научное обоснование таких принципов было дано в трудах А. Смита в последней четверти XVIII в. Важнейшее значение имели идеи справедливости, равномерности и соразмерности налогов. А. Смит подчеркивал, что налоги не должны быть чрезмерно обременительными. Провозглашенные им принципы называли Великой хартией вольности налогоплательщиков, Декларацией прав плательщиков⁴. Однако до их конституционно-правового воплощения было еще далеко. Для этого потребовались многие десятилетия бурного промышленного и экономического развития, формирования новых налоговых систем, основанных на принципах прогрессивного налогообложения и пр.

Включение названных принципов в конституции произошло в основном после окончания Второй мировой войны. Провозглашая равенство граждан перед законом в качестве общего принципа, конституции включают специальные нормы, указывающие особенности их применения в области налогообложения. Эти положения дополняются указанием на необходимость соблюдать принципы платежеспособности и учитывать экономические возможности налогоплательщиков

³ О вопросах нравственности в налогообложении писали еще средневековые схоласты XIII в. (Фома Аквинский). В XVII в. Т. Гоббс писал об абсолютном праве государей облагать подданных налогами, указывая при этом на необходимость соблюдать умеренность и равномерность в распределении налогов. Проблема справедливости обложения была ключевой для французских физиократов в XVIII в. Подробно см.: *Пушкарева В.А.* История финансовой мысли и политики налогов. М., 1996. С. 6–18.

⁴ См.: Там же. С. 76.

при уплате налогов. Такие специальные нормы служат дополнительной гарантией осуществления общего принципа равенства в налоговой области.

Формулировки, применяемые в конституциях при изложении содержания специальных норм, характеризуются чрезвычайным разнообразием. Конституция Италии 1947 г., устанавливая всеобщую обязанность по уплате налога, соотносит ее с экономическими возможностями лица. Конституция закрепляет принцип прогрессивности системы налогообложения: «Все обязаны участвовать в государственных расходах в соответствии со своей налоговой платежеспособностью. Налоговая система строится на началах прогрессивности» (ст. 53)⁵.

В Основном законе ФРГ, принятом через два года после итальянской конституции, принцип справедливости, равенства и равномерности налогообложения сформулирован как принцип ограничения налогового бремени. Определяя перечень налогов, поступающих в доход федерации или земель и распределение налоговых поступлений между ними, Основной закон делает специальную оговорку: «...потребности Федерации и земель в покрытии расходов должны быть согласованы таким образом, чтобы достичь их экономического выравнивания, избежать чрезмерной нагрузки на налогоплательщиков и обеспечить единый уровень жизни на территории Федерации»⁶ (п. 2 абз. 3 ст. 106).

Устанавливая цели налогообложения, Конституция Португалии 1976 г. констатирует, что подоходный налог должен способствовать уменьшению неравенства, учитывать потребности и доходы членов семьи; налог на наследство и дарение — содействовать равенству между гражданами; налог на потребление — иметь целью достижение социальной справедливости (ст. 107)⁷.

Столь же подробно излагаются вопросы, касающиеся рассматриваемых принципов, в конституциях тех стран, которые провели радикальные конституционные реформы. Конституция Испании 1978 г. объявляет общие принципы справедливости и равенства высшими ценностями государства (ст. 1). В ней провозглашен общий принцип равенства граждан перед законом (ст. 14). В раздел об основных правах и обязанностях граждан включены специальные нормы, подтверждающие эти общие конституционные принципы применительно к налоговой системе. Конституция провозглашает принцип всеобщности налогообложения и обязывает всех испанцев вносить свой вклад в общественные расходы. При этом она исходит из принципа платежеспособности. В конституции указаны критерии, в соответствии с которыми должны осуществляться налоговые обязательства граждан. Их необходимо соотносить с экономическими возможностями налогоплательщика. Конституция закрепляет принцип равноправия и прогрессивного налогообложения. В нее включено положение о том, что налоги не должны носить конфискационный характер (ч. 1 ст. 31)⁸.

В отличие от других стран Конституция Российской Федерации не содержит специальной нормы, указывающей на действие принципа равенства в налоговой области. Однако закрепление этого принципа в конституции в качестве общей нормы подразумевает его применение к налоговым отношениям. Из смысла ст. 19 Конституции Российской Федерации, пишет по этому поводу Г.В. Петрова, вытекает принцип равенства налогоплательщиков перед законом⁹.

⁵ Конституции государств Европейского Союза. М., 1999. С. 431.

⁶ Там же. С. 218.

⁷ Там же. С. 549.

⁸ Там же. С. 378.

⁹ См.: Петрова Г.В. Налоговое право. М., 1997. С. 21.

Наиболее регламентированной является та область финансовой деятельности государства, которая связана с принятием основного финансового закона страны — бюджета, определяющего все государственные доходы и расходы. Большинство современных конституций содержит детальные положения, характеризующие все стадии законодательного процесса, начиная с момента внесения законопроекта о бюджете в парламент и заканчивая процедурой его утверждения¹⁰.

Принятие бюджета входит в сферу исключительной компетенции парламента. Первоначально сама идея передачи парламентам исключительных полномочий в сфере финансовых отношений и облечения этой деятельности в законодательную форму обуславливалась его статусом представительного, выборного органа. Ввиду этого главная роль в решении вопросов о сборе налогов и расходовании денежных средств должна была принадлежать нижней палате. Некоторые страны до сих пор сохраняют приверженность этому принципу (Великобритания, Канада, Япония). В тех странах, где действует принцип равенства двух палат, закон о бюджете может быть внесен в любую палату (Бельгия, Италия, Швейцария)¹¹.

В соответствии с фундаментальным принципом финансовых отношений, утверждающим приоритет высшего представительного органа страны в решении вопросов сбора и расходования государственных средств, правительство не вправе производить расходование средств государственного бюджета без согласия парламента. «Власть кошелька» и основанное на нем право принимать финансовое законодательство составляет исключительную прерогативу парламента. Право определять финансовую политику и распоряжаться государственными средствами в пределах средств, вотируемых парламентом, предоставлено правительству. Именно ему принадлежит инициатива в финансовых вопросах и право вносить в парламента законодательные предложения о расходовании денежных средств и налогообложении. Конституции, правда, устанавливают исключения из общего правила и дают правительству право расходовать государственные средства на тот случай, если закон о бюджете не был принят парламентом в установленный конституцией срок.

В странах, где существует институт делегирования правительству законодательных полномочий парламента, принятие бюджета исключается из сферы делегированных полномочий. Конституция Португалии содержит широкий перечень вопросов, решение которых относится к исключительной компетенции парламента. В этом перечне — введение налогов и система налогообложения; разработка бюджета государства, автономных областей и местных самоуправляющихся организаций (ст. 164).

В тех странах, конституции которых предусматривают право парламента делегировать принятие законопроектов комитетам и комиссиям, законопроект о бюджете составляет исключение из общего правила (Испания, Италия).

Конституции отдельных стран не допускают проведения референдума в отношении законов о налогах и бюджете (Италия). Запрет имеет и более широкий характер. Конституция Португалии исключает референдум не только в отношении налогового или бюджетного законодательства, но и любых актов финансового содержания. Конституция Испании, где имеется институт народной законодательной

¹⁰ Подробнее об этом см.: *Козырин А.Н.* Характеристика основных финансовых институтов зарубежных стран // *Финансовое право.* М., 1996. С. 75–90.

¹¹ Подробнее об этом см.: *Крылова Н.С.* Бюджетно-финансовые полномочия парламента // *Представительные органы в системе публичной власти* // *Труды Ин-та гос. и права РАН.* М., 2012. № 1. С. 157–184.

инициативы, предусматривает, что последняя не может иметь места по вопросам, связанным с налогообложением. В Швейцарии возможно вынесение на народное голосование вопросов финансового характера. В 1987 г. на общенациональном уровне на голосование был поставлен вопрос о размерах военных расходов конфедерации¹².

Говоря об установленных современными конституциями принципах бюджетных отношений, следует отметить чрезвычайное разнообразие организационно-правовых форм, способов и методов, свойственных процессу принятия бюджета. При этом можно выделить ряд общих принципов, действующих в рассматриваемой области. Конституции содержат развернутые положения, относящиеся к регулированию отдельных стадий бюджетного процесса, устанавливают определенные требования к срокам внесения, рассмотрения и утверждения бюджета; к его форме и содержанию; порядку изменения закона; к участию парламентских комитетов в решении финансовых вопросов и пр.

В большинстве стран действует принцип ежегодного утверждения бюджета. Согласно Конституции Японии правительство обязано составлять и представлять парламенту на обсуждение и утверждение бюджет на каждый финансовый год (ст. 86). Однако в отдельных странах допускается возможность установления бюджета и на более длительный срок. Конституция Греции устанавливает общий принцип ежегодного утверждения бюджета, но предусматривает возможность составления бюджета на двухлетний срок (ст. 79). Конституция Германии, закрепляя принцип ежегодного утверждения бюджета, допускает возможность его утверждения на несколько лет (ст. 110).

Отметим, что в ряде конституций имеются нормы, устанавливающие правила расходования правительством средств государственного бюджета на тот случай, если закон о бюджете не был принят в срок. Подробный перечень расходов, которые правительство вправе производить в этом случае, содержится в Конституции Германии (ст. 111). Согласно Конституции Франции, в случае если финансовый закон, устанавливающий доходы и расходы на бюджетный год, не внесен в срок, достаточный для его принятия до начала бюджетного года, правительство в срочном порядке должно запросить у парламента разрешение на взимание налогов и своим декретом открыть кредиты, предусмотренные уже одобренными статьями бюджета.

По форме закон о бюджете может представлять собой как единый акт, сводящий вместе доходы и расходы государства, так и несколько отдельных законов. Особое значение имеют установленные конституциями принципы, относящиеся к содержанию закона: принцип полноты бюджета, его сбалансированности, стабильности, равновесия. Конституция Германии предусматривает: все доходы и расходы федерации должны включаться в бюджет; бюджет должен быть сбалансирован по доходам и расходам (ст. 110). Принцип сбалансированности бюджета приобретает общее значение для всех стран в период глобального финансово-экономического кризиса. Однако далеко не во всех государствах этот принцип приобрел конституционное значение.

Говоря о конституционных принципах регулирования финансовых отношений, следует подчеркнуть, что в категорию финансовых входят не только те законы, основное содержание которых составляют финансы, но и любые другие законы, в которых имеются статьи финансового характера. Для принятия таких законов конституции устанавливают особую, усложненную процедуру. В некоторых стра-

¹² См.: Данилов С. Ю. Конституционная экономика. М., 2008. С. 19.

нах предложения об увеличении или уменьшении расходов требуют получения предварительного согласия от правительства (Великобритания, Ирландия, Канада). В Германии Бундестаг обязан получить согласие правительства на принятие законов, если они влекут увеличение предложенных федеральным правительством бюджетных расходов или уменьшение доходов (ст. 113 Основного закона Германии). В Конституции Российской Федерации также закреплено правило о необходимости получения заключения правительства, если в Государственную Думу внесены законопроекты о введении или отмене налогов, об освобождении от их уплаты, а также законопроекты, предусматривающие расходы за счет федерального бюджета. То же относится и к некоторым другим законопроектам, перечисленным в ч. 3 ст. 104 Конституции Российской Федерации.

Конституции некоторых стран запрещают депутатам вносить предложения о сокращении доходов или увеличении расходов. Конституция Франции предусматривает, что предложения и поправки депутатов не могут быть приняты, если они влекут сокращение доходов или увеличение государственных расходов (ст. 40). Конституции отдельных стран, не запрещая депутатам вносить предложения о доходах и расходах, требуют указания источника их финансирования. В противном случае глава государства при подписании бюджета вправе отказаться подписать соответствующую часть бюджета, даже если она уже принята парламентом, и рекомендовать правительству исполнять бюджет без указанных поправок парламента (Финляндия)¹³.

Следует отметить, что ограничения прав депутатов в решении бюджетно-налоговых доходов и расходов государства существуют не во всех странах. В литературе высказывается мнение о двух противоположных позициях в решении этих вопросов. Одна из них состоит в том, что демократическое государство, исходя из роли бюджета в жизни страны, обязано предоставить депутатам всю широту полномочий и абсолютное усмотрение в решении вопросов об увеличении или сокращении государственных доходов или расходов, даже если это нарушает принцип сбалансированности бюджета. Вторая позиция заключается в том, что при решении этих вопросов нужно соблюдать принцип сбалансированности бюджета, от которого зависит экономическое и социальное развитие страны.

Как пишет автор известной книги о парламентах М. Амеллер, эту настоятельную потребность не может игнорировать ни одно государство¹⁴. Со времени издания труда М. Амеллера в России прошло уже почти полвека. Но выказанное им мнение относительно важности принципа сбалансированности бюджета для экономического и социального развития любой страны с особой убедительностью звучит в новом веке. Глобальный экономический кризис со всей силой поставил вопрос о необходимости возведения принципа сбалансированности бюджета в ранг конституционного. Это предполагает его включение в состав основного закона, как в Конституции Германии.

Принадлежащая высшему законодательному органу страны «власть кошелька» предполагает не только утверждение бюджета, но и контроль над его исполнением. Традиционная форма контроля — отчетность правительства о расходовании государственного бюджета. Проверка отчетности находится в ведении специализированных контрольных финансовых органов. Обычно их называют счетными палатами. Современные конституции содержат особые разделы, определяющие

¹³ Подробнее см.: Парламенты мира. М., 1991. С. 342.

¹⁴ См.: Амеллер М. Парламенты. М., 1967. С. 392–393.

их статус, принципы организации и деятельности, компетенцию. В некоторых странах органы финансового контроля создаются парламентом и подчинены ему. В этом случае связь представительного органа с выполнением функции контроля над расходованием средств государственного бюджета выражена более отчетливо. Аудиторам предоставляются широкие права. Они могут истребовать любую нужную информацию, вызывать на свои заседания должностных лиц государства и пр. Итогом их деятельности является отчет об исполнении бюджета, который они представляют парламенту¹⁵.

Конституция, будучи основным законом государства, провозглашает базовые принципы, составляющие фундамент финансовой деятельности государства. Однако это еще не гарантирует их реализации в законодательной и правоприменительной практике. Существенную роль в обеспечении соблюдения установленных конституциями принципов призваны играть институты конституционного контроля, получившие широкое распространение в большинстве современных государств. Именно на органы конституционной юстиции возлагаются функции, связанные с проверкой соответствия конституции законов, актов или действий должностных лиц государства, иначе говоря — защита конституции от произвола государства и должностных лиц. Обычно такая проверка входит в компетенцию судов. Это могут быть суды общей юрисдикции (США) либо специализированные судебные органы (конституционные суды, конституционные советы).

В Российской Федерации механизм конституционного правосудия был создан в 1994 г. Функции конституционного контроля вверялись Конституционному Суду Российской Федерации.

Следует отметить, что потребность в создании института конституционного контроля в Российской Федерации была особенно велика. В 1993 г. в стране была принята новая Конституция. Начались радикальные изменения в экономике, вызванные переходом от централизованной плановой системы к системе, основанной на действии рыночных механизмов. Они не могли не затронуть сферу финансовых и налоговых отношений. В стране создавалась новая налоговая система. К сожалению, развитие налогового законодательства приобрело довольно хаотический характер. Законы о налогах подвергались частым изменениям, в них было много пробелов и противоречий, формулировки страдали неполнотой. Именно эти негативные явления в развитии налогового законодательства обусловили особую активность Конституционного Суда Российской Федерации в налоговой области. По словам Председателя Конституционного Суда В.Д. Зорькина, почти третья часть поступающих обращений связана с налогами¹⁶.

Конституционный Суд Российской Федерации оказал значительное влияние на развитие норм налогового права, а также на практику его применения. Его правовые позиции учитывались в ходе кодификации налогового законодательства. Особая роль Конституционного Суда в формировании принципов налогообложения была в определенной мере продиктована и тем обстоятельством, что в тексте Конституции Российской Федерации положения, относящиеся к регулированию налоговых отношений, излагались крайне лаконично. В своих постановлениях и определениях Конституционный Суд раскрыл смысл и содержание многих ключевых для налогового права понятий. Конституция упоминает, в частности, об общих принципах налогообложения, однако не раскрывает содержание этого принципа.

¹⁵ Подробнее см.: Крылова Н.С. Бюджетно-финансовые полномочия парламента. С. 180–184.

¹⁶ См.: Налоговое право в решениях Конституционного Суда Российской Федерации 2005 года. М., 2006. С. 28.

Конституцией установлен принцип законодательного оформления налогов, но она не объясняет, что означает формула «законно установленные налоги». То же относится к формулированию других принципов налогообложения — равенства, справедливости, соразмерности и пр.

За годы своего существования Конституционный Суд Российской Федерации выработал ряд правовых позиций, относящихся к другим аспектам финансовой деятельности государства, связанным с разграничением полномочий между федеральными органами законодательной и исполнительной власти, а также между федерацией и субъектами федерации в области налогообложения и финансов; с действием конституционных принципов разделения властей и обратной силы закона; с взаимоотношениями Конституционного Суда с верховным законодательным органом, судами общей юрисдикции и арбитражными судами. Конституционный смысл и содержание этих и многих других принципов раскрываются в постановлениях и определениях Конституционного Суда по конкретным делам¹⁷.

По удачному выражению А.С. Автономова, создание механизма конституционного контроля явилось логическим развитием идей конституционализма¹⁸. Функционирование этого института придает необходимую полноту конституционному механизму формирования финансовой политики государства, ее реализации и осуществлению эффективного контроля над сбором и расходованием средств государственного бюджета. Основная проблема сегодня сводится к соблюдению конституционных принципов в повседневной практике государственных органов, на которые возложено осуществление финансовых функций.

¹⁷ Подробнее см.: Крылова Н.С. Эволюция принципов конституционализма и правовое регулирование налоговых отношений // Конституция: сравнительно-правовое исследование // Труды Ин-та гос. и права РАН. М., 2008. № 6. С. 158–183; Она же. Общепризнанный принцип законодательного установления налогов и конституционное правосудие // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2008. № 1. С. 40–51; Она же. Общепризнанный принцип равенства и конституционные гарантии защиты прав гражданина в сфере налогообложения // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 2. С. 17–35.

¹⁸ См.: Автономов А.С. Конституционное (государственное) право зарубежных стран. М., 2005. С. 52.

А.А. Ялбулганов

профессор кафедры
финансового права
Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики», доктор
юридических наук

Региональный финансовый контроль в Российской Федерации: организация и правовые основы деятельности

Автор рассматривает вопросы правового регулирования организации и деятельности контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации, порядок их создания и функционирования, анализирует полномочия контрольных органов и порядок их осуществления.

Ключевые слова: региональный финансовый контроль, контрольно-счетная палата, предписание, представление.

Нормальное функционирование внешнего государственного финансового контроля является неременным условием обеспечения непрерывного процесса формирования и эффективного использования фондов денежных средств.

Долгое время отсутствовали законодательно закреплённые общие начала организации и деятельности контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации и контрольно-счетных органов муниципальных образований, которые бы позволили сформировать эффективно действующую систему государственного и муниципального финансового контроля, развернувшуюся на трех уровнях: федеральном (Счетная палата Российской Федерации), региональном (контрольно-счетные органы субъектов Российской Федерации) и муниципальном (контрольно-счетные органы муниципальных образований). В соответствии с российским законодательством названные уровни государственного и муниципального финансового контроля функционируют автономно и не составляют единой вертикали контрольной власти. В то же время между ними существуют определенные взаимосвязи, позволяющие представить их в рамках одной системы финансового контроля в Российской Федерации. Контрольно-счетные органы субъектов Российской Федерации создаются органами законодательной власти субъектов Российской Федерации и выполняют финансово-контрольные функции, отличные от тех, которые возложены, например, на органы исполнительной власти¹.

¹ См. подр.: Новое в региональном и муниципальном финансовом контроле: постатейный научно-практический комментарий к Федеральному закону «Об общих принципах организации

Контрольно-счетные органы контролируют соблюдение законодательства в сфере публичных финансов, выявляют факты правонарушений, связанных с использованием финансовых ресурсов на региональном уровне. Они наделены полномочиями по оценке эффективности использования финансовых средств (в том числе с позиции достижения поставленных целей и выполнения конкретных задач), использования государственной собственности, проведения ее приватизации и национализации, предоставления различного рода финансовых льгот и преференций и законности их использования, по устранению законодательных лазеек для различного рода финансовых манипуляций (для этого контрольно-счетные органы активно взаимодействуют с законодательными (представительными) органами субъектов Российской Федерации) и т.д.

Контрольно-счетные органы нацелены в первую очередь на обеспечение законодательных органов субъектов Российской Федерации независимой, оперативной и точной информацией о состоянии государственных финансов данного региона, государственной казны субъекта Российской Федерации, проведение аудита отчетности, представляемой законодательным (представительным) органам должностными лицами.

До недавнего времени в Российской Федерации вопросы организации и деятельности контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации оставались не урегулированными на федеральном уровне. Складывалась чрезвычайно пестрая картина регионального финансового контроля, которая в ряде случаев негативно сказывалась на результативности самих контрольных мероприятий.

Разнообразие организационно-правовых форм государственного финансового контроля проявлялось не только в названиях органов (контрольно-счетная палата, счетная палата, контрольный комитет, контрольно-бюджетный комитет, государственный контрольный комитет, контрольно-бюджетная палата, контрольная комиссия, контрольно-счетная комиссия и др.), но и в объеме их полномочий, обладании ими статусом юридического лица, порядке их формирования и т.д. В ряде субъектов Российской Федерации контрольно-счетные органы входили в структуру законодательного органа и не обладали организационной независимостью и их деятельность могла быть приостановлена в связи с прекращением деятельности регионального парламента. Не было выработано единого подхода в вопросе о порядке формирования контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации: в одних регионах включение депутатов региональных парламентов допускалось, в других — такая возможность полностью исключалась и т.д.

Очевидно, что существование столь значительных различий в организации и деятельности контрольно-счетных органов требовало скорейшей унификации этих вопросов на уровне федерального законодательства. Счетная палата Российской Федерации и Ассоциация контрольно-счетных органов России (<http://www.ach-fci.ru>) инициировали принятие федерального закона, в котором нашли бы закрепление стандарты финансового контроля на уровне субъектов Российской Федерации.

В 2011 г. закон, нацеленный на установление общих принципов организации, деятельности и основных полномочий контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации и контрольно-счетных органов муниципальных образо-

и деятельности контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации и муниципальных образований» ученых-правоведов под рук. д.ю.н., проф. А.А. Ялбулганова. М.: Библиотечка «Российской газеты», 2012.

ваний, был принят. Федеральный закон от 7 февраля 2011 г. № 6-ФЗ «Об общих принципах организации и деятельности контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации и муниципальных образований» (далее — Федеральный закон № 6-ФЗ) официально опубликован² и вступил в силу 1 октября 2011 г.

Правовое регулирование организации и деятельности контрольно-счетных органов³.

Конституция Российской Федерации устанавливает, что в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Российской Федерации находятся вопросы установления общих принципов организации системы органов государственной власти и местного самоуправления (п. «н» ч. 1 ст. 72 Конституции Российской Федерации).

Следует вспомнить еще одну конституционную норму, в соответствии с которой система органов государственной власти республик, краев, областей, городов федерального значения, автономной области, автономных округов устанавливается субъектами Российской Федерации самостоятельно в соответствии с основами конституционного строя Российской Федерации и общими принципами организации представительных и исполнительных органов государственной власти, установленными федеральным законом (ч. 1 ст. 77 Конституции Российской Федерации).

Таким законом в настоящий момент является Федеральный закон от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»⁴. В ст. 2 указанного закона предусмотрено, что систему органов государственной власти субъекта Российской Федерации составляют: законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта Российской Федерации; высший исполнительный орган государственной власти субъекта Российской Федерации; иные органы государственной власти субъекта Российской Федерации, образуемые в соответствии с конституцией (уставом) субъекта Российской Федерации. К числу «иных органов государственной власти субъекта Российской Федерации, образуемых в соответствии с конституцией (уставом) субъекта Российской Федерации», относятся контрольно-счетные органы.

В федеральном законе «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» содержится норма, допускающая осуществление субъектами Российской Федерации собственного правового регулирования по предметам совместного ведения до принятия федеральных законов; при этом оговаривается, что после принятия соответствующего федерального закона законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации подлежат приведению в соответствие с данным федеральным законом в течение трех месяцев (ч. 2 ст. 3).

Именно так и происходило в сфере правового регулирования контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации вплоть до принятия Федерального закона № 6-ФЗ: субъекты Российской Федерации принимали собственные законы о региональных контрольно-счетных органах, которыми регулировались вопросы организации и деятельности данных органов государственной власти

² Российская газета. 2011. № 29; СЗ РФ. 2011. № 7. Ст. 903; Парламентская газета. 2011. № 8.

³ См. подр.: *Козырин А.Н.* Правовое регулирование организации и деятельности контрольно-счетных органов: научно-практический комментарий статьи 2 Федерального закона «Об общих принципах организации и деятельности контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации и муниципальных образований» // Реформы и право. 2011. № 4.

⁴ СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

субъектов Российской Федерации и которые в условиях отсутствия стандартов, установленных федеральным законодательством, могли отличаться друг от друга самым разительным образом. После принятия Федерального закона № 6-ФЗ региональные законы о контрольно-счетных органах в части, не соответствующей нормам федерального закона, должны в трехмесячный срок быть приведены в соответствие с федеральным законодательством.

Если федеральный закон «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» устанавливает принципы деятельности контрольно-счетных органов как органов государственной власти на региональном уровне и их место в системе органов государственной власти субъекта Российской Федерации, то другой источник правового регулирования деятельности контрольно-счетных органов — Бюджетный кодекс Российской Федерации (далее — БК РФ) — определяет их статус в качестве органов финансового контроля.

В БК РФ (ст. 157) определены бюджетные полномочия органов государственного финансового контроля, созданных законодательными (представительными) органами: они осуществляют контроль за исполнением соответствующих бюджетов и готовят заключения на годовой отчет об исполнении соответствующих бюджетов, проводят экспертизы проектов указанных бюджетов, долгосрочных целевых программ и правовых актов бюджетного законодательства Российской Федерации. Полномочия органа государственного финансового контроля, созданного законодательным (представительным) органом, определяются законом (п. 3 ст. 157 БК РФ).

Устанавливая формы финансового контроля, осуществляемого законодательными (представительными) органами, законодатель в ст. 265 БК РФ закрепляет, что контроль законодательных (представительных) органов предусматривает право этих органов на создание собственных контрольных органов.

Организация и деятельность контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации могут регулироваться также иными федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации.

В ст. 22 Федерального закона от 11 января 1995 г. № 4-ФЗ «О Счетной палате Российской Федерации»⁵, посвященной взаимодействию Счетной палаты с другими контрольными органами Российской Федерации, устанавливается обязанность контрольных органов субъектов Российской Федерации оказывать содействие деятельности Счетной палаты Российской Федерации, предоставлять по ее запросам информацию о результатах проводимых ревизий и проверок.

Еще одним примером федерального закона, регулирующим особенности деятельности контрольно-счетных органов, является Федеральный закон от 20 апреля 1995 года № 45-ФЗ «О государственной защите судей, должностных лиц правоохранительных и контролирующих органов»⁶. В соответствии с п. 12 ч. 1 ст. 2 этого закона и принятым на его основе постановлением Правительства Российской Федерации от 31 декабря 2004 г. № 900 «Об утверждении перечня категорий государственных и муниципальных служащих, подлежащих государственной защите»⁷ должностные лица контрольно-счетных органов, образуемых законодательными

⁵ СЗ РФ. 1995. № 3. Ст. 167.

⁶ СЗ РФ. 1995. № 15. Ст. 1455.

⁷ СЗ РФ. 2005. № 2. Ст. 158.

(представительными) органами субъектов Российской Федерации, отнесены к категориям государственным служащим, подлежащим государственной защите.

Среди федеральных источников, регулирующих организацию и деятельность контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации, встречаются также нормативные правовые акты подзаконного характера. Указом Президента Российской Федерации от 4 декабря 2009 г. № 1381 «О типовых государственных должностях субъектов Российской Федерации»⁸ в перечень типовых государственных должностей субъектов Российской Федерации включены должности председателя, заместителя председателя контрольно-счетного органа субъекта Российской Федерации, а также аудитора (члена) контрольно-счетного органа субъекта Российской Федерации.

Вопросы установления общих принципов организации системы органов государственной власти и местного самоуправления отнесены Конституцией Российской Федерации к предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации. Конституция Российской Федерации (ч. 2 ст. 76) устанавливает, что по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации издаются федеральные законы и принимаемые в соответствии с ними законы и иные нормативные правовые акты субъектов Российской Федерации.

Региональные нормативные акты занимают особое место в системе источников правового регулирования контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации. Соответствующие нормы могут содержаться в конституциях (уставах) субъектов Российской Федерации, законах субъектов Российской Федерации, а также в принятых в соответствии с региональными законами нормативных правовых актах подзаконного характера.

Конституции и уставы субъектов Российской Федерации. В конституциях и уставах чаще всего содержатся нормы, предусматривающие создание регионального контрольно-счетного органа и устанавливающие порядок его формирования. Иногда в конституциях (уставах) содержатся статьи с бланкетными нормами, отсылающими к закону субъекта Российской Федерации о контрольно-счетном органе. Например, в Уставе (Основном Законе) Алтайского края от 5 июня 1995 г. № 3-ЗС⁹ отдельная статья (ст. 46) посвящена Счетной палате Алтайского края. «Алтайское краевое Законодательное Собрание образует постоянно действующий орган государственного финансового контроля — Счетную палату Алтайского края, которая осуществляет контрольно-ревизионную, экспертно-аналитическую, информационную и иные виды деятельности, обеспечивает контроль за исполнением краевого бюджета, расходованием средств, выделенных Алтайскому краю из федерального бюджета, а также за использованием объектов права собственности Алтайского края. Правовой статус Счетной палаты Алтайского края, порядок назначения и освобождения от должности председателя и заместителя председателя Счетной палаты Алтайского края устанавливаются законом».

Законы субъектов Российской Федерации. Созданные во всех субъектах Российской Федерации контрольно-счетные органы действуют в соответствии с региональными законами, которые приняты чаще всего по прямому указанию соответствующих норм конституций (уставов) субъектов Российской Федерации и

⁸ СЗ РФ. 2009. № 49 (2 ч.). Ст. 5921.

⁹ Алтайская правда. 1999. № 235.

устанавливают правовой статус, порядок образования и деятельности контрольно-счетных органов. Приведем несколько примеров таких региональных законов: Закон города Москвы от 30 июня 2010 г. № 30 «О Контрольно-счетной палате Москвы»¹⁰, Закон Республики Тыва от 7 декабря 2001 г. № 1200 «О Счетной палате Республики Тыва»¹¹, Закон Республики Саха (Якутия) от 16 марта 1995 г. № 55-1 «О Контрольном комитете Государственного Собрания (Ил Тумэн) Республики Саха (Якутия)»¹², Закон Смоленской области от 23 июня 2011 г. № 37-з «О Контрольно-счетной палате Смоленской области»¹³ и др. Законы субъектов Российской Федерации о контрольно-счетных органах приводятся в соответствие с Федеральным законом № 6-ФЗ.

В ряде субъектов Российской Федерации приняты законы, одновременно регулирующие деятельность как регионального контрольно-счетного органа, так и контрольно-счетных органов муниципальных образований, расположенных на территории данного региона: Областной закон от 12 июля 2011 г. № 62-ОЗ «О Счетной палате Свердловской области и контрольно-счетных органах муниципальных образований, расположенных на территории Свердловской области»¹⁴ и др.

Нормы, регулирующие организацию и деятельность контрольно-счетных органов, могут содержаться в региональных законах о государственном финансовом контроле. Как известно, на федеральном уровне такого законодательства до сих пор принято не было, однако на региональном уровне отдельные субъекты Российской Федерации приняли законы о государственном финансовом контроле: Закон Нижегородской области от 9 марта 2010 г. № 36-З «О государственном финансовом контроле в Нижегородской области»¹⁵, Закон Волгоградской области от 4 декабря 2008 г. № 1800-ОД «О финансовом контроле на территории Волгоградской области»¹⁶, Закон Алтайского края от 3 сентября 2007 г. № 75-ЗС «О бюджетном устройстве, бюджетном процессе и финансовом контроле в Алтайском крае»¹⁷ и др. В таких законах обычно закрепляются организационно-правовые основы государственного финансового контроля, осуществляемого на региональном уровне, его принципы, методы реализации, определяется место, которое контрольно-счетные органы занимают в институциональной системе регионального государственного финансового контроля.

В некоторых субъектах Российской Федерации правовой статус контрольно-счетных органов уточняется через законодательное установление полномочий законодательного органа субъекта Российской Федерации в сфере бюджета и налогов (например, Закон Калининградской области от 20 апреля 1998 г. № 54 «О контрольных функциях Калининградской областной Думы в сфере бюджета и финансов»¹⁸).

Бюджетные полномочия контрольно-счетных органов, финансовое обеспечение их деятельности в ряде случаев становятся предметом бюджетного законода-

¹⁰ Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2010. № 41.

¹¹ Тувинская правда. 2002. 17 января.

¹² Якутские ведомости. 2003. № 23.

¹³ Смоленская газета. 2011. № 67.

¹⁴ Собрание законодательства Свердловской области. 2011. № 7–3 (2011). Ст. 1238.

¹⁵ Правовая среда. 2010. № 26(1148) (приложение к газете «Нижегородские новости». 2010. № 42(4414)).

¹⁶ Волгоградская правда. 2008. № 231–232.

¹⁷ Алтайская правда. 2007. № 262.

¹⁸ «Дмитрия Донского, 1». 1998. № 4.

тельства субъекта Российской Федерации. Так, ст. 50 Закона Псковской области от 6 июня 2008 г. № 769-оз «О бюджетном процессе в Псковской области»¹⁹ называется «Финансовый контроль, осуществляемый Счетной палатой». В ней перечислены основные направления деятельности контрольно-счетного органа по контролю за исполнением областного бюджета. Вопросы финансирования Счетной палаты Красноярского края установлены ст. 36 Закона Красноярского края от 18 декабря 2008 г. № 7-2617 «О бюджетном процессе в Красноярском крае»²⁰.

Полномочия контрольно-счетных органов по управлению государственной собственностью устанавливаются в законах о публичной собственности: Закон города Москвы от 19 декабря 2007 г. № 49 «Об основах управления собственностью города Москвы»²¹ и др.

На законодательном уровне закрепляется участие контрольно-счетных органов в реализации иных мероприятий государственной политики. Согласно ст. 3 Закона Республики Мордовия от 8 июня 2007 г. № 54-З «О противодействии коррупции в Республике Мордовия»²² Счетная палата Республики Мордовия в пределах своих полномочий обеспечивает противодействие коррупции в соответствии с законом Республики Мордовия «О Счетной палате Республики Мордовия».

Ответственность за неисполнение представлений и иных обязательных требований контрольно-счетного органа субъекта Российской Федерации, воспрепятствование осуществлению его должностными лицами контрольных функций, непредставление запрашиваемой информации может устанавливаться в региональных законах об административных правонарушениях: Закон Республики Тыва от 30 декабря 2008 г. № 905 ВХ-2 «Кодекс Республики Тыва об административных правонарушениях»²³, Областной закон Ленинградской области от 2 июля 2003 г. № 47-оз «Об административных правонарушениях»²⁴, Закон Новосибирской области от 14 февраля 2003 г. № 99-ОЗ «Об административных правонарушениях в Новосибирской области»²⁵ и др. Отдельные аспекты деятельности контрольно-счетных органов могут регулироваться непрофильными (применительно к проблематике финансового контроля) региональными законодательными актами о государственной гражданской службе, государственной защите должностных лиц правоохранительных и контрольных органов и др.

Иные нормативные правовые акты субъекта Российской Федерации подзаконного характера. В развитие конституции (устава) и законов субъекта Российской Федерации могут приниматься нормативные правовые акты подзаконного характера, регулирующие организацию и деятельность контрольно-счетных органов на региональном уровне. Контрольно-счетный орган осуществляет свою деятельность

¹⁹ Псковская правда. 2008. № 144–146.

²⁰ Ведомости высших органов государственной власти Красноярского края. 2008. № 69(290).

²¹ Вестник Мэра и Правительства Москвы. 2008. № 1.

²² Известия Мордовии. 2009. № 63–15.

²³ Тувинская правда. 2009. № 9, спецвыпуск.

²⁴ Вестник Правительства Ленинградской области. 2003. № 15.

²⁵ Сборник нормативных правовых актов Новосибирского областного Совета депутатов. 2003. № 2(7). С. 6.

в соответствии с уставом, утверждаемым законодательным (представительным) органом субъекта Российской Федерации²⁶.

Процедуры формирования контрольно-счетного органа могут быть установлены в регламенте законодательного (представительного) органа субъекта Российской Федерации. Правовыми актами законодательных (представительных) органов субъектов Российской Федерации оформляются многие решения о структуре контрольно-счетного органа, особенностях прохождения в нем государственной гражданской службы.

В ряде случаев нормативные правовые акты, регулирующие порядок формирования контрольно-счетного органа, прохождения государственной гражданской службы в этом органе, могут приниматься высшим должностным лицом субъекта Российской Федерации (например, постановление Губернатора Калужской области от 7 июня 2001 № 378 «О Порядке рассмотрения кандидатур на должность председателя Контрольно-счетной палаты Калужской области для представления их в Законодательное Собрание Калужской области»²⁷).

В системе источников правового регулирования организации и деятельности контрольно-счетных органов субъектов Российской Федерации присутствуют также локальные правовые акты, принимаемые самими контрольно-счетными палатами (например, Регламент Контрольно-счетной палаты Ивановской области, утвержденный Решением коллегии Контрольно-счетной палаты Ивановской области от 6 декабря 2010 г. № 17/1²⁸).

Федеральный закон № 6-ФЗ определяет особенности статуса региональных контрольно-счетных органов как субъектов государственного финансового контроля.

Контрольно-счетный орган субъекта Российской Федерации является самостоятельным государственным органом субъекта Российской Федерации, о чем свидетельствуют отдельные положения Федерального закона № 6-ФЗ, наделяющие данные органы организационной, функциональной, финансовой и административной (управленческой) автономией. Самостоятельность контрольно-счетного органа субъекта Российской Федерации гарантируется системой норм, регламентирующих процедуру назначения и прекращения полномочий председателя, заместителя председателя и аудиторов данного органа. Организационная и функциональная независимость контрольно-счетного органа субъекта Российской Федерации обусловливается характером решаемых им задач и объемом предоставленных полномочий. Одной из самых важных гарантий самостоятельности контрольно-счетного органа субъекта Российской Федерации выступает его финансовая автономность, закрепленная в Федеральном законе № 6-ФЗ.

Средства, предназначенные для финансового обеспечения деятельности контрольно-счетного органа субъекта Российской Федерации, предусматриваются в бюджете субъекта Российской Федерации отдельной строкой.

²⁶ Постановление Госсовета Республики Мордовия от 20 октября 2006 г. № 1337-III П «Об утверждении Устава Счетной палаты Республики Мордовия» // Известия Мордовии. 2006. № 161-33; постановление Государственной Думы Ярославской области от 3 июля 2001 г. № 165 «Об Уставе, структуре, штатном расписании и смете расходования средств на содержание государственного учреждения Ярославской области «Контрольно-счетная палата» // Губернские вести. 2001. № 50.

²⁷ Весть. 2001. № 138.

²⁸ Законы Ивановской области, постановления Ивановской областной Думы, иная официальная информация. 2011. № 2(321).

Контрольно-счетный орган субъекта Российской Федерации, являясь постоянно действующим органом внешнего государственного финансового контроля, осуществляет полномочия по контролю за: исполнением бюджета субъекта Российской Федерации и бюджета территориального государственного внебюджетного фонда; законностью, результативностью (эффективностью и экономностью) использования межбюджетных трансфертов, предоставленных из бюджета субъекта Российской Федерации бюджетам муниципальных образований, расположенных на территории субъекта Российской Федерации, а также проверкой местного бюджета в случаях, установленных БК РФ.

Кроме того, за контрольно-счетным органом субъекта Российской Федерации закреплено такое важное полномочие, как контроль за законностью, результативностью (эффективностью и экономностью) использования средств бюджета субъекта Российской Федерации, средств бюджетов территориальных государственных внебюджетных фондов и иных источников, предусмотренных законодательством Российской Федерации, а также оценка эффективности предоставления налоговых и иных льгот и преимуществ, бюджетных кредитов за счет средств бюджета субъекта Российской Федерации, законности предоставления государственных гарантий и поручительств или обеспечения исполнения обязательств другими способами по сделкам, совершаемым юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями за счет средств бюджета субъекта Российской Федерации и имущества, находящегося в государственной собственности субъекта Российской Федерации.

При реализации экспертно-аналитических полномочий контрольно-счетный орган субъекта Российской Федерации осуществляет: экспертизу проектов законов о бюджетах субъекта Российской Федерации и проектов законов о бюджетах территориального государственного внебюджетного фонда; финансово-экономическую экспертизу проектов законов субъекта Российской Федерации и нормативных правовых актов органов государственной власти субъекта Российской Федерации (включая обоснованность финансово-экономических обоснований) в части, касающейся расходных обязательств субъекта Российской Федерации, а также государственных программ субъекта Российской Федерации; анализ бюджетного процесса в субъекте Российской Федерации и подготовка предложений, направленных на его совершенствование; внешнюю проверку годового отчета об исполнении бюджета субъекта Российской Федерации, годового отчета об исполнении бюджета территориального государственного внебюджетного фонда.

В рамках реализации информационных полномочий контрольно-счетный орган субъекта Российской Федерации осуществляет подготовку информации о ходе исполнения бюджета субъекта Российской Федерации, бюджета территориального государственного внебюджетного фонда, о результатах проведенных контрольных и экспертно-аналитических мероприятий и представление такой информации в законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта Российской Федерации и высшему должностному лицу субъекта Российской Федерации (руководителю высшего исполнительного органа государственной власти субъекта Российской Федерации).

Представления и предписания контрольно-счетных органов. Контрольно-счетные органы по результатам проведения контрольных мероприятий вправе вносить в органы государственной власти и государственные органы субъекта Российской Федерации, проверяемые органы и организации и их должностным лицам **представления**

для их рассмотрения и принятия мер по устранению выявленных нарушений и недостатков, предотвращению нанесения материального ущерба субъекту Российской Федерации, по привлечению к ответственности должностных лиц, виновных в допущенных нарушениях, а также мер по пресечению, устранению и предупреждению нарушений. Следует отметить, что руководители проверяемых объектов обязаны создавать нормальные условия для работы должностных лиц контрольно-счетных органов, проводящих проверку. Они обязаны предоставлять им необходимые помещения с оборудованными рабочими местами; оперативно предоставлять запрашиваемые сведения, информацию и документацию, а также готовить необходимые справки; обеспечивать свободный доступ к рабочему месту и проверяемому имуществу.

Представление контрольно-счетного органа субъектов Российской Федерации является документом, содержащим обязательные для исполнения требования контрольно-счетного органа, направляемые руководителям объектов контрольного мероприятия для их рассмотрения и принятия мер по устранению выявленных нарушений и недостатков, предотвращению нанесения материального ущерба субъекту Российской Федерации, муниципальному образованию или возмещению причиненного вреда, по привлечению к ответственности должностных лиц, виновных в допущенных нарушениях, а также мер по пресечению, устранению и предупреждению нарушений.

В случае выявления нарушений, к тому же требующих безотлагательных мер по их пресечению и предупреждению, контрольно-счетные органы направляют **предписание**. Предписание направляется также в случае воспрепятствования проведению должностными лицами контрольно-счетных органов контрольных мероприятий. Контрольно-счетные органы направляют предписание в органы государственной власти и государственные органы субъекта Российской Федерации, органы местного самоуправления и муниципальные органы, проверяемые органы и организации и их должностным лицам.

Предписание контрольно-счетного органа должно содержать указание на конкретные допущенные нарушения и конкретные основания вынесения предписания. В соответствии с Федеральным законом № 6-ФЗ предписание контрольно-счетного органа должно быть исполнено в установленные в нем сроки. Неисполнение или ненадлежащее исполнение предписания контрольно-счетного органа влечет за собой ответственность, установленную законодательством Российской Федерации и (или) законодательством субъекта Российской Федерации. Предписание должно содержать указание на конкретные основания его вынесения, конкретные допущенные нарушения, требования о принятии мер по их пресечению и предупреждению, срок исполнения предписания. Для исполнения предписания устанавливается срок, разумно необходимый проверяемому объекту для совершения предписываемых действий или прекращения их совершения, в зависимости от обстоятельств, послуживших основанием для издания предписания.

Представления и предписания являются апогеем контрольной деятельности контрольно-счетных органов. Это результат их деятельности и одновременно возможность заставить нарушителей финансовой дисциплины устранить выявленные недостатки. Как нам представляется, наличие системы эффективно действующих контрольно-счетных органов является важной гарантией продвижения региональных реформ в Российской Федерации.

И.В. Панова

судья Высшего Арбитражного
Суда Российской Федерации
профессор, заведующая
кафедрой административного
права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»,
доктор юридических наук

Е.А. Городецкая

аспирантка кафедры
административного
права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»

Агропромышленному комплексу необходимо новое законодательное обеспечение

В статье аргументируется необходимость разработки и принятия федерального закона о государственном регулировании деятельности агропромышленного комплекса (далее также — АПК) с учетом международного регулирования и требований Всемирной торговой организации. Предлагается определить в качестве одной из основных целей регулирования обеспечение продовольственной безопасности, включить в новый комплексный закон ряд новых мер государственного регулирования, расширить круг субъектов АПК, обладающих правом на государственную поддержку, и четко определить условия, при которых она предоставляется. Обосновывается необходимость определения в федеральном законе понятий «агропромышленный комплекс», «субъект агропромышленного комплекса», а также создания и ведения единого реестра сельхозтоваропроизводителей и субъектов АПК.

Ключевые слова: закон, сельское хозяйство, государственное регулирование, агропромышленный комплекс, Всемирная торговая организация.

Агропромышленный комплекс является важнейшей частью экономики России, обеспечивает общество жизненно важной продукцией, в нем сосредоточен огромный экономический потенциал. Развитие агропромышленного комплекса в решающей мере определяет состояние всего народно-хозяйственного потенциала, уровень продовольственной безопасности государства и социально-экономическую обстановку в обществе¹. При устойчивом состоянии экономики один работник сельскохозяйственной отрасли способен обеспечить работой семь-восемь рабочих других отраслей. «Именно высокий уровень развития сельскохозяйственного производства, его платежеспособность, возможность и необходимость приобретать и поглощать материально-технические ресурсы (технику, запчасти, средства химизации, энергоресурсы и т.д.), являющиеся продукцией десятков отраслей, опреде-

¹ Бюллетень Счетной палаты Российской Федерации. 2001. № 6 (42). <http://www.budgetrf.ru/Publications/Schpalata/2001/bulletin/schpal6422001bull6-11.htm> (дата обращения: 22 июня 2011 г.).

ляет устойчивое развитие всего народно-хозяйственного комплекса»². Обострение продовольственной ситуации требует установления и апробации новых механизмов государственного регулирования АПК.

В целях обеспечения предсказуемости административно-правового воздействия, его качества и позитивности административно-правовая доктрина должна выработать новые комплексные инструменты регулирования деятельности агропромышленного комплекса — правовые режимы, обеспечивающие оптимальное соотношение эффективности государственной аграрной политики и соблюдения общественного интереса. Основной целью государственной аграрной политики должно быть обеспечение продовольственной безопасности страны и экономического роста аграрной системы, который возможен только посредством обеспечения необратимого качественного изменения хозяйствующих субъектов в сфере АПК. Одним из этапов этой работы должны стать разработка и принятие нового федерального закона, регулирующего деятельность всего агропромышленного комплекса страны. Стоит отметить, что в настоящее время на федеральном уровне в законодательных актах Российской Федерации вообще отсутствует единое понятие агропромышленного комплекса. Существовавшее в действовавшем до июня 2004 г. законе от 24 мая 1999 г. № 100-ФЗ «Об инженерно-технической системе агропромышленного комплекса» определение агропромышленного комплекса как совокупности отраслей экономики, связанных с агропромышленным производством, нельзя было признать вносящим максимум ясности в структурную наполненность АПК и обеспечивающим полноту законодательного регулирования.

Традиционно считается, что агропромышленный комплекс включает в себя четыре сферы деятельности: сельское хозяйство (растениеводство, животноводство, фермерские хозяйства, личные подсобные хозяйства и т.д.); обеспечивающие сельское хозяйство средствами производства и материальными ресурсами отрасли производства (производители сельхозтехники, минеральных удобрений, химикатов и т.д.); перерабатывающие предприятия (пищевой, легкой промышленности); инфраструктура АПК: организации, которые осуществляют заготовку, транспортировку, упаковку, хранение, реализацию сельскохозяйственной продукции, научное, образовательное, кадровое обеспечение агропромышленного комплекса.

Несмотря на то что вопрос о необходимости рассмотрения сельского хозяйства во взаимосвязи с отраслями, занимающимися закупкой, переработкой, транспортировкой продукции сельскохозяйственного производства, ее реализацией, производством и поставками сельскохозяйственной техники, агрохимикатов, обладает большой актуальностью, на законодательном уровне единство этих сфер пока еще не формализовано в общей дефиниции. Следует обратить внимание на то, что закон «О развитии сельского хозяйства» оперирует понятием федерального органа исполнительной власти, осуществляющего функции по выработке государственной политики и нормативно-правовому регулированию в сфере агропромышленного комплекса, никак само понятие агропромышленного комплекса не раскрывая. Большинство стран на постсоветском пространстве таким же образом определяют только понятие сельского хозяйства, одного из структурных элементов агропромышленного комплекса, относя к нему деятельность, обеспечивающую получение выращенной, переработанной или произведенной сельскохозяйственной продукции.

² Там же.

Между тем, учитывая, что ряд законодательных положений связывает наступление тех или иных правовых последствий с принадлежностью соответствующего субъекта к агропромышленному комплексу, представляется необходимым конкретизировать включаемые в него сферы деятельности.

Анализируя эффективность использования государством способов регулирования экономики, Ю.А. Тихомиров аргументирует зависимость степени эффективности регулирования от тщательной регламентации его методов и четкого определения в нормативных актах уполномоченных органов, субъектов и объектов регулирования³. С данным выводом следует согласиться, но отметим, что в аграрной сфере в рамках предлагаемого закона существует насущная необходимость выделения в качестве отдельных субъектов регулирования субъектов агропромышленного комплекса. Кроме того, на федеральном уровне нуждается в более четком разграничении и определении и объем полномочий исполнительных органов (в частности, Роспотребнадзора и Россельхознадзора).

До настоящего времени действует Закон РСФСР от 26 июня 1991 г. № 1490-1 «О приоритетном обеспечении агропромышленного комплекса материально-техническими ресурсами», определяющий субъектный состав организаций, на которые распространяются защитные государственные механизмы в целях обеспечения приоритетности сельскохозяйственной отрасли в народном хозяйстве. В нем устанавливаются льготы для производителей сельскохозяйственной продукции, порядок регулирования цен, финансирования и кредитования, которые в настоящее время не соответствуют положениям принятых позднее законодательных актов. Несмотря на фактическую отмену этих положений в связи с последующим принятием специальных законов, закон «О приоритетном обеспечении агропромышленного комплекса материально-техническими ресурсами» продолжает действовать и нарушает целостность и непротиворечивость правового регулирования данной сферы общественных отношений. По нашему мнению, это обуславливает актуальность его отмены с одновременным сохранением отдельных положений в новом комплексном законе.

В большинстве стран на постсоветском пространстве на законодательном уровне определение агропромышленного комплекса не сформулировано. В то же время Закон Республики Казахстан от 8 июля 2005 г. «О государственном регулировании развития агропромышленного комплекса и сельских территорий», например, достаточно широко определяет агропромышленный комплекс, обозначая его как совокупность отраслей экономики, включающих производство, заготовку, хранение, транспортировку, переработку и реализацию продукции сельского, рыбного хозяйства, а также пищевую промышленность, сопутствующие производства и сферы деятельности, обеспечивающие их современной техникой, технологическим оборудованием, деньгами, информационными и другими ресурсами, ветеринарно-санитарную и фитосанитарную безопасность, научное обеспечение и подготовку кадров. Закон Республики Таджикистан закрепляет понятие агропромышленного комплекса как совокупности отраслей экономики, включающих в себя производство, заготовку, хранение, транспортировку, переработку и реализацию продукции сельского и рыбного хозяйства, пищевой промышленности, другие сопутствующие

³ См.: Тихомиров Ю.А. Юридические режимы государственного регулирования экономики // Право и экономика. 2000. № 5. С. 3–6.

производства и сферы деятельности, в том числе обеспечивающие их современной техникой, технологическим оборудованием, информационными и другими ресурсами, ветеринарно-санитарную и фитосанитарную безопасность, научное обеспечение и подготовку кадров⁴.

Включение в состав агропромышленного комплекса транспортировки сельскохозяйственной продукции, а также отраслей, обеспечивающих сельхозтоваропроизводителя сельскохозяйственной техникой, информационными технологиями и кадрами, представляет интерес для имплементации такого подхода в федеральное законодательство России.

Четкое законодательное определение агропромышленного комплекса, по нашему мнению, будет способствовать расширению перечня хозяйствующих субъектов, которые будут вправе претендовать на меры государственной поддержки. В настоящее время на федеральном уровне таковая оказывается, как правило, только субъектам, имеющим статус сельскохозяйственного товаропроизводителя и отвечающим установленным в федеральном законе «О развитии сельского хозяйства» критериям, т.е. минимальной 70-процентной доле от реализации произведенной сельскохозяйственной продукции в общей доле выручки от реализации товаров, работ, услуг. Полагаем, что предлагаемые меры по увеличению числа объединенных одними целевыми ориентирами субъектов хозяйствования, по сути образующих целостную экономическую цепочку, увеличат количество создаваемых в данной сфере кластеров и, как следствие, позволят сконцентрировать интеллектуальные, трудовые и производственные ресурсы и за счет синергетического эффекта обеспечить большую производительность и сократить затраты производителя.

Следует отметить, что субъекты Российской Федерации иначе подходят к определению круга поддерживаемых субъектов и включают в их состав обслуживающие сельскохозяйственное производство организации. Например, согласно ст. 4 закона «О государственной поддержке сельскохозяйственного производства в Новосибирской области», право на получение государственной поддержки наряду с осуществляющими сельскохозяйственное производство организациями имеют и организации, осуществляющие поставку, ремонт и техническое обслуживание техники, инновационное, консультационное, информационное сопровождение. Аналогично обстоят дела в Бурятии. В Астраханской области, напротив, государственная поддержка предоставляется только организациям, крестьянским фермерским хозяйствам и индивидуальным предпринимателям, зарегистрированным в Астраханской области, занятым в сельскохозяйственном производстве и переработке сельскохозяйственной продукции, а также гражданам, ведущим личное подсобное хозяйство⁵. Приведенные примеры свидетельствуют о необходимости установления в федеральном законодательстве основ единообразия с закреплением возможности субъектам федерации учитывать региональные особенности.

С.А. Боголюбов отмечает необходимость обсуждения целесообразности определения в федеральном законе вместо категории «сельскохозяйственный произ-

⁴ Закон Республики Таджикистан «О государственной поддержке отраслей агропромышленного комплекса Республики Таджикистан» // Ахбори Маджлиси Оли Республики Таджикистан. 2007. № 3. Ст. 174; 2008. № 12. Ч. 2. Ст. 1, 1007.

⁵ Закон Астраханской области от 16 августа 2006 г. № 51/2006-ОЗ «О государственной поддержке сельскохозяйственного производства в Астраханской области».

водитель» перечня организаций, предпринимателей и иных граждан, имеющих право на получение государственной поддержки, и перечня условий, при которых она предоставляется⁶. Всецело разделяя обоснованность данного предложения, полагаем оптимальным его воплощение в жизнь в консолидированном законе о государственном регулировании агропромышленного комплекса. По нашему мнению, способом реализации данной идеи должно служить более четкое определение на федеральном уровне понятия «сельскохозяйственный товаропроизводитель» и введение понятия «субъект агропромышленного комплекса» с определением для каждой категории своего набора мер государственной поддержки и жесткого закрепления перечня условий, при которых таковая предоставляется.

Исследуя зарубежный опыт законодательного регулирования сельскохозяйственной сферы общественных отношений, следует признать, что в США, согласно федеральному законодательству, к сельскохозяйственной деятельности причисляются транспортировка, хранение, распространение продуктов питания. При этом в США сельскохозяйственной деятельностью признается только предпринимательская деятельность. Законы штатов к сельскохозяйственной деятельности относят и сопутствующую: сортировку, упаковку, очистку, сушку и т.д., вплоть до конечной реализации сельскохозяйственной продукции потребителю. Сельскохозяйственной деятельностью признается даже агротуризм⁷, что является вполне положительным опытом регулирования.

В Республике Беларусь ранее действовавшим постановлением Кабинета Министров Республики Беларусь от 3 января 1996 г. № 4 «О структуре агропромышленного комплекса Республики Беларусь» был определен состав АПК, куда включались субъекты хозяйственной деятельности независимо от формы собственности и ведомственной принадлежности, для которых основными видами деятельности являются:

- производство сельскохозяйственной продукции;
- заготовка, переработка и реализация сельскохозяйственной продукции, производимой в Республике Беларусь;
- производство продуктов питания (продовольствия);
- подготовка кадров для отраслей АПК;
- научное, техническое, производственно-техническое, ветеринарное и транспортное обслуживание, материально-техническое обеспечение АПК, строительство и ремонт объектов АПК производственного и непроизводственного назначения и другие виды деятельности, связанные с функционированием АПК.

Полагаем, что *агропромышленный комплекс* возможно определить как систему (совокупность) взаимосвязанных отраслей промышленности, сферы услуг и сельского хозяйства, специализированных учреждений, задачей которой является финансирование, производство, заготовка, переработка, хранение и реализация сельскохозяйственной продукции и доведение ее до потребителя, включая ее упаковку, транспортировку, обеспечение технологическим оборудованием, а также учреждений, осуществляющих информационное, научное, кадровое и образовательное

⁶ См.: Правовой механизм государственного регулирования и поддержки агропромышленного комплекса / под ред. С.А. Боголюбова. М.: Норма, 2009. С. 32.

⁷ См.: Аграрное законодательство зарубежных стран и России / отв. ред. канд. юрид. наук Е.Л. Минина. М.: Юстицинформ, 2011. С. 16.

обеспечение указанных видов деятельности, ее фитосанитарную и ветеринарную безопасность.

В пользу разработки и принятия нового закона, регулирующего агропромышленный комплекс, свидетельствует и ряд недостатков федерального закона «О развитии сельского хозяйства», устранить которые возможно полной его переработкой. Так, в частности, Е.Л. Минина отмечает несоответствие обозначенной в названии сферы регулирования закона «О развитии сельского хозяйства» его содержанию. По мнению ученой, закон не регулирует всех отношений, складывающихся в области сельского хозяйства, и не охватывает всех направлений его развития. Федеральный закон № 264-ФЗ «О развитии сельского хозяйства»⁸ сменил действовавший с 1997 г закон от 14 июля 1997 г. № 100-ФЗ «О государственном регулировании агропромышленного производства»⁹. Данный законодательный акт определял государственное регулирование агропромышленного производства как экономическое воздействие государства на производство, переработку и реализацию сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия, включая рыбу и морепродукты, а также на производственно-техническое обслуживание и материально-техническое обеспечение агропромышленного производства¹⁰.

Нетрудно заметить отсутствие в подобной дефиниции указания на меры и методы прямого административного регулирования агропромышленного производства. Предусматривая в ст. 2 закона «О государственном регулировании агропромышленного производства» в качестве одной из задач защиту интересов отечественных товаропроизводителей при осуществлении внешнеэкономической деятельности, безусловно, решаемой и с помощью административно-правовых методов регулирования (защитные и протекционистские меры — ст. 17 закона «О государственном регулировании агропромышленного производства»), законодатель на момент принятия закона упустил в нем указание на административно-правовую составляющую методологии регулирования деятельности АПК.

Федеральный закон «О государственном регулировании агропромышленного производства» содержал упоминание обо всех актуальных на тот момент методах государственного регулирования деятельности АПК, однако носил скорее декларативный и обобщенный характер, не раскрывая сути того или иного метода. Так, определяя в качестве метода регулирования антимонопольное регулирование цен в агропромышленном производстве, ст. 12 этого закона фактически содержит лишь отсылочную норму. Специалисты отмечают низкую эффективность указанного законодательного акта по причине его оторванности от существовавших на тот момент реалий.

Ранее учеными, в частности Е.Г. Быстровым¹¹, высказывалась мысль о реформировании аграрного законодательства в направлении создания аграрного кодекса, однако, выражая солидарность с мнением Е.Л. Мининой, подчеркнем отсутствие необходимости объединения норм всех отраслей законодательства, затрагиваю-

⁸ СЗ РФ. 2007. № 1 (ч. 1). Ст. 27.

⁹ СЗ РФ. 1997. № 29. Ст. 3501.

¹⁰ http://www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow_DocumID_52240.html

¹¹ См.: Быстров Е.Г. Развитие сельскохозяйственной кооперации и аграрного законодательства России в современных условиях // Актуальные проблемы аграрного права России: теория и практика. М.: Изд. дом «Государство и право», 2004. С. 60.

щих сельское хозяйство, в том числе гражданского, трудового, административного, в одном законе.

Полагаем, что перспективным направлением законодательства в сфере регулирования агропромышленного комплекса является разработка комплексного (консолидированного) закона, включающего в себя базовый понятийный аппарат и весь механизм государственного регулирования не только сельского хозяйства, но и всего агропромышленного комплекса. В.С. Елисеев придерживается иного мнения, утверждая, что попытки регламентации методов государственного регулирования одним законом «приводят к отсутствию общей стабильности аграрных правоотношений, поскольку включение достаточно разных задач в один нормативный акт «автоматически» влечет необходимость как минимум ежегодной его корректировки...»¹². Автор исходит из концепции детального определения всех мер государственного регулирования, включая и те, пределы которых определяются в законе о бюджете.

Однако целесообразным, по нашему мнению, является принятие комплексного закона о регулировании деятельности в сфере агропромышленного комплекса и определение в нем понятия агропромышленного комплекса, перечня видов государственной поддержки, форм и методов регулирования АПК, их основной концепции, но ни в коей мере не конкретных объемов поддержки и круга ее субъектов в тех случаях, когда такой круг не является константой. Данный закон составил бы базу законодательства о государственном регулировании аграрных отношений.

Например, одним из основных инструментов государственной поддержки субъектов агропромышленного комплекса еще со столыпинских времен является субсидирование государством определенной доли ставки рефинансирования по коммерческим кредитам. Условия предоставления этой меры поддержки ежегодно устанавливаются подзаконными актами, что существенно влияет как на эффективность этой меры, так и на возможность предприятий прогнозировать свою деятельность и оптимально распределять финансовые ресурсы. Проверка использования средств федерального бюджета, выделенных на осуществление государственной поддержки сельхозтоваропроизводителей и на субсидирование процентных ставок по привлеченным кредитам в российских кредитных организациях, Счетная палата Российской Федерации отмечала недостаточную эффективность этих мер именно по той причине, что правила ее оказания ежегодно меняются и доводятся до адресатов поддержки в апреле-мае, т.е. когда подготовка к севу основных сельскохозяйственных культур уже окончена¹³. В связи с этим полагаем, что большую

¹² Елисеев В.С. О концепции трехуровневого построения законодательства о государственном регулировании сельского хозяйства // Государственная власть и местное самоуправление. 2009. № 11. С. 40–43.

¹³ Отчет о результатах контрольного мероприятия «Проверка использования средств федерального бюджета, выделенных на осуществление государственной поддержки сельхозтоваропроизводителей и регулирование рынка сельскохозяйственной продукции (на субсидирование процентных ставок по привлеченным кредитам в российских кредитных организациях, компенсацию части затрат по страхованию, на проведение закупочных и товарных интервенций), а также субсидирование затрат на дизельное топливо, в Министерстве сельского хозяйства Российской Федерации, федеральном государственном унитарном предприятии «Федеральное агентство по регулированию продовольственного рынка», организациях, осуществляющих страхование и хранение запасов интервенционного фонда, открытом акционерном обществе «Россельхозбанк», иных организациях — получателях субсидий» // Бюллетень Счетной палаты Российской Феде-

эффективность реализации такой меры государственного регулирования АПК, как субсидирование кредитной ставки и субсидирование затрат на страхование сможет иметь, если в федеральном законе будут базово определены субъекты поддержки и основные условия ее предоставления, а на подзаконном уровне ежегодно будет устанавливаться конкретный размер субсидирования и дополнительные условия, которые не целесообразно вводить на постоянной основе.

Также представляется оправданным выделение из круга субъектов государственной поддержки тех, которым она оказывается в преимущественном порядке (крестьянско-фермерские хозяйства; хозяйства, функционирующие в зоне рискованного земледелия, на неорошаемых землях). Академик И.Г. Ушачев, в частности, выражает обоснованные сомнения в равной потребности крупных и мелких сельскохозяйственных организаций в мерах государственной поддержки¹⁴. Однако это предложение имеет смысл реализовать только при условии определения в новом комплексном законе минимального размера государственной поддержки всех субъектов АПК, устанавливаемого в процентном отношении к общей сумме доходов федерального бюджета. Конкретный размер общего объема ежегодной поддержки целесообразно устанавливать в законе о федеральном бюджете на соответствующий период.

Разумным направлением совершенствования аграрного законодательства России представляется предложенный российскими фермерами механизм размера привязки дотаций к одному гектару пашни и одной голове крупного рогатого скота. По мнению С.Л. Белякова, такая поддержка компенсировала бы отрицательную земельную ренту и обеспечила бы уровень расширенного воспроизводства для сельхозтоваропроизводителей среднего уровня всех форм собственности¹⁵. Погектарные субсидии пока предусмотрены только в проекте Государственной программы развития сельского хозяйства и регулирования рынков сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия на 2013–2020 гг., внесенном Правительством Российской Федерации на рассмотрение Государственной Думы Российской Федерации¹⁶.

Представляется возможным наметить вероятную структуру нового федерального закона о государственном регулировании деятельности агропромышленного комплекса. Полагаем, что в новом законе должны найти свое отражение цели и принципы государственного регулирования АПК; определение субъектов государственного регулирования с четким разделением их компетенции и объема полномочий; открытый, не исчерпывающий перечень организаций, индивидуальных предпринимателей и граждан, которые вправе рассчитывать на государственную поддержку, и перечень условий, при соблюдении которых она предоставляется; общий порядок предоставления мер поддержки по сферам АПК (производство сельскохозяйственных культур, растениеводство, животноводство; транспортировка,

рации. 2007. № 4 (112) // http://www.budgetrf.ru/Publications/Schpalata/2007/ACH200705251310/ACH200705251310_p_011.htm

¹⁴ См.: Социально-экономические проблемы развития малых форм хозяйствования на селе / И.Г. Ушачев, вице-президент Российской академии сельскохозяйственных наук, директор Всероссийского НИИ экономики сельского хозяйства, академик Россельхозакадемии.

¹⁵ См.: Совершенствование нормативно-правовой базы государственного регулирования малых форм хозяйствования на селе / С.Л. Беляков, председатель Ассоциации крестьянских хозяйств и сельхозкооперативов Вологодской области, лауреат национальной премии им. П.А. Столыпина «Аграрная элита России»: матер. Всероссийской науч.-практ. конференции, 17 декабря 2010 г. М., 2011.

¹⁶ <http://www.mcx.ru/documents/document/show/16834.342.htm>

реализация, хранение, упаковка продукции АПК и т.д.), меры по развитию сельских территорий; порядок оказания информационной, консультационной поддержки, поддержки инновационной деятельности и научных исследований, меры по стимулированию образования и труда работников сельского хозяйства.

Важным аспектом совершенствования аграрного законодательства представляются детализация и усиление положений об обеспечении устойчивого развития сельских территорий. Федеральное законодательство должно формироваться с ориентацией на повышение качества жизни сельского населения, повышение роста доходов лиц, занятых в сельском хозяйстве, создание материальной базы устойчивого развития сельских территорий и достойных условий жизни сельского населения через создание условий для развития растениеводства, животноводства, рыбного хозяйства, переработки сельскохозяйственного сырья и пищевой промышленности, обеспечения ветеринарно-санитарной и фитосанитарной безопасности, технической оснащенности и других сопутствующих сфер деятельности, развития социальной и инженерной инфраструктуры сельских территорий. По мнению Комитета Государственной Думы Российской Федерации по аграрным вопросам, действующий федеральный закон «О развитии сельского хозяйства» нуждается в коррекции и касательно уточнения устойчивого развития сельских территорий посредством выделения в самостоятельную статью вопросов устойчивого развития сельских территорий, четкого определения в ней понятий «сельские территории» и «устойчивое развитие сельских территорий», целей и задач государственной политики в сфере устойчивого развития сельских территорий¹⁷.

Представляется возможным в качестве недостатка закона «О развитии сельского хозяйства» отметить отсутствие в перечне целей государственной аграрной политики такой значимой, по нашему мнению, целевой категории, как обеспечение продовольственной безопасности Российской Федерации. Напомним, что федеральный закон от 14 июля 1997 г. «О государственном регулировании агропромышленного производства» в ст. 1 выделял в числе первоочередных задач государственного регулирования сельского хозяйства проблему продовольственной безопасности России.

Доктрина продовольственной безопасности¹⁸ как сосредоточение целевых ориентиров в качестве одной из основных задач определяет обеспечение продовольственной безопасности независимо от изменения внешних и внутренних условий, а также своевременное прогнозирование, выявление и предотвращение внутренних и внешних угроз продовольственной безопасности, что обуславливает необходимость развития этих положений в специальных законодательных актах.

Примечателен в качестве примера возможной реализации в российском законодательстве опыт Беларуси, где в качестве целей государственной аграрной политики установлены:

- создание для сельскохозяйственных товаропроизводителей паритетных с другими отраслями условий образования доходов и прибыли, поддержание эквивалентности товарообмена между сельским хозяйством и отраслями промышленности;

¹⁷ См.: Актуальные вопросы развития сельского хозяйства // Комитет Государственной Думы Российской Федерации по аграрным вопросам // <http://www.komitet2-20.km.duma.gov.ru/site.xp/050049124055048056.html>

¹⁸ Утверждена Указом Президента Российской Федерации от 30 января 2010 г. № 120 // <http://www.mcx.ru/ministry/department/show/74.htm>

- поддержание природного равновесия, адаптация сельскохозяйственного производства к условиям окружающей среды¹⁹.

Полагаем, что приведенные положения заслуживают имплементации в законодательство Российской Федерации, особенно с учетом совместного членства в Евразийском экономическом сообществе и Таможенном союзе.

Полагаем необходимым и четкое указание на равенство в обозначенных учебным аспектах, что заслуживает своего закрепления в данном законодательном акте. Данная точка зрения происходит из соответствующих рекомендаций научного сообщества: Г.Е. Быстров, например, в качестве принципов государственной аграрной политики выделяет:

- равную доступность и адресность государственной поддержки для всех сельскохозяйственных товаропроизводителей;
- равную доступность информации о рынках и о государственной аграрной политике для всех субъектов продовольственных рынков.

Новый закон должен стать основой для системного и единообразного нормативного правового регулирования в сфере агропромышленного комплекса в целом на федеральном уровне и на уровне субъектов федерации с учетом территориальных особенностей.

По нашему мнению, следует имплементировать в российское законодательство опыт Франции, в которой все физические и юридические лица, регулярно осуществляющие виды сельскохозяйственной деятельности, указанные в ст. L311-1 Кодекса сельского хозяйства и рыболовства, должны регистрироваться в сельскохозяйственном реестре, являющемся общедоступным и находящемся в ведении Сельскохозяйственной палаты²⁰. Перспективным представляется установление на федеральном уровне требования о ведении единого реестра субъектов агропромышленного комплекса. Такая норма в несколько ином виде уже действует в ряде субъектов федерации. Например, Закон Красноярского края от 1 декабря 2011 г. № 13-6670 «О дополнительных мерах государственной поддержки агропромышленного комплекса края» предусматривает ведение органом исполнительной власти, осуществляющим нормативное правовое регулирование, функции по оказанию государственных услуг, управлению и распоряжению государственной собственностью в сфере агропромышленного комплекса края, реестра вновь созданных производителей пищевых продуктов.

Институт государственного управления агропромышленным комплексом включает в себя основные направления государственного управления в данной сфере; установленную компетенцию государственных органов, уполномоченных на управление в сфере АПК; совокупность методов государственного регулирования в данной сфере общественных отношений; совершение юридически значимых действий (проведение государственной регистрации, осуществление властных распорядительных мероприятий, выдачу официальных разрешительных документов). Полагаем, что эффективность государственного управления во многом зависит от качества, непротиворечивости и актуальности закона, регулирующего соответствующую сферу управления. Как справедливо указывает Е.Л. Минина, определе-

¹⁹ См.: Гусаков В.Г. Экономика и организация сельского хозяйства в условиях становления рынка: научный поиск, проблемы, решения. Минск: Белорус. наука, 2008. С. 61.

²⁰ Там же. С. 143.

ние сельского хозяйства, перечень отраслей и видов деятельности, включаемых в сельское хозяйство, имеет значение прежде всего потому, что в большинстве стран эффективное развитие сельского хозяйства и устойчивое развитие сельских территорий имеют государственную значимость и нуждаются в мерах государственной поддержки²¹.

Одним из серьезных аргументов в пользу активной работы в направлении совершенствования аграрного законодательства России, в том числе и посредством принятия консолидированного законодательного акта о государственном регулировании АПК, является вступление России в ВТО, уже ставшее юридическим фактом с момента ратификации Государственной Думой Российской Федерации 13 июля 2012 г. Протокола о присоединении Российской Федерации к Марракешскому соглашению об учреждении Всемирной торговой организации (ВТО) от 15 апреля 1994 г.²²

26 июня 2012 г. на рассмотрение Государственной Думы Российской Федерации поступил пакет законопроектов, предусматривающих дополнительные меры налоговой и финансовой поддержки сельхозтоваропроизводителей Российской Федерации с целью минимизации негативных последствий вступления России в ВТО. В частности, предусматривается предоставление сельхозтоваропроизводителям субсидий из федерального бюджета для компенсации до 35% затрат на приобретение сельскохозяйственной техники и оборудования. Одним из включенных в пакет законопроектов предлагается исключить возможность продажи по частям имущества сельхозпредприятия, проходящего процедуру банкротства²³.

В связи с вступлением России в ВТО Правительством Российской Федерации предполагается подвергнуть коррективам и закон «О развитии сельского хозяйства», предусмотрев в нем возможность установления критериев неблагоприятных для сельхозпроизводства территорий, которые, по правилам ВТО, не могут включаться в расчет средств, подлежащих регулированию напрямую нормами и правилами ВТО²⁴. Данные предложения также преследуют цель ослабления возможного негативного влияния распространения на российских сельхозтоваропроизводителей требований Соглашения ВТО по сельскому хозяйству 1993 г., что является оправданным и своевременным.

Полагаем, что разработка и принятие комплексного федерального закона о государственном регулировании деятельности агропромышленного комплекса предоставят правоприменителям современный и модернизированный правовой инструментарий, который окажет хозяйствующим субъектам в сфере АПК необходимую поддержку в данный период, осложненный для отечественных субъектов агропромышленного комплекса усиливающейся конкуренцией и необходимостью реформирования своей деятельности в соответствии с требованиями ВТО.

²¹ См.: Аграрное законодательство зарубежных стран и России. С. 18.

²² <http://www.rbc.ru/rbcfreenews/20120710170755.shtml>

²³ См.: *Николай Панков*. На рассмотрение в Госдуму внесен пакет законопроектов, которые окажут поддержку АПК при вступлении России в ВТО // <http://www.komitet2-20.km.duma.gov.ru/site.xp/052057124056053056.html>

²⁴ См.: Сельскому хозяйству недород в помощь. Минсельхоз скроет господдержку от ВТО в скудных землях // Газета «Коммерсантъ». 2012. № 48 (4833) // <http://www.kommersant.ru/doc/1896629>

Т.А. Полякова

профессор кафедры информационного права, информатики и математики Российской академии правосудия при Верховном Суде и Высшем Арбитражном Суде Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации, доктор юридических наук

А.И. Химченко

научный сотрудник факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», соискатель кафедры информационного права, информатики и математики Российской правовой академии Минюста России

Актуальные организационно- правовые вопросы трансграничной передачи персональных данных

В статье исследуются правовые особенности трансграничной передачи персональных данных, в том числе связанные с реализацией положений конвенции Совета Европы № 108 о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных 1981 г. и Дополнительно-го протокола № 181 к конвенции, в законодательстве Российской Федерации, регулирующем трансграничную передачу персональных данных, роль Уполномоченного органа по защите прав субъектов персональных данных; выявляются проблемы, возникающие при трансграничной передаче данных.

Ключевые слова: трансграничная передача персональных данных, Конвенция Совета Европы № 108, Дополнительный протокол № 181 к конвенции, Уполномоченный орган по защите субъектов прав персональных данных, модернизация конвенции, общественные отношения в сфере использования персональных данных.

В настоящее время в связи со стремительным развитием Интернета и активным использованием информационно-коммуникационных технологий обмен информацией в мире стал более простым, быстрым и доступным. При этом неизбежно стали накапливаться колоссальные массивы информации, в том числе содержащие и персональные данные граждан. В первую очередь это связано с тем, что в условиях развития глобального информационного общества все активнее развивается практика предоставления государственных и муниципальных услуг гражданам в электронном виде.

Однако такая динамика роста потоков информации представляет собой угрозу информационной безопасности в связи с опасностью несоблюдения фундаментальных прав личности на неприкосновенность персональных данных, особенно при их трансграничной передаче. Вместе с тем эффективная защита персональных

данных имеет ключевое значение для развития демократического правового государства, а установление баланса соблюдения права на частную жизнь и свободного обмена информацией, в том числе и содержащей персональные данные, необходимо для реализации новых экономических возможностей и одновременно обеспечения безопасности и стабильности общества и государства.

Как показывает анализ, сегодня не во всех государствах уделяется необходимое внимание вопросам обеспечения безопасности персональных данных на своей территории, что, несомненно, влияет и на возникновение дополнительных барьеров при трансграничной передаче персональных данных. Это в свою очередь негативно влияет на интеграционные процессы в мировой экономике и отрицательно сказывается на развитии целых секторов экономики, таких как интернет-торговля, международные пассажирские перевозки, туристический и гостиничный бизнес и др.

Следует отметить, что сегодня законодательство о персональных данных наиболее развито в государствах Европейского союза. Общеизвестным является факт, что ключевое место занимает Конвенция Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных 1981 г. № 108 (далее — Конвенция № 108), действующая уже более 30 лет и ставшая определенным стандартом для 47 европейских государств.

Целью конвенции является защита данных физических лиц, заключающаяся в обеспечении на территории любого государства-участника уважения прав и основных свобод каждого человека независимо от его гражданства или места жительства и, в особенности, его права на неприкосновенность личной сферы в связи с автоматической обработкой касающихся его персональных данных, а также обеспечения свободного движения персональных данных между странами-участницами.

В преамбуле конвенции провозглашена необходимость совмещения таких фундаментальных ценностей, как уважение неприкосновенности личной сферы и свободного обмена информацией между народами.

Представляется, что положение о том, что трансграничные потоки данных между государствами-участниками конвенции не должны подвергаться какому бы то ни было особому контролю, должно рассматриваться в тесной взаимосвязи с положениями гл. II конвенции, определяющей необходимость исполнения всеми заинтересованными государствами основополагающих правил при обработке личных данных. В связи с этим представляется, что именно гл. II содержит основные положения конвенции, которые определяют основополагающие принципы защиты данных, и каждое государство-участник должно предпринять необходимые меры для имплементации их в национальное законодательство.

Трансграничная передача данных при международном обмене по своей сути является формой обработки персональных данных.

Вопросы передачи персональных данных через границы нашли отражение в ст. 12 конвенции, устанавливающей необходимость сочетания требований эффективной защиты данных с принципом свободного потока информации независимо от границ, закрепленным в ст. 10 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.¹ (далее — Европейская конвенция). В частности, в п. 1 ст. 12

¹ Конвенция о защите прав человека и основных свобод, измененная и дополненная Протоколом № 11 (Рим, 4 ноября 1950 г.) (с изм. от 21 сентября 1970 г., 20 декабря 1971 г., 1 января, 6 ноября 1990 г., 11 мая 1994 г.) (ETS № 005) // Сайт Совета Европы: <http://coe.ru/main/echr>

Конвенции № 108 указано, что положения статьи применимы только к трансграничным потокам данных. Следует отметить, что запрет создания препятствий трансграничному перемещению персональных данных между государствами-участниками Конвенции № 108, обусловленный целью защиты частной жизни, является основополагающим принципом, установленным п. 2 ст. 12 Конвенции № 108.

Как следует из Конвенции № 108, два или более государств могут заявить о ее применимости также к информации о юридических лицах в соответствии с выбором, предоставляемым им подп. «b» п. 2 ст. 3. В таком случае нормы ст. 12 и остальные положения Конвенции № 108 применяются к такой информации только между государствами, принявшими такое решение. Однако государство, исключившее из сферы применения Конвенции № 108 на основании подп. «a» п. 2 ст. 3 некоторые категории данных, фактически будет находиться в таком же положении, как и государство, не выразившее такого желания.

Кроме того, как уже отмечалось, ключевой принцип Конвенции № 108 (п. 2 ст. 12) состоит в недопущении создания препятствий в форме запретов или специальных разрешений на передачу данных между государствами-участниками конвенции. Данное положение объясняется тем, что все государства, принявшие на себя обязательства по защите персональных данных, изложенные в гл. II, должны предоставлять определенный, пусть даже минимальный, уровень защиты.

Однако данная норма не означает, что государства не могут принимать определенные меры для получения информации о потоках данных, проходящих через его территорию или территорию другого государства, например путем предоставления контролерами файлов данных соответствующих деклараций.

При этом положение Конвенции № 108 о том, что единственной ее целью является защита частной жизни, представляется важным уточнением, которое не позволяет государствам ссылаться на конвенцию для обоснования своего вмешательства в трансграничные потоки данных на основаниях, которые не имеют ничего общего с защитой частной жизни, например для установления скрытых торговых барьеров.

Вместе с тем п. 2 ст. 12 не лишает государства — участников конвенции возможности включать в свое национальное законодательство о защите персональных данных положения, которые в конкретных случаях не разрешают осуществлять передачу личных данных независимо от того, происходит ли она на территории этой стороны или является трансграничной.

Безусловно, одним из основополагающих является принцип взаимности (подп. «a» п. 3 ст. 12 Конвенции № 108), согласно которому трансграничная передача данных не может быть ограничена, если законодательство государства, на территорию которого передаются данные, предусматривает равноценную защиту данных. В случае если равноценная защита отсутствует, свобода передачи данных может быть ограничена исходя из специальных правил, установленных в государстве, из которого осуществляется передача данных, в отношении определенных категорий персональных данных или автоматизированных файлов данных. Также ограничения могут быть связаны с передачей персональных данных на территорию страны, не участвующую в конвенции, через территорию страны-участницы.

К категориям данных или файлов данных, упомянутых в подп. «a» п. 3 указанной статьи, могут относиться те, которые перечислены в ст. 6, а также и другие категории. Что касается данных, перечисленных в ст. 6 (расовая принадлежность,

политические взгляды), то государства могут объявить об отступлении от этих положений в соответствии с п. 3 ст. 12, если его конкретные меры по защите таких данных существенно отличаются от юридических норм других государств в отношении этих данных. В частности, если эти меры предусматривают более высокий уровень защиты в соответствии со ст. 11 и выходят за рамки минимальных норм, установленных в гл. II Конвенции № 108.

При этом, безусловно, оправданием для отступления от положений Конвенции № 108 являются случаи, когда категории данных, которые не упомянуты конкретно в ст. 6, являются предметом особых гарантий. Однако отступление не допускается, если получающая сторона обеспечивает такой же уровень защиты. Это означает, помимо прочего, что государство, которое устанавливает процедуру специальных разрешений в отношении трансграничных потоков данных, не может отказать в таком разрешении на основании защиты частной жизни, если сторона, получающая данные предоставляет такой же уровень защиты.

Подпункт «b» п. 3 ст. 12 касается передачи потоков данных в государство, не являющееся стороной Конвенции № 108, через территорию государства — участника Конвенции № 108. Очевидно, что формулировка данного подпункта указывает на то, что отступление может быть сделано только тогда, когда четко установлено, что передаваемые данные действительно лишь проходят через территорию другого государства. Следует отметить, что это правило не должно применяться только на основании простого предположения или ожидания, что данные, передаваемые другому государству — участнику Конвенции № 108, могут быть переданы государству, не являющемуся ее участником.

Дополнительным протоколом № 181 к Конвенции № 108² установлены основополагающие правила в отношении перемещения потоков данных личного характера получателям, находящимся вне юрисдикции государств-участников Конвенции № 108, т.е. в третьей страны.

В таком случае при передаче персональных данных последовательно применяется принцип взаимности, т.е. такая передача возможна при наличии аналогичного уровня защиты в стране, на территорию которой передаются данные. Исключения из принципа взаимности могут быть сделаны на основе законодательно закрепленных возможностей таких исключений, если этого требует интерес самого физического лица — субъекта персональных данных.

При этом исключение может применяться также в случае, если контролер данных (лицо, ответственное за передачу) предоставляет гарантии, которые, в частности, могут вытекать из договорных условий, и которые будут расценены компетентным органом как достаточные в соответствии с национальным правом.

Исследование вопросов, связанных с трансграничной передачей персональных данных, позволяет сделать вывод, что судебная практика пока только складывается и является немногочисленной. Так, в решении Суда Европейского союза³ указыва-

² Дополнительный протокол к Конвенции о защите частных лиц в отношении автоматизированной обработки данных личного характера, был открыт для подписания в Страсбурге 8 ноября 2001 г. и вступил в силу 1 июля 2004 г. Хранится в архиве Совета Европы // Сайт Совета Европы: <http://conventions.coe.int/Treaty/rus/Reports/Html/181.htm>

³ Решение Суда Европейского союза по делу C-101/01, опубликовано на официальном сайте Суда Европейского союза: www.curia.europa.eu/

ется, что использование Интернета подразумевает доступ к содержимому ресурса из любой страны, а с учетом того, что в сферу действия Директивы 95/46/ЕС⁴ не входит регулирование Интернета, то в случае появления на интернет-сайте информации, содержащей персональные данные, нельзя говорить о трансграничной передаче в третью страну в контексте директивы.

Для Российской Федерации, как и для других государств, вопрос трансграничной передачи данных является исключительно важным, что подтверждается развитием национального законодательства о персональных данных, а также сложившейся системой правового регулирования в ЕС, не допускавшей передачу персональных данных в страны, не обеспечивающие их адекватную защиту, в числе которых до определенного времени находилась и Россия ввиду отсутствия законодательства о персональных данных.

Следует признать, что данное обстоятельство существенно осложняло коммерческие, миграционные и иные международные связи между нашим государством и государствами, входящими в ЕС. Это явилось своеобразным катализатором для подписания 7 ноября 2001 г. от имени Российской Федерации Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных 1981 г. Следует отметить, что конвенция была ратифицирована Федеральным законом от 19 декабря 2005 г. № 160-ФЗ «О ратификации Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных». Дополнительный протокол к данной конвенции был подписан Российской Федерацией 13 марта 2006 г.

Принцип добросовестного соблюдения международных обязательств как один из общепризнанных принципов международного права требует приведения законодательства государства в соответствие с заключенными и введенными в действие международными договорами. В результате этого защита прав и свобод человека и гражданина при обработке его персональных данных впервые обрела в России правовые рамки с принятием Федерального закона от 27 июля 2006 г. № 152-ФЗ «О персональных данных» (в ред. от 25 июля 2011 г. № 261-ФЗ). Впоследствии в развитие этого федерального закона Правительством Российской Федерации был издан ряд подзаконных актов: от 6 июля 2008 г. № 512 «Об утверждении требований к материальным носителям биометрических персональных данных и технологиям хранения таких данных вне информационных систем персональных данных»⁵; от 15 сентября 2008 г. № 687 «Об утверждении Положения об особенностях обработки персональных данных, осуществляемой без использования средств автоматизации»⁶; от 4 марта 2010 г. № 125 «О перечне персональных данных, записываемых на электронные носители информации, содержащиеся в основных документах, удостоверяющих личность гражданина Российской Федерации, по которым граждане Российской Федерации осуществляют выезд из Российской Федерации и въезд в Российскую Федерацию»⁷; от 21 марта 2012 г. № 211 «Об утверж-

⁴ Директива 95/46/ЕС Европейского парламента и Совета (ЕС) от 24 октября 1995 г. «О защите физических лиц при обработке персональных данных и о свободном обращении таких данных», опубликовано в официальном журнале OJ L 281 от 24 ноября 1995 г.

⁵ www.rg.ru/2008/07/11/trebovaniya-dok.html

⁶ <http://www.rg.ru/2008/09/24/dannye-obrabotka-dok.html>

⁷ <http://www.rg.ru/2010/03/10/passport-dok.html>

дении перечня мер, направленных на обеспечение выполнения обязанностей, предусмотренных Федеральным законом «О персональных данных»⁸; от 1 ноября 2012 г. № 1119 «Об утверждении требований к защите персональных данных при их обработке в информационных системах персональных данных»⁹ др.

Однако до настоящего времени не принят закон, которым вносятся изменения в законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием федерального закона «О ратификации Конвенции совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных», хотя в первом чтении указанный проект был принят еще в октябре 2005 г.¹⁰ При этом следует отметить, что Министерством связи и массовых коммуникаций Российской Федерации подготовлен проект поправок Правительства Российской Федерации к законопроекту «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О ратификации Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных» и Федерального закона «О персональных данных»¹¹, которым предполагается внесение изменений в целый ряд законодательных актов.

Анализ законодательства Российской Федерации, касающегося правового регулирования работы с персональными данными показывает, что связанные с этим нормы содержатся более чем в 100 законодательных актах, и важным условием является внесение соответствующих изменений в национальное законодательство в целях имплементации положений конвенции в российское законодательство.

Следует отметить, что для российского законодательства понятие трансграничной передачи персональных данных является новым и было впервые введено ст. 11 Федерального закона от 25 июля 2011 г. № 261-ФЗ «О внесении изменений в Федеральный закон «О персональных данных», в соответствии с которой разрешается передача персональных данных в иностранные государства, являющиеся сторонами конвенции. В настоящее время к конвенции присоединились Австрия, Андорра, Бельгия, Болгария, Дания, Великобритания, Венгрия, Германия, Греция, Израиль, Ирландия, Исландия, Испания, Италия, Латвия, Литва, Лихтенштейн, Люксембург, Мальта, Нидерланды, Норвегия, Польша, Португалия, Румыния, Сербия, Словакия, Словения, Финляндия, Франция, Хорватия, Черногория, Чехия, Швейцария, Швеция, Эстония.

⁸ <http://www.rg.ru/2012/03/30/dannye-dok.html>

⁹ <http://www.rg.ru/2012/11/07/pers-dannye-dok.html>

¹⁰ Правительством Российской Федерации в 2005 г. был подготовлен пакет законопроектов, направленных на приведение российского законодательства в соответствие с конвенцией СЕ. Он включал, помимо собственно законопроекта о ратификации конвенции, проект закона и проект федерального закона «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О ратификации Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных» и Федерального закона «О персональных данных», предусматривалось внесение изменений в целый ряд федеральных законов, необходимых для приведения их в соответствие новому законодательству о персональных данных.

¹¹ В настоящий момент законопроект № 217355-4 «О внесении изменений в некоторые законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «О ратификации Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных» и Федерального закона «О персональных данных» находится на рассмотрении в Государственной Думе Российской Федерации.

Порядок передачи персональных данных в иностранные государства, не являющиеся сторонами Конвенции № 108, но обеспечивающие адекватную защиту прав субъектов персональных данных, определяется Уполномоченным органом по защите прав субъектов персональных данных, функции которого возложены на Федеральную службу по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций (Роскомнадзор). Согласно изменениям, внесенным в федеральный закон «О персональных данных» в июле 2011 г., Роскомнадзор наделен правом утверждать перечень таких государств¹².

В настоящее время, учитывая, что понятие трансграничной передачи персональных данных введено в законодательство Российской Федерации, как отмечалось, совсем недавно, судебная практика по этим вопросам только формируется.

Однако Уполномоченный орган по защите прав субъектов персональных данных в соответствии с его компетенцией осуществляет контроль за деятельностью операторов персональных данных. Всего за время деятельности Уполномоченного органа было проведено 5325 проверок операторов, осуществляющих обработку персональных данных, из них 1986 внеплановых. По результатам этих мероприятий было выявлено свыше 10 700 нарушений в области персональных данных, из них более 2200 по обращениям граждан, было выдано 5957 предписаний об устранении выявленных нарушений, составлено и направлено на рассмотрение в суды 12 637 протоколов об административных правонарушениях и наложено штрафов на общую сумму 19,6 млн руб.¹³

Как показывает анализ, наибольшее количество нарушений законодательства в области персональных данных, которые были выявлены в ходе проверок Роскомнадзора или при рассмотрении обращений граждан связано с: неприятием оператором мер, обеспечивающих сохранность персональных данных и исключающих несанкционированный к ним доступ; осуществлением обработки персональных данных без согласия субъектов; несоответствием сведений, указанных в уведомлении об обработке персональных данных, их фактической деятельности.

Одной из актуальных проблем защиты персональных данных при трансграничном обмене является определение подсудности дел, поскольку неурегулированность не позволяет рассматривать подобные дела в российских судах, по месту нахождения лиц, которым причинен вред нарушениями законодательства о персональных данных. Данный вопрос нуждается в научном исследовании и проработке предложений о внесении соответствующих изменений в процессуальное законодательство.

В деятельности уполномоченного органа возникает много вопросов, связанных с развитием международного сотрудничества, особенно, затрагивающих вопросы осуществления трансграничной передачи персональных данных. Также одним из вопросов является независимость уполномоченного органа. В соответствии с п. 5.1.1.4 Положения о Федеральной службе по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций, утвержденного постановлением Правительства Российской Федерации от 16 марта 2009 г. № 228 (в ред. от 26 октя-

¹² В настоящее время согласно информации, размещенной на официальном сайте Уполномоченного органа, перечень таких государств не утвержден.

¹³ Данные Федеральной службы по надзору в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций, официальный сайт: <http://www.rscoc.ru>

бря 2012 г. № 1100)¹⁴, на федеральную службу среди прочих возложены функции государственного контроля и надзора за соответствием обработки персональных данных требованиям законодательства Российской Федерации в области персональных данных. Осуществляя государственный контроль и надзор в данной сфере, уполномоченный орган выполняет следующие задачи: обеспечение контроля и надзора за соответствием обработки персональных данных требованиям российского законодательства в области персональных данных; ведение реестра операторов, осуществляющих обработку персональных данных, а также проверка сведений, содержащихся в уведомлении об обработке персональных данных; рассмотрение обращений субъектов персональных данных, а также принятие в пределах своих полномочий решений по результатам их рассмотрения; подготовка предложений по совершенствованию нормативного правового регулирования в области защиты прав субъектов персональных данных; организация международного сотрудничества по вопросам деятельности в области защиты прав субъектов персональных данных.

Решение поставленных задач возложено на структурное подразделение уполномоченного органа — Управление по защите прав субъектов персональных данных. Однако помимо указанных задач на Роскомнадзор возложены и другие функции по надзору в сфере связи и массовых коммуникаций.

С учетом специфики вопросов, направленных на защиту персональных данных и неприкосновенность частной жизни, требуются скоординированные действия и обеспечение оперативного международного взаимодействия между уполномоченными органами различных государств. Следует отметить, что с рядом государств Россией уже подписаны меморандумы о сотрудничестве в области защиты прав субъектов персональных данных (с Молдовой, Кыргызстаном, Арменией, Македонией). В стадии подписания находятся соглашения с Украиной, проведены консультации и достигнуты договоренности с Боснией и Герцеговиной, а также с Хорватией. Это позволит в дальнейшем существенно повысить эффективность защиты прав граждан, в том числе за пределами Российской Федерации.

Кроме того, представители России принимают активное участие в международных мероприятиях различного формата, в частности по проекту Соглашения между Россией и Евроюстом¹⁵, а также в переговорах по проекту Соглашения об оперативном сотрудничестве между Россией и Европоллом и т.д. Европейская практика по защите персональных данных показывает, что правила защиты указанных данных в Совете Европы достаточно успешно функционируют в течение продолжительного времени. Положения конвенции, не связанные с технологическими аспектами, защищают от вмешательства в частную жизнь со стороны публичных и частных органов, но сейчас они не отражают современного уровня правоотношений. Об этом свидетельствует состоявшееся с 27 по 30 ноября 2012 г. в Страсбурге 29-е пленарное заседание Комитета сторон Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных¹⁶, на котором обсуждались предложения государств-членов Совета Европы о внесении изменений в ряд ключевых положений конвенции. В частности, стоит отме-

¹⁴ СЗ РФ. 2009. № 12. Ст. 1431.

¹⁵ The European Union's Judicial Cooperation Unit, <http://www.eurojust.europa.eu/>

¹⁶ Итоговые документы 29-го пленарного заседания Консультативного комитета Конвенции Совета Европы по защите персональных данных см.: www.coe.int/dataprotection

тить предложенные положения ст. 12, предусматривающие возможность передачи персональных данных получателю, находящемуся в юрисдикции международной организации либо государства, которое не является участником конвенции и не обеспечивает надлежащего уровня защиты персональных данных в определенных случаях: субъект персональных данных дал свое согласие на передачу, после того как он был проинформирован обо всех рисках, возникающих в отсутствие соответствующих гарантий; того требуют интересы субъекта персональных данных в данном конкретном случае; передача осуществляется в законных общественных интересах и является необходимой мерой в демократическом обществе.

Также предлагается установить обязанность каждой стороны обеспечить информирование компетентного органа по надзору об условиях передачи данных и предусмотреть право требования контролирующим органом от лица, осуществляющего передачу или прием персональных данных, подтверждения эффективности и качества принимаемых мер.

Большое внимание уделяется предложениям по принципам функционирования, правам и обязанностям указанных надзорных органов, ответственных за соблюдение принципов конвенции в национальном правовом поле государств-участников, поскольку Конвенция № 108 была принята уже более 30 лет назад, а информационные технологии, используемые для передачи персональных данных, активно развиваются, меняются современные вызовы и угрозы, обусловленные расширяющимися возможностями использования огромных массивов специфических персональных данных и т.д.

Так, в апреле 2012 г. в Париже состоялось 27-е заседание бюро Консультативного комитета Конвенции Совета Европы о защите физических лиц при автоматизированной обработке персональных данных, в ходе которого обсуждались ранее подготовленные участниками и обобщенные секретариатом предложения по модернизации указанной конвенции.

Такая работа, связанная с модернизацией Конвенции № 108, предполагает отражение в ее тексте современного уровня состояния общественных отношений в сфере использования персональных данных, вызовов и угроз, обусловленных постоянно расширяющимися возможностями обработки огромного массива персональных данных большого числа субъектов, возможностями использования специфических персональных данных, полученных путем их автоматизированной обработки, в том числе результаты социологических исследований поведения индивида, его ценностные установки, политические, потребительские и иные предпочтения. Следует отметить общую концептуальную направленность работы по модернизации данной конвенции на унификацию ее положений с правилами, действующими в настоящее время в Европейском союзе.

Важно отметить, что активно высказываются предположения о включении в текст конвенции положений Дополнительного протокола от 8 ноября 2001 г. ETS № 181, регулирующих вопросы трансграничной передачи данных. Однако действующая редакция ст. 2 Дополнительного протокола ограничивает передачу персональных данных на территорию государства, не являющегося стороной конвенции, случаями, когда государством или получателем обеспечивается адекватная защита данных, либо предусмотренными национальным правом случаями передачи для целей реализации определенных частных или государственных интересов.

Представляется, что предлагаемая к включению в модернизированный текст Конвенции № 108 норма затрагивает отношения, связанные не только с передачей данных в государства, не являющиеся сторонами конвенции, но и с обменом данными между сторонами конвенции. Как и в существующей редакции ст. 12 конвенции, провозглашается обеспечение свободного потока данных.

Требования обеспечения адекватной защиты данных распространяется на любых получателей. При этом предполагается, что адекватный уровень защиты, вызывающий постоянные дискуссии, может быть обеспечен путем имплементации положений конвенции в национальное право и осуществления их эффективного применения на практике.

Однако остаются открытыми актуальные вопросы о соразмерном усилении ответственности за нарушения в сфере обработки персональных данных и за причинение вреда субъектам персональных данных. Необходимо также определить вид юридической ответственности, описать диспозицию деяния, влекущего ответственность и установление санкции.

В отношении получателей, находящихся под юрисдикцией государств — сторон Конвенции № 108, закрепляется презумпция, что их национальное законодательство обеспечивает адекватный уровень защиты. Однако из указанной презумпции могут быть сделаны исключения, если сторона конвенции не имплементировала отдельные или все положения, гарантирующие права или устанавливающие обязанности в соответствии с конвенцией. К сожалению, по различным причинам такая ситуация, в частности, сложилась в Российской Федерации. В этих случаях предусмотрен механизм обращения стороны, передающей данные, в Консультативный комитет для оценки того, является ли обеспечиваемый уровень адекватным.

Таким образом, рассматриваемая норма не исключает возможности прочтения, порождающей дискриминацию тех или иных сторон конвенции, например, на том основании, что одна из сторон конвенции (передающая сторона) является членом Совета Европы, а другая (принимающая) не является.

Представляется также целесообразным уточнить порядок обмена данными в тех случаях, когда одна из сторон конвенции обеспечивает более высокий уровень защиты, чем другая сторона конвенции, однако при этом обе стороны осуществляют необходимую имплементацию положений Конвенции № 108.

Увеличение потока данных через национальные границы является следствием постоянно растущего объема международных обменов в глобальных масштабах, что сопровождается технологическим прогрессом во многих областях. Необходимо постоянно совершенствовать эффективную защиту прав, гарантируемых Конвенцией № 108 с учетом постоянно растущих технологических угроз. Эффективная защита в свою очередь требует гармонизации не только основных принципов защиты данных, но и в определенной степени средств их применения в столь быстро меняющейся и высоко технологической области, а также тех условий, когда личные данные передаются через национальные границы.

Рассмотренные правовые аспекты проблемы защиты персональных данных при трансграничном обмене в настоящее время приобретают особую актуальность в связи с развитием процессов глобализации, построением информационного общества и необходимостью обеспечения национальных интересов Российской Федерации в информационной сфере.

Е.С. Батусова

аспирантка кафедры
трудового права
Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»

Трудовой договор с руководителем организации

Статья посвящена вопросам правового регулирования труда руководителя организации. В основе трудовых отношений руководителя лежит сложный юридический состав, возникновению отношений (заключению трудового договора) предшествует избрание или назначение руководителя на должность. Особенности его правового статуса обусловлены спецификой выполняемой им трудовой функции, которая предполагает одновременное совмещение профессиональных знаний и умений и качеств грамотного менеджера. В статье рассматриваются вопросы испытания при приеме руководителя на работу, оплаты его труда, отстранения от исполнения должностных обязанностей, прекращения трудового договора и другие аспекты.

Ключевые слова: трудовой договор с руководителем организации, срок трудового договора, испытание при приеме на работу, оплата труда руководителя, отстранение руководителя от работы, прекращение трудового договора с руководителем.

В настоящее время особое внимание уделяется необходимости повышения производительности труда для обеспечения эффективного развития экономики России и укрепления ее позиций на международном рынке труда. Повышение производительности труда невозможно без внедрения новых методов хозяйствования, что в свою очередь определяет необходимость качественного управления хозяйственными процессами в организациях государственного и негосударственного секторов экономики. Поиск эффективных способов управления возлагается на руководителя организации, чья деятельность невозможна без создания необходимых условий для его работы и наделения его значительным объемом полномочий для оперативного управления организацией. Немаловажно также и то, что «от коммуникабельности и связей руководителя во многом зависит деловая репутация как самого руководителя, так и всей компании»¹.

Оптимизация и модернизация правового регулирования труда руководителя организации требуют рассмотрения соответствующих вопросов в историческом аспекте.

Специфика трудовой функции руководителя организации в России формировалась постепенно. Наиболее целесообразно выделять периоды развития правового статуса руководителя, начиная с зарождения промышленного производства в Российской империи, когда можно говорить о появлении такой фигуры, как ру-

¹ Дулясова М.В., Исламгалиева Е.Р. Оценка деловой репутации топ-менеджеров на примере европейских стран // Труд за рубежом. 2007. № 1. С. 65.

ководитель. Ввиду этого представляется возможным выделить несколько этапов правового регулирования труда руководителя организации, каждый из которых обладает определенной, присущей только ему спецификой: 1) имперский (до 1917 г.); 2) советский (1917–1989 гг.); 3) современный (с 1990 г. по настоящее время).

Наиболее значимым актом первого этапа правового регулирования труда руководителей организации можно считать Устав о промышленности фабричной и заводской, который использует такие понятия, как содержатель (ст. 100), хозяин (ст. 103), хозяин фабрики (ст. 104), владелец (ст. 111), управляющий заведением (ст. 111), заводчик, фабрикант, мануфактурист (ст. 115)². По нашему мнению, понятия «хозяин», «содержатель», «владелец», «заводчик», «фабрикант» относятся к собственнику предприятия, а «управляющий заведением» являлся в современном понимании руководителем по найму (наемным работником).

Советский период характеризовался кардинальным, революционным пересмотром содержания правового статуса руководителя организации, что объяснялось отменой права частной собственности на средства производства. КЗоТ РСФСР 1918 г. закреплял трудовую повинность для всех категорий трудящихся. Норм о трудовом договоре он не содержал, но присутствовали отдельные нормы, регулирующие труд руководителя. Согласно ст. 125 наблюдение за исполнением правил внутреннего распорядка возлагалось на ответственных руководителей советских учреждений. Правила о выдаче пособий трудящимся во время болезни (приложение к ст. 78 КЗоТ РСФСР 1918 г.) устанавливали, что в случае просрочки платежа взносов по вине ответственных руководителей просрочившего взносы предприятия пеня взыскивается из их личных средств³.

Постепенно руководитель выделился как специальный субъект трудового права, расширился перечень его прав и обязанностей. В частности, ст. 31 Декрета ВЦИК, СНК РСФСР от 10 апреля 1923 г. «О государственных промышленных предприятиях, действующих на началах коммерческого расчета (трестах)» установила дисциплинарную, уголовную и гражданскую ответственность за целостность вверенного имущества и за хозяйственное ведение дела. КЗоТ РСФСР 1971 г. закреплял отдельные нормы о труде руководителя. В частности, в соответствии со ст. 35 (в ред. 1971 г.) расторжение трудового договора по инициативе администрации не допускалось без согласия местного комитета профессионального союза⁴. В редакции от 1992 г. в рассматриваемой статье уже была предусмотрена возможность «увольнения руководителя предприятия, учреждения, организации... руководящих работников, избираемых, утверждаемых или назначаемых на должность органами государственной власти и управления, а также общественными организациями и другими объединениями граждан»⁵ без учета мнения выборного профсоюзного органа.

² Свод законов Российской империи, повелением государя императора Николая I составленный. Издание 1857 года. Том 11 часть II. [Электронный ресурс] // URL: www.runivers.ru/bookreader/book388215 (дата обращения: 14 августа 2012 г.).

³ Кодекс законов о труде РСФСР 1918 г., принят ВЦИК // СУ РСФСР. 1918. № 87–88. Ст. 905.

⁴ Кодекс законов о труде РСФСР 1971 г. // URL: <http://www.zaki.ru/pagesnew.php?id=1889&page=7> (дата обращения: 23 сентября 2012 г.).

⁵ Кодекс законов о труде РСФСР 1971 г. (в ред. Закона РФ от 25 сентября 1992 г. № 3543-1) // СПС «КонсультантПлюс».

Статья 81 КЗоТ РСФСР 1971 г. не содержала норм об оплате труда руководителя. Редакция 1992 г. установила, что оплата труда руководителей производится, как правило, на основе должностных окладов, которые устанавливаются администрацией предприятия. Данная норма распространялась на специалистов и служащих.

Закон СССР от 30 июня 1987 г. № 7285–XI «О государственном предприятии (объединении)» в ст. 6 закрепил следующие полномочия руководителя: «руководит всей деятельностью и организует работу предприятия... несет ответственность за результаты работы предприятия перед государством и трудовым коллективом... Руководитель распоряжается имуществом предприятия, заключает договоры, выдает доверенности, открывает в банках расчетные... счета предприятия. В пределах компетенции предприятия его руководитель издает приказы и дает указания, обязательные для всех работников предприятия». В соответствии с ч. 3 данной статьи руководитель избирался общим собранием (конференцией) трудового коллектива тайным или открытым голосованием (по усмотрению собрания или конференции) сроком на пять лет и утверждался вышестоящим органом.

Статья 14 Закона СССР от 26 мая 1988 г. № 8998–XI «О кооперации в СССР» устанавливала, что высшим органом управления кооператива является общее собрание, которое для руководства текущими делами избирает председателя, а в крупных кооперативах также правление⁶. В соответствии с законом руководство текущими делами осуществляли правление кооператива или председатель кооператива, если в нем не было правления. Председатель кооператива являлся председателем правления. В его обязанности входило обеспечение выполнения решений общего собрания и правления, представление кооператива в отношениях с государственными органами, предприятиями и другими партнерами, заключение договоров и совершение иных действий.

Так постепенно формировался современный подход к правовому регулированию труда руководителя.

Третий период в развитии правового регулирования связан с созданием и функционированием рыночной экономики. Закон РСФСР от 25 декабря 1990 г. № 445–I «О предприятиях и предпринимательской деятельности» содержал отдельные нормы о регулировании труда руководителя организации. В частности, ч. 4 ст. 31 закрепляла, что руководитель предприятия может быть освобожден от занимаемой должности до истечения срока договора (контракта) по основаниям, предусмотренным договором или законодательством РСФСР. В соответствии с ч. 3 ст. 32 трудовой коллектив государственного или муниципального предприятия, а также предприятия, в имуществе которого вклад государства или местного совета составляет более 50%, совместно с учредителем предприятия определяет условия контракта при найме руководителя.

Впоследствии роль трудового коллектива в определении условий труда руководителя снизилась, а трудовая функция руководителя организации с развитием рыночной экономики стала приобретать современные характеристики.

В настоящее время особенности правового регулирования труда руководителя организации установлены гл. 43 Трудового кодекса Российской Федерации (далее — ТК РФ), Гражданским кодексом Российской Федерации (далее — ГК РФ),

⁶ Закон СССР от 26 мая 1988 г. № 8998–XI «О кооперации в СССР» // URL: <http://arhiv.inpravo.ru/texts5/document5250/index.htm> (дата обращения: 21 сентября 2012 г.).

Федеральным законом от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах», Федеральным законом от 8 декабря 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью», Федеральным законом от 19 июля 1998 г. № 115-ФЗ «Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)», Федеральным законом от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» и др.

Действующее законодательство предусматривает ряд особенностей правового статуса руководителей. Прежде всего необходимо проанализировать понятие «руководитель организации».

В трудовом законодательстве используется понятие «руководитель организации», в гражданском законодательстве — «единоличный исполнительный орган»⁷, «единоличный исполнительный орган общества (директор, генеральный директор)»⁸, «единоличный исполнительный орган общества (генеральный директор, президент и др.)»⁹, «генеральный директор народного предприятия, являющийся единоличным исполнительным органом»¹⁰, «руководитель унитарного предприятия (директор, генеральный директор) — единоличный исполнительный орган унитарного предприятия»¹¹, «председатель совета потребительского общества»¹², «председатель кооператива»¹³, «единоличный исполнительный орган некоммерческой организации»¹⁴, «единоличный исполнительный орган кредитно-кооператива»¹⁵.

ТК РФ определил трудовое понятие руководителя организации и правовое положение лица, являющегося единоличным исполнительным органом юридического лица. Необходимо отметить, что в ТК РФ под руководителем организации понимается физическое лицо, которое осуществляет руководство этой организацией, в том числе выполняет функции ее единоличного исполнительного

⁷ Ст. 91, 103 ГК РФ от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301 (в ред. от 30 декабря 2012 г. № 302-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

⁸ Ст. 69 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1; ст. 1 (в ред. от 18 июля 2009 г. № 181-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

⁹ Ст. 40 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7; ст. 785 (в ред. от 29 декабря 2012 г. № 282-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁰ Ст. 13 Федерального закона от 19 июля 1998 г. № 115-ФЗ «Об особенностях правового положения акционерных обществ работников (народных предприятий)» // СЗ РФ. 1998. № 30; ст. 3611 (в ред. от 21 марта 2002 г. № 31-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

¹¹ Ст. 21 Федерального закона от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» // СЗ РФ. 2002. № 48; ст. 4746. (в ред. от 3 декабря 2012 г. № 240-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

¹² Ст. 6, 16 Закона РФ от 19 июня 1992 г. № 3085-1 «О потребительской кооперации (потребительских обществах, их союзах) в Российской Федерации» // Российская газета. № 139. 19 июня 1992 г. (в ред. от 23 апреля 2012 г. № 37-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

¹³ Ст. 19 Федерального закона от 8 декабря 1995 г. № 193-ФЗ «О сельскохозяйственной кооперации» // СЗ РФ. 1995. № 50; ст. 4870 (в ред. от 3 декабря 2011 г. № 383-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁴ Ст. 30 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» // СЗ РФ. 1996. № 3; ст. 145 (в ред. от 16 октября 2012 г. № 174-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

¹⁵ Ст. 15 Федерального закона от 18 июля 2009 г. № 190-ФЗ «О кредитной кооперации» // СЗ РФ. 2009. № 29; ст. 3627 (в ред. от 30 ноября 2011 г. № 362-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

органа. Его деятельность регулируется ТК РФ и другими нормативными правовыми актами, учредительными документами юридического лица и локальными нормативными актами.

Трудовой кодекс выделяет два критерия, характеризующие правовое положение руководителя организации, а именно: во-первых, он определяет, что руководитель организации является работником, состоящим в трудовых отношениях, выполняющим в соответствии с заключенным с ним трудовым договором особую трудовую функцию; во-вторых, законодатель характеризует трудовую функцию руководителя организации. Таким образом, в соответствии с ТК РФ она включает в себя реализацию компетенции юридического лица в гражданском обороте, т.е. при исполнении своих трудовых обязанностей руководитель организации осуществляет деятельность, которая регулируется нормами не только трудового, но и гражданского права¹⁶.

Специфика прав и обязанностей руководителя организации закрепляется в соответствующих законах о юридических лицах различных организационно-правовых форм и форм собственности. В частности, согласно ст. 69 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» действие законодательства Российской Федерации о труде распространяется на отношения между акционерным обществом и единоличным исполнительным органом общества (директором, генеральным директором) и (или) членами коллегиального исполнительного органа общества (правления, дирекции) в части, которая не противоречит требованиям данного федерального закона.

Таким образом, правовое положение руководителя организации имеет двойственную природу; руководитель организации является наемным работником в организации и одновременно представляет юридическое лицо в качестве единоличного исполнительного органа.

Для возникновения трудовых отношений с руководителем не всегда достаточно заключения трудового договора. Необходимы и другие юридические факты, которыми могут быть избрание, назначение на должность и др. Согласно ст. 275 ТК РФ заключению трудового договора с руководителем организации могут предшествовать следующие процедуры: проведение конкурса, избрание или назначение на должность, другие процедуры.

В частности, норма федерального закона «Об акционерных обществах» (в ред. от 28 июля 2012 г.) закрепляет избрание единоличного исполнительного органа общества общим собранием акционеров, если решение этого вопроса не отнесено к компетенции совета директоров. Согласно ст. 40 федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» единоличный исполнительный орган общества с ограниченной ответственностью избирается общим собранием участников общества, если решение этого вопроса не относится к компетенции совета директоров. Акт избрания является юридическим фактом, затем с избранным на должность руководителя организации лицом заключается трудовой договор.

Трудовые отношения возникают на основании трудового договора в результате назначения на должность или утверждения в должности в случаях, предусмотренных трудовым законодательством и иными нормативными правовыми актами,

¹⁶ См.: Комментарий к Трудовому кодексу Российской Федерации. 5-е изд., исправл., доп. и перераб. / отв. ред. проф. Ю.П. Орловский. М., 2009. С. 915.

содержащими нормы трудового права, или уставом (положением) организации. В соответствии с федеральным законом «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» руководитель унитарного предприятия назначается собственником унитарного предприятия¹⁷. Назначение руководителей унитарных предприятий осуществляется на конкурсной основе, за исключением предприятий, включенных в перечень федеральных предприятий, в отношении которых установлен специальный порядок принятия федеральными органами исполнительной власти решений по отдельным вопросам деятельности этих предприятий¹⁸. Таким образом, основанием возникновения трудового правоотношения с руководителем хозяйственного общества является акт избрания в форме решения общего собрания акционеров или участников общества об избрании руководителя (если решение об избрании руководителя относится к компетенции общего собрания акционеров или участников) и трудовой договор; с руководителем унитарного предприятия — акт избрания по конкурсу в форме решения конкурсной комиссии и трудовой договор.

Согласно ч. 3 ст. 16 ТК РФ трудовые отношения между работником и работодателем возникают также на основании фактического допущения работника к работе с ведома или по поручению работодателя или его представителя, если трудовой договор не был надлежащим образом оформлен. В случае фактического допущения работника к управлению организацией трудовой договор с ним должен быть заключен не позднее трех дней со дня допущения.

Если в компетенцию председателя совета директоров входит решение о допуске к работе руководителя, то фактическое начало работы может рассматриваться как основание возникновения трудового отношения. В случае превышения полномочий председателем совета директоров допущение лица к исполнению обязанностей по управлению организацией без решения акционеров или участников не является законным. После допуска к работе не гарантировано избрание данного лица на общем собрании участников или акционеров, советом директоров.

В данном случае может иметь место злоупотребление правом со стороны председателя совета директоров хозяйственного общества. Рассматриваемая ситуация способна привести к трудовому спору.

Положения гл. 43 ТК РФ распространяются на руководителей организаций независимо от их организационно-правовых форм и форм собственности, за исключением тех случаев, когда руководитель организации является единственным участником (учредителем), членом организации, собственником ее имущества; управление организацией осуществляется по договору с другой организацией (управляющей организацией) или индивидуальным предпринимателем (управляющим), так как они не являются наемными работниками.

Трудовые отношения со всеми работниками оформляются трудовым договором, соответственно, трудовой договор оформляется и с руководителем организации. Ст. 274 ТК РФ подчеркивает необходимость заключения с руководителем

¹⁷ Ч. 1 ст. 21 Федерального закона от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» // СЗ РФ. 2002. № 48. Ст. 4746.

¹⁸ П. 3 постановления Правительства Российской Федерации от 16 марта 2000 г. № 234 «О порядке заключения трудовых договоров и аттестации руководителей федеральных государственных унитарных предприятий» // СЗ РФ. 2000. № 13; ст. 1374 (ред. от 20 июня 2011 г.).

организации трудового договора. Та же статья отсылает нас к другим нормативным правовым актам, устанавливающим правовой статус руководителя.

Если анализировать нормы гражданского законодательства, то, в частности, в ст. 40 федерального закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» закрепляется положение о договоре между обществом и лицом, осуществляющим функции единоличного исполнительного органа общества. В ст. 22 Федерального закона от 18 июля 2009 г. № 190-ФЗ «О кредитной кооперации» также указывается, что между кредитным кооперативом и лицом, осуществляющим функции единоличного исполнительного органа кредитного кооператива, заключается договор. При этом не конкретизируется его отраслевая принадлежность.

В Российской Федерации неопределенность в отраслевой природе правового положения руководителя организации выявилась на уровне нормативных правовых актов в начале 1990-х годов. Например, Указ Президента Российской Федерации от 10 июня 1994 г. № 1200 «О некоторых мерах по обеспечению государственного управления экономикой» устанавливал, что отношения Правительства Российской Федерации или уполномоченных им федеральных органов исполнительной власти с руководителями федеральных государственных предприятий регулируются на основании контрактов, заключаемых в соответствии с гражданским законодательством. Представляется, что таким образом была признана гражданско-правовая природа договоров с руководителями федеральных государственных предприятий. Указ Президента Российской Федерации от 5 октября 2002 г. № 1129 внес изменения в действовавшую редакцию и установил, что отношения Правительства Российской Федерации или уполномоченных им федеральных органов исполнительной власти с руководителями федеральных государственных предприятий регулируются на основании трудовых договоров. Была зафиксирована необходимость заключения с руководителями федеральных государственных предприятий трудового договора.

В юридической литературе высказаны различные мнения о гражданско-правовой природе договора, заключаемого с генеральным директором¹⁹. Существует точка зрения, что договор с руководителем организации является комплексным (межотраслевым) договором²⁰. Е.М. Аكوпова и Д.Р. Акопов полагают, что договор, заключаемый с директором (руководителем, менеджером), может быть как предпринимательским (гражданско-правовым), так и традиционным трудовым договором²¹. К.Н. Гусов, Е.П. Циндяйкина и И.С. Цыпкина считают, что с руководителем организации во всех случаях должен заключаться трудовой договор²², кроме случаев, оговоренных в ТК РФ.

Специфическое положение руководителя определяет особенности его правового статуса: во-первых, он на основании устава организации представляет ее интересы в отношениях с партнерами; во-вторых, он является уполномоченным

¹⁹ См.: *Тычинская Е.В.* Договор о реализации функций единоличного исполнительного органа хозяйственного общества / под ред. Михневой Л.Ю. М., 2012 // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ См.: *Долинская В.В.* Акционерное право: основные положения и тенденции. М., 2006 // СПС «КонсультантПлюс».

²¹ См.: *Акопова Е.М., Акопов Д.Р.* Особенности правового регулирования труда руководителей государственных унитарных предприятий // Государство и право. 1997. № 6. С. 57.

²² См.: *Гусов К.Н., Циндяйкина Е.П., Цыпкина И.С.* Особенности трудового договора с отдельными категориями работников: науч.-практ. пособие. М., 2011. С. 24.

представителем работодателя в отношениях с работниками организации, обладает правами и обязанностями работодателя в трудовых и непосредственно связанных с трудовыми отношениями; в-третьих, руководитель сам является наемным работником. Как наемный работник, руководитель выступает экономически более слабой стороной по сравнению с собственником.

Индивидуальные условия гражданско-правового договора, заключенного с руководителем организации, могут быть экономически более выгодными для него. Однако в этом случае он, как работник, лишен социальных гарантий, предоставляемых трудовым законодательством (в частности, права на отпуск, права на оплату временной нетрудоспособности), что ухудшает его положение.

По нашему мнению, договор с руководителем организации является трудовым, в нем могут быть установлены дополнительные условия об уточнении прав и обязанностей руководителя в соответствии со спецификой его функций как представителя организации в гражданском обороте.

В законодательстве не решен вопрос, какой именно орган акционерного общества или общества с ограниченной ответственностью определяет условия договора с лицом, претендующим на выполнение функции единоличного исполнительного органа. В законах определено только лицо, которое непосредственно заключает данный договор: договор от имени общества подписывается председателем совета директоров (наблюдательного совета) общества или лицом, уполномоченным советом директоров (наблюдательным советом) общества²³, от общества с ограниченной ответственностью — председательствовавшим на общем собрании участников общества, на котором избрано лицо, осуществляющее функции единоличного исполнительного органа, или участником общества, уполномоченным решением общего собрания, либо, если решение этих вопросов отнесено к компетенции совета директоров (наблюдательного совета), председателем совета директоров (наблюдательного совета) общества или лицом, уполномоченным решением совета директоров (наблюдательного совета)²⁴. Законодатель предлагает обществам решать данный вопрос самостоятельно. Целесообразно предусмотреть его решение в уставе для предотвращения возможных трудовых споров по процедуре заключения трудового договора.

Предлагается законодательно установить необходимость закрепления в уставных документах организации органа, определяющего условия трудового договора с руководителем. Прозрачная процедура разработки трудового договора важна для эффективной работы организации, для недопущения конфликтов между собственниками общества и единоличным исполнительным органом, связанных с процедурными вопросами. Например, это может быть отнесено к компетенции совета директоров. Также один из вариантов решения — закреплять в уставе обязанность общего собрания утверждать или одобрять на общем собрании акционеров или участников организации условия трудового договора с руководителем организации.

При анализе особенностей, связанных с заключением трудового договора, необходимо уделить внимание процедуре ознакомления потенциального руководителя

²³ Абз. 2 ч. 3 ст. 69 Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» (в ред. от 18 июля 2009 г. № 181-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

²⁴ Ст. 40 Федерального закона от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» (в ред. от 29 декабря 2012 г. № 282-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

с проектом трудового договора. До процедуры избрания проводятся консультации с лицами, претендующими на должность руководителя. На этом этапе потенциальные кандидаты обсуждают условия своей работы, тогда и должны быть определены условия договора с будущим руководителем организации. Ознакомление с проектом трудового контракта должно проводиться до начала процедуры выдвижения кандидатуры на должность руководителя и процедуры его избрания. Посредством этого собственники или участники общества смогут избежать ситуации, когда уже избранный руководитель организации не согласен с предлагаемыми обществом условиями. Одновременно будет отражено и добровольное согласие претендента с условиями трудового договора.

Б.Р. Корабельников предлагает, что такой договор следует подписать в ходе заседания немедленно после утверждения кандидатуры или даже до такого утверждения. В последнем случае в договор нужно внести положение, в соответствии с которым он вступит в силу при условии последующего одобрения кандидатуры данного руководителя на пост единоличного исполнительного органа общества²⁵.

В целях профилактики трудовых споров, связанных с заключением трудового договора с руководителем организации, полагаем возможным выделить несколько стадий процедуры оформления данных трудовых отношений.

1. Утверждение или одобрение проекта договора с руководителем организации.
 2. Обращение с запросом о наличии дисквалификации физического лица в орган, который регистрирует таких лиц.
 3. Ознакомление потенциального руководителя с утвержденным проектом договора.
 4. Принятие решения собственником об избрании или назначении руководителя организации и оформление этого решения.
 5. Предоставление лицом документов, предъявляемых при заключении трудового договора.
 6. Ознакомление руководителя с правилами внутреннего трудового распорядка, иными локальными нормативными актами, непосредственно связанными с трудовой деятельностью руководителя, коллективным договором.
 7. Заключение трудового договора и издание приказа о приеме на работу.
- Все указанные действия должны осуществляться уполномоченными органами и лицами в рамках своей компетенции в соответствии с требованиями нормативных правовых актов и уставных документов.

Руководители являются категорией работников, с которыми в соответствии с ч. 2 ст. 59 ТК РФ может быть по соглашению сторон заключен срочный трудовой договор. В современных условиях срочные трудовые договоры с руководителями организаций представляют собой более распространенную практику, чем договоры на неопределенный срок. Пленум Верховного Суда Российской Федерации в п. 13 Постановления от 17 марта 2004 г. № 2 «О применении судами Российской Федерации Трудового кодекса Российской Федерации» дал разъяснение, что в случаях, предусмотренных ч. 2 ст. 59 ТК РФ, срочный трудовой договор может заключаться без учета характера предстоящей работы и условий ее выполнения. Необходимо отметить, что такой договор может быть признан правомерным, если присутствует

²⁵ См.: Корабельников Б.Р. Трудовые отношения в хозяйственных обществах. М., 2003. С. 24.

соглашение сторон, т.е. если он был заключен на основе добровольного согласия и работника, и работодателя. Верховный суд обращает внимание судов на то, что, если судом при разрешении спора о правомерности заключения срочного трудового договора будет установлено, что он заключен работником вынужденно, суд применяет правила договора, заключенного на неопределенный срок. Вероятность недобровольного заключения срочного трудового договора с руководителем организации представляется маловероятной. Ознакомление претендента на должность с проектом срочного трудового договора, представляется, поможет избежать обвинений в недобровольности его заключения.

Одним из вопросов регулирования срочных трудовых договоров является отсутствие четкого указания законодателя по вопросу о сроке трудового договора. Имеется лишь общее положение, что срок такого трудового договора определяется учредительными документами или соглашением сторон. В частности, закон «Об акционерных обществах» не устанавливает, как регулируется вопрос о сроке полномочий руководителя. Данный закон в подп. 8 п. 1 ст. 48 закрепляет компетенцию общего собрания акционеров по образованию исполнительного органа общества и досрочному прекращению его полномочий, если уставом общества решение этих вопросов не отнесено к компетенции совета директоров (наблюдательного совета) общества. В соответствии с подп. 9 п. 1 ст. 65 к компетенции совета директоров (наблюдательного совета) общества относится образование исполнительного органа общества и досрочное прекращение его полномочий, если уставом общества это отнесено к его компетенции.

Основным документом, регулирующим деятельность акционерного общества, является его устав. Срок, на который избирается единоличный исполнительный орган, по сложившейся практике закрепляется в уставе. Например, ст. 18 Федерального закона от 3 декабря 2011 г. № 380-ФЗ «О хозяйственных партнерствах» указывает, что в партнерстве образуется единоличный исполнительный орган (генеральный директор, президент и др.), избираемый из числа участников партнерства в порядке и на срок, которые определяются уставом. Если порядок и срок не определены уставом, то единоличный исполнительный орган партнерства избирается единогласным решением всех участников партнерства на весь срок его деятельности.

На практике встречается множественность форм закрепления срока, на который избирается единоличный исполнительный орган: это может быть закреплено и в уставе, и в протоколе общего собрания акционеров, и в положении о генеральном директоре, и в трудовом договоре. Представляется, что вопрос, в каком учредительном документе определять срок договора, относится к компетенции соответствующей организации. Предельную продолжительность срока можно закреплять в уставе организации, а срок трудового договора с конкретным руководителем — в индивидуальном трудовом договоре.

В юридической литературе обсуждается вопрос о возможности заключения трудового договора с руководителем на срок, превышающий пять лет. Ст. 58 ТК РФ определяет, что срочный договор может быть заключен на срок не более пяти лет, если иной срок не установлен ТК РФ и иными федеральными законами. Ст. 275 закрепляет, что срок действия трудового договора с руководителем определяется учредительными документами или соглашением сторон. Если в учредительных до-

кументах организации предусмотрено, что срок трудового договора с руководителем может превышать пять лет, соответственно и в трудовом договоре может быть установлен срок трудового договора, превышающий пять лет²⁶.

Отдельные федеральные законы закрепляют максимальный срок трудового договора с руководителем организации не более пяти лет. Например, срок, на который может быть избран ректор государственного или муниципального высшего учебного заведения, не должен превышать пяти лет²⁷. Срок договора с руководителем продолжительностью на пять лет — достаточно распространенное явление в государственном секторе. Например, в Западной Австралии срок трудового договора с руководителями учреждений государственного сектора — пять лет. Данная норма установлена в ст. 45 Акта об управлении в государственном секторе 1994 г. (Public Sector Management Act 1994)²⁸.

Должность руководителя организации отличается высокой степенью сложности выполняемой трудовой функции, ответственности, доверия со стороны собственника. Избрание лица на должность руководителя организации еще не гарантирует высокую эффективность работы руководителя и, как следствие, организации в целом. При заключении трудового договора с руководителем возникает вопрос о возможности закрепления в трудовом договоре испытания для данной категории работников.

По общему правилу, срок испытания в соответствии со ст. 70 ТК РФ не может превышать трех месяцев, а для руководителя организации срок испытания не может превышать шести месяцев, если иное не установлено федеральным законом. В рассматриваемой статье закреплён, в частности, запрет установления испытания лицам, избранным по конкурсу на замещение соответствующей должности, проведённому в установленном законом и подзаконными актами порядке; избранным на выборную должность на оплачиваемую работу.

Если единоличный исполнительный орган общества избирается, то испытание не устанавливается. В частности, в соответствии со ст. 40 закона «Об обществах с ограниченной ответственностью» единоличный исполнительный орган избирается общим собранием участников общества, если уставом общества решение этих вопросов не отнесено к компетенции совета директоров (наблюдательного совета) общества. Испытание для руководителя общества с ограниченной ответственностью не назначается.

С точки зрения собственника важно иметь возможность проверить компетентность руководителя в процессе выполнения им трудовой функции, руководствуясь не только результатами проведенного конкурса. В частности, назначенный по результатам конкурса руководитель унитарного предприятия может быть не знаком с особенностями работы в определенной отрасли экономики или не владеть в полной мере спецификой организации производственного процесса на конкретном предприятии. Это способно привести к его неэффективной работе. В подобной

²⁶ См.: Комментарий к Трудовому кодексу... С. 922–923.

²⁷ Ч. 5 ст. 12 Федерального закона от 22 августа 1996 г. № 125-ФЗ «О высшем и послевузовском профессиональном образовании» // СЗ РФ. 1996. № 35; ст. 4135 (в ред. от 3 декабря 2011 г. № 385-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

²⁸ Public Sector Management Act 1994. [Электронный ресурс] // <http://www.legislation.act.gov.au/a/1994-37/current/pdf/1994-37.pdf> (дата обращения: 18 августа 2012 г.).

ситуации собственнику желательно установить для избранного по конкурсу руководителя испытание. Процедура прохождения испытания, критерии испытания, должностное лицо, на которое возложена обязанность письменно фиксировать результаты работы в период испытания, могут быть закреплены в положении о руководителе унитарного предприятия. Разработка критериев прохождения испытания руководителями конкретных унитарных предприятий должна производиться по направлениям, закрепленным в п. 10 Положения о проведении аттестации руководителей федеральных государственных унитарных предприятий, утвержденным Постановлением Правительства Российской Федерации от 16 марта 2000 г. № 234 «О порядке заключения трудовых договоров и аттестации руководителей федеральных государственных унитарных предприятий».

Предлагается предусмотреть в ст. 70 ТК РФ норму-изъятие, определив возможность установления испытания для руководителей унитарных предприятий, назначенных по результатам конкурса. Предельная продолжительность испытания может быть установлена в положении об унитарном предприятии, положении о руководителе унитарного предприятия, а конкретный его срок может быть прописан в индивидуальном трудовом договоре.

Что касается предельной продолжительности срока испытания для руководителей — шесть месяцев, то представляется, что его можно увеличить до одного года, так как широко распространена именно годовая отчетность, например, бухгалтерский баланс или отчет о прибылях и убытках. На основе этих объективных данных собственник оценивает руководителя организации и принимает решение о дальнейшей работе с ним. Возможность продолжительности испытания от трех месяцев до одного года, в частности, предусматривается для государственных гражданских служащих²⁹.

Опыт коммерческих организаций показывает, что работник в период испытательного срока старается трудиться максимально эффективно, с тем чтобы не только выполнить нормы труда, установленные в организации, но и создать положительное мнение коллектива о себе. Период испытания является не только демонстрацией деловых качеств, но и проверкой психологической совместимости с коллективом, что немаловажно для сотрудничества с коллегами внутри организации и с ее партнерами. Это особенно важно для руководителя, представляющего интересы организации в деловом обороте.

При отрицательных результатах испытания до истечения срока испытания собственник может расторгнуть трудовой договор, предупредив руководителя не позднее, чем за три дня и указав причины, послужившие основанием для признания руководителя не выдержавшим испытание. Руководитель организации в период испытания, если сочтет для себя данную работу неподходящей, может расторгнуть трудовой договор в упрощенном порядке — предупредив собственника за три дня.

Одной из особенностей правового регулирования труда руководителя является оплата труда.

В связи с тем, что рынок высококвалифицированных потенциальных руководителей достаточно узок, собственнику организации для привлечения лучших из них

²⁹ Ч. 1 ст. 27 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе» // СЗ РФ. 2004. № 31; ст. 3215. (в ред. от 30 декабря 2012 г. № 327-ФЗ) // СПС «КонсультантПлюс».

необходимо предложить достаточно высокий уровень оплаты труда. В соответствии со ст. 145 ТК РФ размеры оплаты труда руководителей организаций негосударственного сектора определяются по соглашению сторон трудового договора. Оплата труда руководителей в организациях, финансируемых из бюджетов различного уровня, производится в размерах, определяемых органами государственной власти.

Результаты исследования, проведенного весной 2012 г. Adecco Group Russia, показали, что размер ежемесячного оклада генерального директора московской компании отличается от минимального оклада рядового работника той же компании в 65 раз, тогда как в Санкт-Петербурге — в 30 раз, а в Екатеринбурге — в 17 раз³⁰. В частности, московские власти по отдельным отраслям тиражируют следующую статистику: «средняя зарплата в строительстве составляет 45 тысяч рублей. При этом, как отмечает замглавы департамента градостроительной политики, есть предприятия, где десяток топ-менеджеров получают по полтора миллиона рублей»³¹.

В государственном секторе в соответствии с Постановлением Правительства Российской Федерации от 21 марта 1994 г. № 210 «Об условиях оплаты труда руководителей государственных предприятий при заключении с ними трудовых договоров (контрактов)», оплата труда руководителей производится в соответствии с Положением об условиях оплаты труда руководителей государственных предприятий. Согласно п. 3 этого положения, должностные оклады руководителей государственных предприятий устанавливаются в зависимости от величины тарифной ставки I разряда рабочего основной профессии, определенной коллективным договором на данном предприятии исходя из показателей среднесписочной численности работников предприятия. В частности, при среднесписочной численности работников свыше 10 000 кратность в зависимости от величины тарифной ставки I разряда рабочего составляет до 16. В соответствии с п. 4 положения размер вознаграждения устанавливается по нормативу, определяемому как отношение 12 месячных должностных окладов к сумме указанной прибыли за предшествующий календарный год.

Результаты сравнения уровня заработной платы руководителей коммерческих организаций и государственных унитарных предприятий показывают, что в руках руководителей частных организаций концентрируется основная часть доходов. Это может расцениваться государством как негативный социальный фактор. Большая часть организаций находится в частных руках. Государство заинтересовано в дальнейшем развитии экономики страны и не может вмешиваться в интересы собственников организаций внебюджетного сектора экономики напрямую. Представляется маловероятным, что законодательное установление максимального размера оплаты труда руководителей организаций положительно повлияет на эффективность хозяйствования, хотя такие предложения и высказываются³². В данном случае, конечно, можно говорить о возможных негативных социальных последствиях разницы в оплате труда работников разной квалификации и разного уровня образования. Для минимизации таких последствий необходимо изучать вопрос о воз-

³⁰ Предприниматели сетуют, что руководители компаний зарабатывают слишком много // URL: <http://finance.rambler.ru/news/economics/113602270.html> (дата обращения: 13 августа 2012 г.).

³¹ Величко К. Пролетарии вне закона // Московская перспектива. 2012. № 32. С. 8.

³² См.: Корольков А. Комментарий на статью Ю. Федотенко «Один из видов мотивации топов — выплата бонусов» // Трудовое право. 2011. № 12. С. 52.

возможности повышения уровня оплаты труда обычных работников путем материального стимулирования результатов их трудовой деятельности, а не ограничения уровня оплаты труда руководящего состава.

Очевидно, что высокий уровень заработной платы руководителя организации — один из основных инструментов, стимулирующих качественную работу самого руководителя и организации в целом. Его ограничение неразумно. Большая часть оплаты труда руководителя организации обычно связана с достижениями организацией определенных показателей результативности, заложенных в годовых планах.

Существуют различные способы материального поощрения работников, которые обычно закрепляются в локальных нормативных актах, например, в положении о премировании. По общему правилу, оплата труда руководителя определяется по соглашению сторон в его трудовом договоре. Система оплаты труда руководителя не фиксируется в локальных нормативных актах (как система материального поощрения рядовых работников). Обычно выделяются следующие способы стимулирования: премии, бонусы, опционы, премиальные акции, пенсионные планы, льготное кредитование и суммы, выплачиваемые в качестве выходного пособия, т.е. «золотые парашюты». В зависимости от целей деятельности организации собственник может использовать как краткосрочное, так и долгосрочное стимулирование работников. В частности, при заинтересованности в длительных отношениях с руководителем организации можно использовать льготное кредитование, которое позволяет удерживать руководителя от смены места работы до выплаты всей суммы по кредиту.

При анализе особенностей правового регулирования, связанных с отстранением руководителя в соответствии с медицинским заключением, следует отметить следующее. Труд руководителей организации характеризуется большой интенсивностью и сложностью, ненормированным режимом рабочего времени, высокой ответственностью за финансовое состояние, т.е. интенсивными нагрузками на организм. В отдельных случаях интенсивность работы приводит к ухудшению состояния здоровья и признанию руководителя в соответствии с медицинским заключением нуждающимся во временном или постоянном переводе на другую работу. В соответствии с ч. 4 ст. 73 ТК РФ работодатель при отказе руководителя организации от перевода либо отсутствии у работодателя соответствующей работы имеет право с письменного согласия руководителя организации не прекращать с ним трудовой договор, а отстранить его от работы на срок, определяемый соглашением сторон. Работодатель может и не воспользоваться имеющимся у него правом.

По нашему мнению, данной норме необходимо придать императивный характер и обязать работодателя в рассматриваемой ситуации использовать отстранение. Данное предложение носит важный социальный характер. Лицо, ранее трудившееся на должности руководителя организации, несомненно, испытывает негативные психологические эмоции как вследствие ухудшения здоровья, так и от изменения своего статуса в организации. Психологи считают, что двухмесячный срок позволяет человеку адаптироваться к негативной ситуации. Обязательное отстранение от работы при отказе от перевода на другую работу или при отсутствии у работодателя соответствующей работы является той нормой, которая поможет руководителю привыкнуть к объективно сложившимся обстоятельствам, провести мероприятия

по восстановлению своего здоровья в соответствии с индивидуальной программой реабилитации.

Срок отстранения от работы в данном случае определяется соглашением сторон, но представляется, что минимальный двухмесячный срок отстранения был бы обоснован психологическими особенностями человека. Здоровье руководителя является в данном случае объективным фактором. Представляется, что необходимо законодательно установить отстранение руководителя и минимальный срок отстранения по данному основанию. Руководитель организации в качестве наемного работника должен рассматриваться как слабая сторона трудового отношения, которая нуждается в повышенной защите, поэтому такая норма была бы оправдана.

В период отстранения от работы в соответствии с ч. 4 ст. 73 ТК РФ заработная плата данному работнику (т.е. руководителю организации) не начисляется, если это не предусмотрено федеральными законами, коллективным договором, соглашениями, трудовым договором. Согласно ч. 4 ст. 32 «Отстранение от замещаемой должности» Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» в период отстранения от замещаемой должности гражданской службы (недопущения к исполнению должностных обязанностей) гражданского служащего денежное содержание ему не начисляется, за исключением случаев, предусмотренных федеральными законами.

В соответствии с ч. 10 ст. 28 «Дисциплинарная ответственность сотрудников Следственного комитета» Федерального закона от 28 декабря 2010 г. № 408-ФЗ «О Следственном комитете Российской Федерации» предусматривает, что за время отстранения от должности сотруднику выплачивается денежное содержание в размере должностного оклада, доплаты за специальное звание и доплаты за выслугу лет.

Часть 6 ст. 114 Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК РФ) устанавливает, что временно отстраненный от должности подозреваемый или обвиняемый имеет право на ежемесячное пособие, которое выплачивается ему в соответствии с п. 8 ч. 2 ст. 131 УПК РФ, а именно на государственное социальное пособие в размере пяти минимальных размеров оплаты труда.

Закон РФ от 29 июня 1992 г. № 3085-1 «О потребительской кооперации (потребительских обществах, их союзов) в Российской Федерации» закрепляет, что выборные должностные лица потребительского общества, которые нарушают права пайщиков, допускают наносящие ущерб потребительской кооперации злоупотребления, могут быть отстранены от должности, в том числе с приостановкой выплаты заработной платы советами союзов, членами которых является данное потребительское общество, по представлению правлений указанных союзов³³.

Приведенные примеры относятся к отстранению от должности при возбуждении либо дисциплинарного производства, либо государственного преследования, т.е. связаны с возможным наличием вины отстраняемого. В рассмотренных законах оплата периода отстранения не производится или производится в форме социального пособия либо выплачивается денежное содержание в размере должностного окла-

³³ Ч. 3 ст. 6 «Особенности трудовых отношений в потребительских обществах» Закона Российской Федерации от 29 июня 1992 г. № 3085-1 «О потребительской кооперации (потребительских обществах, их союзов) в Российской Федерации» // Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации от 30 июля 1992 г. № 30. Ст. 1788. (в ред. от 23 апреля 2012 г. № 37-ФЗ).

да и доплаты за специальное звание, доплаты за выслугу лет. Оплата в данных случаях производится как из государственных фондов, так и из средств организаций.

Состояние здоровья руководителя — это объективная составляющая, здесь отсутствуют и вина работодателя, и вина работника. Представляется, что если работодатель отстраняет руководителя по рассматриваемому основанию, то период отстранения руководителя должен оплачиваться. Минимальный уровень заработной платы в данной ситуации, по нашему мнению, необходимо закрепить законодательно. Среди организаций есть не только крупные, где уровень оплаты труда и гарантий для руководителя несоизмеримо высок, но и небольшие, где размер заработной платы руководителя невысок. В данном случае заработная плата является средством проживания. Предлагается установить минимальный уровень оплаты периода отстранения руководителя — не ниже пяти окладов по должности руководителя.

Наиболее распространенным основанием прекращения трудового договора с руководителем является п. 2 ст. 278 ТК РФ, который относится к прекращению трудового договора по инициативе работодателя. В случае прекращения трудового договора с руководителем организации при отсутствии виновных действий (бездействия) руководителю ему выплачивается компенсация в размере, определяемом трудовым договором, но не ниже трехкратного среднего месячного заработка. В более ранней редакции данной статьи предусматривалась только выплата компенсации в размере, определяемом трудовым договором. Законодатель не регулировал ее размер.

Если собственник предусматривает в трудовом договоре выплату компенсации очень крупного размера, это может негативно сказаться на финансово-хозяйственных результатах деятельности предприятия и ограничить его ресурсы. Государство не влияет напрямую на систему стимулирования руководителей высшего звена коммерческих организаций. Государство воздействует на размер стимулирования косвенно посредством регулирования налоговых ставок. В частности, ст. 217 Налогового кодекса Российской Федерации закрепляет, что в доходы, не подлежащие налогообложению, включаются суммы выплат в виде «компенсации руководителю, заместителям руководителя и главному бухгалтеру организации в части, превышающей в целом трехкратный размер среднего месячного заработка или шестикратный размер среднего месячного заработка для работников, уволенных из организаций, расположенных в районах Крайнего Севера и приравненных к ним местностей». Данная льгота была введена федеральным законом от 21 ноября 2011 г. № 330-ФЗ. Так государство влияет на использование завышенных компенсаций руководителям организации при прекращении трудового договора с руководителем в соответствии с п. 2 ст. 278 ТК РФ.

В современных условиях размер компенсации «не ниже трехкратного среднего месячного заработка» все-таки невысок и выплата компенсации в таком размере не достигает собственно цели компенсации: не компенсирует для руководителя организации негативные последствия от расторжения с ним договора. Необходимо принимать во внимание, что рынок управленцев высокой квалификации небольшой. И хотя данное основание расторжения трудового договора с руководителем не является мерой юридической ответственности³⁴, оно в дальнейшем будет

³⁴ Это подтвердил Конституционный Суд Российской Федерации в своем Постановлении от 15 марта 2005 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности положений п. 2 ст. 278 и ст. 279 Трудового кодекса Российской Федерации и абзаца второго пункта 4 статьи 69 Федерального закона «Об акционерных обществах» в связи с запросами Волховского городского суда Ленинградской

иметь весомое значение для потенциальных работодателей при принятии решения о приеме на работу данного лица. Это может серьезно повлиять на его дальнейшую карьеру управленца.

Представляется, что законодателю надо рассмотреть вопрос о повышении размера данной компенсации не ниже шестикратного среднего месячного заработка. Повышение размера компенсации, выплачиваемой руководителю в соответствии со ст. 181 ТК РФ, т.е. при расторжении трудового договора с руководителем организации в связи со сменой собственника, также было бы уместно.

В данном случае не предусмотрено какого-либо предупреждения руководителя о предстоящем увольнении. Когда руководитель в соответствии со ст. 280 ТК РФ по своей инициативе досрочно расторгает договор, он обязан предупредить об этом работодателя в письменной форме не позднее, чем за один месяц. Законодатель защищает интересы работодателя, а не находится на стороне работника-руководителя. Маловероятно, что вынесение вопроса о прекращении трудового договора по рассматриваемому основанию на обсуждение и принятие уполномоченным органом или собственником решения о прекращении трудового договора с руководителем неожиданно для собственника. Руководитель организации в этой ситуации является слабой стороной трудового правоотношения. Представляется необходимым рекомендовать законодателю установить срок предупреждения руководителя — не позднее одного месяца. Это позволит достичь оптимального баланса интересов сторон трудового договора. Такой срок обусловлен тем, что обычно проводится передача дел от одного работника к другому. Объем обязанностей руководителя, несомненно, велик, соответственно ему понадобится больше обычно затрачиваемого времени для передачи дел.

Часто на поиск новой работы у лиц, работавших руководителями высокого уровня, уходит больше времени, чем у обычного работника. Им сложнее найти работу аналогичного уровня, так как количество вакансий топ-менеджеров ограничено. Предлагаемый срок предупреждения руководителя позволит ему заранее начать поиск новой работы, что положительно повлияет на его дальнейшую трудовую деятельность. Следует согласиться с Ю.П. Орловским, что и права собственника, и права руководителя должны быть взаимно согласованы³⁵, и с его предложением по закреплению необходимости уведомления руководителя о прекращении трудового договора на основании п. 2 ст. 278 ТК РФ и увеличению размера компенсации. Ю. Нечипас считает, что существование в трудовом законодательстве нормы, допускающей одностороннее немотивированное (фактически, необоснованное) увольнение для определенной категории работников, можно допустить лишь при наличии действенных защитных механизмов, к которым надо отнести необходимость соблюдения установленного законодательством порядка увольнения (обязательность коллегиального решения об увольнении; предупреждение руководителя о предстоящем расторжении трудового договора) и выплату компенсации³⁶.

области, Октябрьского районного суда города Ставрополя и жалобами ряда граждан» // СЗ РФ. 2005. № 13. Ст. 1209 // СПС «КонсультантПлюс».

³⁵ Орловский Ю.П. Трудовое законодательство — сложное законодательство // Трудовое право. 2011. № 3. С. 15.

³⁶ См.: Нечипас Ю. Прекращение трудового договора с руководителем организации (дополнительные основания) // Кадровик. 2011. № 12. С. 25.

Анализ правового регулирования труда руководителя организации позволяет сделать вывод, что руководитель организации является специальным субъектом трудового права. Можно сделать ряд предложений, касающихся правового регулирования труда руководителя организации:

- 1) законодательно закрепить в уставных документах организации орган, определяющий условия трудового договора с руководителем;
- 2) закрепить предельный срок срочного трудового договора в уставе организации, а срок трудового договора с конкретным руководителем организации — в индивидуальном трудовом договоре;
- 3) предусмотреть возможность установления испытания для руководителей унитарных предприятий, назначенных по результатам конкурса;
- 4) увеличить предельную продолжительность срока испытания для руководителей до одного года;
- 5) установить обязательное отстранение руководителя в соответствии с медицинским заключением при отказе руководителя от перевода на другую работу или при отсутствии у работодателя соответствующей работы;
- 6) определить минимальный срок отстранения по данному основанию — два месяца — и минимальный уровень заработной платы на период отстранения — не ниже пяти окладов по должности руководителя.

А.С. Воронина

аспирантка кафедры
международного
права факультета
права Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»

Международно- правовые формы сотрудничества государств по исследованию и использованию космического пространства

Настоящая статья посвящена исследованию вопросов международно-правовых форм сотрудничества государств по исследованию и использованию космического пространства. В рамках статьи проведен анализ понятия международно-правовой формы сотрудничества государств, изучены основные тенденции сотрудничества государств в рамках космической деятельности на современном этапе, выявлены положения, характеризующие современный этап межгосударственного сотрудничества в космосе, а также проанализированы перспективы кодификации международного космического права.

Ключевые слова: международное космическое право, формы сотрудничества, принцип сотрудничества, Комитет ООН по космосу, кодификация, кодекс поведения.

В рамках международно-правовой деятельности в космосе на данный момент создано и функционирует значительное число организационно-правовых форм сотрудничества государств по исследованию и использованию космического пространства. Крупные космические проекты реализуются в рамках Содружества Независимых Государств, в рамках Европейского космического агентства. Значительную роль играют организации, эксплуатирующие космические комплексы, такие как ИНТЕЛСАТ, ИНТЕРКОСМОС, ИМСА и др.

Исследование и использование космического пространства в мирных целях на данный момент выходит на новый уровень. Уже в работе А.В. Яковенко «Международно-правовые проблемы международных программ исследования и

использования космоса» автор указывает, что «космическая индустрия стала одной из крупнейших отраслей промышленности в мире»¹.

Одновременно наблюдаются тенденции изменения характера космической деятельности. Первой и наиболее заметной тенденцией представляется все более широкое участие частного сектора в реализации космических программ. Второй наиболее значимой тенденцией является все более активное внедрение технологических компонентов в международно-правовые договоренности. Третья тенденция, на которую необходимо обратить внимание, особенно подчеркивается американскими исследователями. В 2003 г. произошло два важных события в области исследования и использования космического пространства: успешный запуск индийского спутника на геостационарную орбиту, а также первый полет китайского космонавта в открытый космос. «В результате, 2003 год может рассматриваться не только как год, ознаменовавший конец эры биполярного космического порядка, но и как символизирующий тенденцию космической глобализации»².

Наметившиеся тенденции вкупе со скоростью и масштабами развития космической отрасли выводят международно-правовое сотрудничество государств в области исследования и использования космического пространства на новый уровень.

Одновременно на 51-й сессии Юридического подкомитета Комитета ООН по космосу, прошедшей в марте 2012 г., было одобрено предложение ряда государств о включении нового пункта повестки «Обзор международных механизмов сотрудничества в исследовании и использовании космического пространства в мирных целях». В рамках данного пункта повестки будет создана соответствующая Рабочая группа, которая в 2017 г. подготовит доклад об используемых механизмах международного сотрудничества по исследованию и использованию космического пространства, основываясь на соответствующих докладах государств-членов и докладе Секретариата ООН.

В связи с вышесказанным представляется необходимым выделить ряд положений, которые характеризуют современный этап международно-правового сотрудничества государств по исследованию и использованию космического пространства.

В рамках международного космического права принцип сотрудничества предполагает обязанность государств сотрудничать лишь в области поддержания международного мира и безопасности. Во всех иных случаях сотрудничество является добровольным актом государств, обусловленным соответствующими международно-правовыми договоренностями.

Впервые понятие международного сотрудничества было определено в Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 2625 (XXV) от 24 октября 1970 г., провозгласившей Декларацию о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций (далее — Декларация 1970 г.). В этой декларации международное сотрудничество определяется как координация действий двух или более государств на добровольной основе в соответствии с правовым режимом и имеющее определенную цель. Основной целью международного сотрудничества

¹ Яковенко А.В. Международно-правовые проблемы международных программ исследования и использования космоса. М., 2001. С. 92.

² Benko M., Schrogl K.-U. Space Law: Current Problems and Perspectives for Future Regulations. Eleven International Publishing, 2005. P. 176–177.

является не только обеспечение интересов государств, непосредственно сотрудничающих между собой для достижения определенных целей, но также и поощрение развития развивающихся стран. Таким образом, идея международного сотрудничества получила правовой статус основного принципа международного права³. С момента провозглашения данного принципа в Декларации 1970 г. принцип международного сотрудничества получил широкое распространение во многих областях международного права, особенно в области определения правовых режимов в тех областях, которые выходят за рамки национального суверенитета. Это в первую очередь обусловлено, по мнению зарубежных исследователей, тем, что без соответствующего регулирования в данных областях все возрастающее соперничество государств и групп государств за право контроля и использования стратегических ресурсов могут вполне вероятно привести к нестабильности и открытому соперничеству⁴.

Тем не менее, следует согласиться с точкой зрения, высказанной Ю.М. Колосовым: «Соблюдение принципа сотрудничества является одной из обязанностей государств. При этом осуществление принципа сотрудничества должно соответствовать тем положениям, которые составляют его содержание. Что касается конкретного объема и условий сотрудничества отдельных взятых государств, то (за пределами положений, составляющих отдельные элементы этого принципа) они должны являться предметом соответствующих договоров. Ни одно государство не вправе навязывать другому предмет и условия сотрудничества в той или иной области. Какой-либо юридической обязанности в этом плане международным правом не установлено»⁵.

Профессор И.И. Лукашук также считает, что этот принцип с юридической точки зрения уязвим. По его мнению, юридически обязать государство к конкретному сотрудничеству так же сложно, как обязать его к дружбе с тем или иным государством⁶. Подобной же точки зрения придерживается и бывший член Комиссии международного права и Международного Суда ООН Дж. Фицморис: «Трудно представить, чтобы идея обязательства сотрудничать проделала значительный путь в качестве общего принципа международного права»⁷. Последняя точка зрения, на наш взгляд, является спорной. Принцип сотрудничества является основным принципом международного права, что признается абсолютным большинством как российских, так и зарубежных ученых⁸.

И Устав ООН, и Декларация 1970 г. как результат толкования Устава ООН закрепляют обязанность государств сотрудничать лишь в одной области, а именно в поддержании международного мира и безопасности. При перечислении конкретных видов сотрудничества в Декларации 1970 г. указывается, что оно должно осуществляться в соответствии с принципами суверенного равенства и территориальной не-

³ См.: *Edward McWhinney. The Concept of Cooperation // International Law: Achievements and Prospects. Martinus Nijhoff Publishers, 1991. P. 425–436.*

⁴ См.: *Nagendra Singh. Introduction to International Law of the Sea and the International Space Law // International Law: Achievements and Prospects. Martinus Nijhoff Publishers, 1991. P. 827.*

⁵ *Колосов Ю.М. Борьба за мирный космос. М.: Международные отношения, 1968. С. 29–30.*

⁶ См.: *Лукашук И.И. Международное право. Общая часть. М.: Волтерс Клувер, 2005. С. 286.*

⁷ *IDL Livre du Centenaire 1873–1973. Bale, 1973. P. 319.*

⁸ См.: *Международное право / под ред. А.А. Ковалева, С.В. Черниченко. М.: Омега-Л, 2008. С. 75–76.*

прикосновенности государств. С аналогичных позиций трактуется принцип сотрудничества между государствами в Заключительном акте Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе 1975 г., где этот принцип получил дальнейшее развитие⁹.

Таким образом, мы придерживаемся мнения о необходимости и важности сотрудничества государств, в том числе и в космической области, сотрудничество является основным принципом международного права, тем не менее, его содержание предполагает лишь воздержание от таких действий, которые, во-первых, нарушают иные общепризнанные принципы международного права, а во-вторых, могут угрожать международному миру и безопасности. Все иные формы и способы сотрудничества государств во всех иных областях межгосударственных отношений являются добровольным актом, соответствующим изложенным в Декларации 1970 г. пожеланиям государствам сотрудничать, в том числе для «содействия международной экономической стабильности и прогрессу».

Международно-правовая форма сотрудничества государств по исследованию и использованию космического пространства — это совместная двусторонняя или многосторонняя деятельность государств, осуществляемая на основе международных соглашений, в политической, экономической, научно-технической и правовой областях, направленная на исследование и использование космического пространства в мирных целях в интересах и на благо всех стран с целью поддержания международного мира и безопасности и содействия экономической стабильности и прогрессу.

В науке на данный момент нет однозначного определения международно-правовой формы сотрудничества. В литературе определено понятие сотрудничества и представлен перечень тех механизмов и форм, которые могут быть использованы государствами в процессе международно-правового сотрудничества. Яковенко А.В. определяет сотрудничество в международном праве как «обязанность государств сотрудничать с друг другом, независимо от различий политических, экономических и социальных систем, в различных отраслях международных отношений с целью поддержания международного мира и безопасности и содействия экономической стабильности и прогрессу, общему благосостоянию народов и международному сотрудничеству, свободному от дискриминации, имеющей в своей основе такие различия»¹⁰. Это определение международного сотрудничества представляется достаточно корректным. Несмотря на его общую формулировку, оно может быть применимо и к международному сотрудничеству государств в области космической деятельности. Исследование и использование космоса по объективным причинам осуществляется экономически сильными государствами с развитыми технологиями, а потому вопросы дискриминации и недопуска других государств к результатам такой деятельности стоят особенно остро. Кроме того, достоинством данного определения является указание на мирный характер сотрудничества. Использование космического пространства в мирных целях — один из основных принципов международного космического права.

⁹ См.: *Верещетин В.С.* Принцип сотрудничества в международном космическом праве и его реализация в практике Советского Союза // Труды V Объединенных Научных чтений по космонавтике, посвященных памяти выдающихся ученых-пионеров освоения космического пространства. М.: Академия Наук СССР, 1981. С. 7.

¹⁰ *Яковенко А.В.* Международно-правовые проблемы международных программ исследования и использования космоса. М., 2001. С. 9.

Е.П. Каменецкая предлагала следующее определение международно-правового сотрудничества в космосе: «Международное сотрудничество в освоении космоса можно охарактеризовать как совместную деятельность государств в политической, экономической, научно-технической и правовой областях, направленную на исследование и использование космического пространства и достижений космической науки и техники в мирных целях в интересах и на благо всех стран и народов»¹¹.

Таким образом, предлагается взять за основу два приведенных выше определения, расширив их путем включения понятия формы сотрудничества.

Применительно к международно-правовым отношениям государств по исследованию и использованию космического пространства теоретико-философское понятие формы определяет родовые признаки определенного вида сотрудничества, выявляет наиболее значимые его черты. Сами акты сотрудничества, проявляющиеся в разнообразных действиях, таких как совместные запуски космических объектов, обмен информацией, совместные экологические мероприятия, выступающие в данном случае содержанием разнообразных форм.

В юридической литературе предлагается следующее понятие формы сотрудничества: «Под формами сотрудничества мы понимаем те рамки, в которых осуществляется сотрудничество между государствами»¹². Другое определение формы сотрудничества государств, уже непосредственно в отношении космической деятельности государств, предложено Е.П. Каменецкой: «Основными формами международного сотрудничества в исследовании и использовании космического пространства является совместная двусторонняя и многосторонняя деятельность государств, осуществляемая на основе международных соглашений, в которых, как правило, предусматриваются конкретные формы и методы выполнения намеченных программ (создание смешанных рабочих групп, обмен научной информацией, проведение различных конгрессов и конференций, учреждение международных организаций и т.д.)»¹³.

Совокупный анализ приведенных выше точек зрения позволяет дать общее понятие международно-правовой формы сотрудничества государств по исследованию и использованию космического пространства.

На современном этапе следует выделять следующие разновидности сотрудничества: а) сотрудничество государств в рамках международных договоров универсального, регионального и двустороннего уровней; б) сотрудничество в рамках международных конференций и в рамках международных организаций. В рамках данных разновидностей нами выделено семь форм сотрудничества.

Во-первых, это сотрудничество по исследованию и использованию космического пространства в рамках универсальных международных организаций. Безусловно, к данному уровню относятся формы, используемые в системе ООН, включая деятельность Генеральной Ассамблеи ООН, ее комитетов, особенно Первого и Третьего, Комитета ООН по космосу, специализированных учреждений ООН, среди которых особое место занимает Международный союз электросвязи (далее — МСЭ).

¹¹ Каменецкая Е.П. Сотрудничество государств в освоении космоса в рамках международных организаций (международно-правовые проблемы): дис... канд. юрид. наук. М., 1976. С. 18.

¹² Моисеев Е.Г. Международно-правовые основы сотрудничества стран СНГ. М.: Юрист, 1997. С. 8.

¹³ Каменецкая Е.П. Указ. соч. С. 24–25.

Во-вторых, это формы сотрудничества в рамках региональных международных межправительственных организаций. К этой категории относится значительное число региональных организаций, действующих во всем мире: АРАБСАТ, ЕКА, СНГ, ЕВТЕЛСАТ и многие другие.

В-третьих, особое место занимают международные конференции. В рамках данной формы сотрудничества достигается подлинно универсальное представительство, а четко поставленные перед соответствующей конференцией задачи позволяют достигнуть целей в относительно короткие сроки, разработать практические меры реализации намеченных планов. Наиболее представительными и результативными стали конференции по исследованию и использованию космического пространства в мирных целях, проходившие в Вене в 1968 г., 1982 г. и в 1999 г.

В-четвертых, на современном этапе все большее значение стали играть региональные конференции. В рамках таких форумов государства, заинтересованные в сотрудничестве, а также государства, характеризующиеся значительным единством ввиду территориальной близости, имеют возможность обсудить сугубо региональные проблемы, выработать единые подходы и, что не менее важно, достигнуть более рационального использования ресурсов в деле исследования космоса и использования космических технологий в рамках того или иного региона. В качестве примера стоит привести всеамериканские конференции по космосу, конференции руководства стран Африки по космической науке и технике в целях устойчивого развития.

В-пятых, это формы сотрудничества в рамках многосторонних международных договоров с созданием международного органа вне международной межправительственной организации. Особенностью данной формы сотрудничества является то, что основой здесь выступает международный договор, заключенный между заинтересованными государствами, одновременно государства не придают создаваемой в рамках договоренности институциональной структуре международной правосубъектности. Таким образом, государства-участники остаются единственными субъектами международного права в рамках данной формы сотрудничества. Созданный и базирующийся на этой структуре орган лишь выполняет организационно-технические функции, обеспечивает нормальное функционирование созданной системы. Примером использования рассмотренной выше формы сотрудничества является Программа КОСПАС-САРСАТ, действующая на основе Международного соглашения о Программе КОСПАС-САРСАТ 1988 г.

В-шестых, это форма сотрудничества государств, основанная на международном договоре без создания соответствующей институциональной структуры. Очевидно, что данная форма не предусматривает создания нового субъекта международного права. В рамках данной формы институциональная структура не создается вовсе, ее функции заменяют периодически созываемые комитеты или комиссии. Тем не менее, несмотря на неинституализированность такой формы, она в настоящее время занимает значительное место в международно-правовом сотрудничестве государств в космосе в связи с ее высокой гибкостью и адаптивностью. Примерами использования такой формы является Международная космическая станция и программа «Морской старт».

В-седьмых, это формы сотрудничества, выработанные в рамках двусторонних договоров об исследовании и использовании космического пространства.

Они отличаются значительным разнообразием. В двусторонних договорах может быть предусмотрено создание совместных рабочих групп, обмен специалистами, использование совместных образовательных программ и многое другое. Многие договоры имеют рамочный характер, предусматривая возможность дальнейшего углубления сотрудничества путем заключения дополнительных соглашений, что еще более расширяет и усложняет систему двустороннего сотрудничества государств по исследованию и использованию космического пространства.

Международно-правовые формы сотрудничества государств по исследованию и использованию космического пространства находятся в иерархической взаимосвязи. Ведущую роль занимает сотрудничество в рамках универсальных международных организаций. В рамках данных организаций принимаются обязательные для исполнения международно-правовые акты, с использованием механизма соответствующих организаций государствами-членами разрабатываются и принимаются международно-правовые акты, закладывающие основы международного космического права. В совокупности перечисленные акты формируют ту правовую базу, на которой основывается все иное сотрудничество: двусторонние и региональные договоры не должны противоречить международно-правовым договорам, Регламенты МСЭ являются обязательными для любого государства, осуществляющего запуски спутников на геостационарную орбиту, международные договоры, в рамках которых осуществляется реализация космических проектов или программ, также не должны противоречить принятыми государствами международным договорам.

Все иные формы сотрудничества находятся не в иерархии по отношению друг к другу, а в тесной взаимозависимости. Решения международных конференций не определяют решения, принимаемые на конференциях регионального уровня, однако они задают вектор их деятельности, указывают на наиболее острые вопросы, которые требуют своего решения. Одновременно сотрудничество в рамках региона не определяет порядок взаимодействия государств на двустороннем уровне, но может лишь содействовать началу сотрудничества в той или иной области двух заинтересованных государств. Аналогично определяется взаимозависимость иных форм сотрудничества — многостороннее сотрудничество в рамках проекта «Морской Старт» вызвало необходимость двустороннего сотрудничества России и США в области охраны объектов интеллектуальной собственности¹⁴.

Анализ практики сотрудничества государств в рамках Международной программы КОСПАС-САРСАТ, проекта по строительству, запуску и эксплуатации Международной космической станции, а также проекта «Морской старт» позволил сделать несколько выводов.

Во-первых, сотрудничество государств в рамках многосторонних международных договоров показывает свою наибольшую эффективность при осуществлении масштабных космических проектов, в выполнение которого вовлечено множество государств. Это обусловлено тем, что в рамках данного механизма сотрудничества взаимодействие государств ограничивается только нормами международного права и волей к сотрудничеству заинтересованных государств. Участники не связа-

¹⁴ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Соединенных Штатов Америки о мерах по охране технологий в связи с деятельностью в рамках проекта «Морской старт» от 21 февраля 2006 г. // Бюллетень международных договоров. 2006. № 11. С. 42.

ны процедурными нормами, необходимостью поддержки всех государств-членов международной организации, порядком разработки и принятия соответствующих актов. Таким образом достигается высокая степень адаптивности выбранной формы сотрудничества, взаимодействие государств осуществляется оперативно, минуя процессуальные ограничения тех или иных институциональных структур, а также государства заключают только такие международно-правовые акты, которые необходимы для выполнения стоящих задач, при этом сохраняя возможность их оперативного пересмотра или дополнения.

Во-вторых, в рамках сотрудничества государств по вопросам исследования и использования космического пространства, основанное на международном договоре, следует выделить две формы сотрудничества, а именно сотрудничество на основе международного договора с созданием международного органа вне рамок международной межправительственной организации и без создания такового. В последнем случае создаются организационные структуры, которые, тем не менее, имеют лишь узкофункциональную направленность. Они создаются по требованию любого из государств-партнеров, могут иметь временный характер, и, что наиболее важно, решение любых вопросов, как общих, так и относящихся к функциям уже созданной структуры, всегда может быть передано на решение государств либо в рамках дополнительного соглашения, либо путем взаимных или многосторонних консультаций.

В-третьих, представляется, что в будущем и по мере развития международного сотрудничества как между государствами, так и в рамках частного сектора, масштабы использования двух рассмотренных форм сотрудничества государств по исследованию и использованию космического пространства будут значительно увеличиваться. Программа КОСПАС-САРСАТ и сотрудничество по МКС доказали, что государства в рамках заключаемых ими международных соглашений могут установить эффективный правовой режим для реализации крупных проектов. Опыт сотрудничества в рамках проекта «Морской старт», в свою очередь, указал, что коммерциализация космической деятельности, тем не менее, требует активной вовлеченности заинтересованных государств в осуществление такой деятельности. Роль государства как основного субъекта международного права сохраняется и будет сохраняться неизменно важной даже в той отрасли, где тенденция все более активного участия частного сектора, которая несомненно будет только возрастать, очевидно проявляется как в практике, так и признается наукой.

Значительное увеличение количества международно-правовых форм сотрудничества государств по исследованию и использованию космического пространства, как на универсальном, так и на региональном и двустороннем уровнях, приводит к высокой степени разобщенности и разрозненности норм международного космического права. Это, в свою очередь, объективно ведет к необходимости разработки и принятия единой космической конвенции по образцу Конвенции ООН по морскому праву 1982 г.

Уже в 1998 г. Российская Федерация впервые представила доклад о необходимости усовершенствования действующих норм международного космического права. Предложения России заключались в следующем: «1. Направление государствам-участникам каждого из пяти документов просьбы сообщить Генеральному секретарю мнение о целесообразности внесения в них каких-либо уточнений или

изменений. Этот же запрос следовало бы направить заинтересованным специализированным учреждениям Организации Объединенных Наций и различным международным космическим организациям. 2. Изучение полученных ответов и подготовка экспертного заключения Научно-техническим подкомитетом Комитета Организации Объединенных Наций по использованию космического пространства в мирных целях. 3. Изучение экспертного заключения Научно-технического подкомитета Юридическим подкомитетом и подготовка экспертного правового заключения. Возможно, эту работу следовало бы проделать в Рабочей группе, созданной на базе обоих подкомитетов»¹⁵.

В рабочем документе, представленном членами ЕКА также в 1998 г. на рассмотрение Юридического подкомитета Комитета ООН по космосу, обоснованы причины необходимости совершенствования норм международного космического права. П. 4 Рабочего документа, представленного ФРГ от имени 19 европейских государств, указывает: «С тех пор, как 10 октября 1967 года вступил в силу Договор по космосу, а также другие договоры и договорные принципы, свод правовых норм, касающихся космоса и космической деятельности, существенно расширился, причем в значительной мере вне рамок Комитета по использованию космического пространства в мирных целях и без участия его Юридического подкомитета. Вследствие этого космическое право в целом стало раздробленным и труднодоступным, а в некоторых областях и непоследовательным»¹⁶.

Далее Российская Федерация в марте 2000 г. на сессии Юридического подкомитета Комитета ООН по космосу предложила начать обсуждение вопроса о разработке единого договора ООН по космосу, аналогично действующей Конвенции ООН по морскому праву¹⁷. Представителями Российской Федерации было предложено к рассмотрению Предложение о включении нового пункта повестки дня в работу сессий подкомитета. Пункт 1 предложения гласит: «Внесение каких-либо изменений в один или два из пяти основных договоров по космосу неизбежно приведет к внесению изменений в другие договоры. На практике невозможно скоординировать этот процесс, а отсутствие координации приведет к возникновению противоречий положений пяти договоров»¹⁸. В апреле 2001 г. Китай, Колумбия и Российская Федерация официально предложили создать рабочую группу для рассмотрения этого вопроса.

Дальнейшее развитие рассмотрение данного вопроса получило в 2012 г. На 51-й сессии Юридического подкомитета было выдвинуто две группы инициатив. Одна группа делегаций, в том числе делегация США, приветствовала инициативы, которые способствовали дальнейшему развитию международного космического

¹⁵ Рабочий документ, представленный Российской Федерацией // A/AC.105/C.2/ L.213 от 30 марта 1998 г.

¹⁶ Рабочий документ, представленный ФРГ от имени Австрии, Бельгии, Венгрии, Греции, Дании, Ирландии, Испании, Италии, Нидерландов, Норвегии, Польши, Португалии, Румынии, Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, Финляндии, Франции, Чешской Республики, Швейцарии и Швеции // A/AC.105/C.2/L.211/Rev. 1 от 30 марта 1998 г.

¹⁷ См.: Жуков Г.П. ООН и проблема предотвращения милитаризации космического пространства // Материалы международной научно-практической конференции: ООН и международный правопорядок в глобализирующемся мире. М.: Изд-во РУДН, 2001. С. 79.

¹⁸ Proposal by the Russia Federation for a New Agenda Item for Consideration by the Legal Subcommittee at its Fortieth Session as a Single Issue/item for discussion// A/AC.105/C.2/L.220.

права в целях поддержания долгосрочной устойчивости, надежности, стабильности и безопасности космического пространства на основе разработки руководящих принципов ответственного использования космического пространства, включая подготовку международного кодекса поведения для космической деятельности¹⁹. Другая группа делегаций, в том числе представители Российской Федерации, высказала мнение, что следует разработать универсальную всеобъемлющую конвенцию по космосу, чтобы найти решения существующим проблемам, обеспечивая полное соблюдение основополагающих принципов, содержащихся в действующих договорах Организации Объединенных Наций по космосу²⁰.

Рассмотренные предложения, таким образом, свидетельствуют о существовании практической и теоретической заинтересованности государств в разработке универсального международно-правового акта в области исследования и использования космического пространства. Более того, государства в первую очередь обращают внимание на разросшийся массив норм международного космического права, который требует упорядочения. Такая ситуация действительно усложняет процесс все более активного исследования и использования космического пространства.

Наконец, в ходе 55-й сессии Комитета по использованию космического пространства в мирных целях, прошедшей в июне 2012 г. в Вене, Комитет отметил, что 5 июня 2012 г. в Вене было проведено организованное Институтом ООН по исследованию проблем разоружения (ЮНИДИР) совещание по разработке Международного кодекса поведения в космическом пространстве и что в октябре 2012 г. в Нью-Йорке состоится совещание экспертов, открытое для участия всех государств-членов ООН, с целью принятия кодекса в 2013 г. Комитет отметил также, что на проведенном в Вене совещании ЮНИДИР официально объявил о начале осуществления проекта по содействию процессу подготовки Международного кодекса поведения для космической деятельности, который направлен на содействие распространению информации и обмену мнениями относительно концепции проекта международного кодекса поведения²¹.

Следует признать, что выбранный государствами путь разработки единого документа с использованием формы кодекса поведения следует рассматривать как положительную тенденцию в смысле апробации методик разработки, согласования и принятия универсального документа с целью их будущего совершенствования при разработке, согласовании и принятии единой космической конвенции.

¹⁹ Проект доклада 51-й сессии Юридического подкомитета Комитета по использованию космического пространства в мирных целях // A/АС.105/С.2/Л.287. П. 26.

²⁰ Проект доклада 51-й сессии Юридического подкомитета Комитета по использованию космического пространства в мирных целях // A/АС.105/С.2/Л.287. П. 45.

²¹ Проект доклада Комитета по использованию космического пространства в мирных целях, пятьдесят пятая сессия // A/АС.105/Л.284.

Е.В. Постникова

старший преподаватель
кафедры международного
права факультета
права Национального
исследовательского
университета
«Высшая школа
экономики», кандидат
юридических наук

Реализация свободы предоставления услуг: принцип взаимного признания*

Основной целью статьи является выявление значения принципа взаимного признания для реализации свободы предоставления услуг и оценка эффективности применения этого принципа. Обращается внимание на неоднозначность анализируемого принципа ввиду существования в доктрине разных подходов при определении его сути. На основании исследования актов вторичного права ЕС, практики Суда ЕС, а также различных доктринальных взглядов дается характеристика содержания принципа взаимного признания. Проводится сравнительный анализ товаров и услуг как объектов трансграничных экономических отношений, выявляются особенности применения принципа взаимного признания в сфере предоставления услуг. Дается оценка применения принципа взаимного признания, формулируются причины, препятствующие его реализации. Особое внимание уделяется анализу правового регулирования ЕС в сфере признания профессиональных квалификаций.

Ключевые слова: Европейский союз, услуги, свобода предоставления услуг, принцип взаимного признания, внутренний рынок, гармонизация, эквивалентность, поставщик услуг, либерализация, право ЕС, Суд ЕС.

В рамках внутреннего рынка должны соблюдаться общие принципы¹ либерализации, среди которых важную роль играют принципы недискриминации и взаимного признания. Прежде всего необходимо отметить, что, будучи общим для всех основных свобод внутреннего рынка Европейского союза (далее — ЕС), принцип взаимного признания имеет свои особенности применительно к сфере действия каждой свободы. Это обусловлено различиями, которые существуют между объ-

* В статье использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта № 11-01-0129 «Либерализация предоставления услуг в Европейском Союзе: правовой аспект», реализованного в рамках программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2012–2013 гг.

¹ Принцип взаимного признания фактически был признан Судом ЕС в качестве общего принципа права в решениях по делам. См. напр.: Case C-5/94 Hedley Lomas [1996] ECR I-02553; Case C-87/94 Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium [1996] ECR I-02043; Case C-205/89 Commission of the European Communities v Hellenic Republic [1991] ECR I-01361. Явное подтверждение квалификации данного принципа как общего принципа права было сделано Судом в решении по делам, касающимся заключения государственных контрактов. См., напр.: Case C-225/98 Commission of the European Communities v French Republic (Nord-Pas-de-Calais) [2000] ECR I-07445; Case C-231/03 Coname [2005] ECR I-07287.

ектами свобод (товарами, лицами, услугами, капиталами). Принцип взаимного признания является чрезвычайно динамичным — он эволюционирует с течением времени и адаптируется к различным сферам.

Принцип взаимного признания играет немаловажную роль в реализации принципа свободного движения услуг. В статье, в частности, будут рассматриваться различия между применением принципа взаимного признания в сфере предоставления услуг и в сфере торговли товарами в рамках внутреннего рынка ЕС и выявляются их основания.

Содержание и правовая основа принципа взаимного признания

В учредительных договорах Сообщества (ныне — ЕС) не раскрывается содержание принципа взаимного признания, но некоторые положения направлены на его обеспечение. Чрезвычайно важно, что принцип взаимного признания закреплен в Договоре об учреждении Европейского экономического сообщества (далее — ЕЭС) с момента его создания. Речь идет о ст. 57 договора (ныне — ст. 53 *Договора о функционировании Европейского союза*², далее — ДФЕС), в которой данный принцип упоминается применительно к дипломам, сертификатам и иным документам, подтверждающим ту или иную профессиональную квалификацию (профессиональное образование). Действие данной статьи распространяется на право учреждения³ и свободу предоставления услуг.

Будучи закрепленным в акте первичного права ЕЭС, принцип взаимного признания служил в качестве правовой основы для целого ряда так называемых «переходных мер», принимаемых с 1964 г.⁴ В дальнейшем он лег в основу секторальных директив о признании дипломов по шести медицинским специальностям, дипломов архитекторов и юристов (адвокатов), а также общей системы признания дипло-

² Consolidated Versions of the Treaty on European Union and the Treaty on the Functioning of the European Union // Official Journal C 115. 09.5.2008.

³ Под свободой учреждения (ст. 49 ДФЕС) понимается свобода передвижения граждан ЕС (физических лиц) на территорию другого государства-члена с целью получения статуса гражданина-предпринимателя или создания обществ (первичных структур предпринимательской деятельности) и осуществления там постоянной экономической деятельности; а также свободу передвижения граждан одного из государств-членов ЕС, учредивших свое собственное дело на территории одного из них, с целью создания представительств, филиалов и дочерних компаний (вторичные структуры). Для краткости формулировок в статье будет использоваться термин «право учреждения» или «свобода учреждения» (the right of establishment (англ.), le droit d'établissement (фр.)), хотя с точки зрения содержания было бы юридически грамотнее использовать термин «свобода создания постоянных коммерческих предприятий» или «свобода осуществления постоянной самостоятельной трансграничной экономической деятельности». Сторонником последнего термина является, например, Ю.М. Юмашев. См.: Юмашев Ю.М., Филимонов К.В. Свобода осуществления постоянной самостоятельной экономической деятельности (СОПСТЭД) в праве Европейского союза // Правовые исследования: новые подходы: сб. ст. факультета права НИУ ВШЭ / под общ. ред. Е.Н. Салыгин, О.М. Олейник, М.А. Краснов, В.Б. Исаков, Л.А. Прокудина, С.А. Маркунцов, С.А. Чеховская, Т.С. Жукова. М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ», 2012. С. 58–86.

⁴ В эти директивы многократно вносились изменения, и в конечном итоге они были заменены Директивой 2005/36 о признании профессиональных квалификаций. Official Journal L 255. 30.9.2005. P. 22–142. См., напр.: Council Directive 64/222/EEC of 25 February 1964 Laying Down Detailed Provisions Concerning Transitional Measures in Respect of Activities in Wholesale Trade and Activities of Intermediaries in Commerce, Industry and Small Craft Industries // Official Journal 56. 4.4.1964. P. 857–863.

мов и квалификаций. В то же время считается, что принцип взаимного признания был включен в правовую систему Сообщества с принятием Судом ЕС⁵ решения по делу *120/78 Cassis de Dijon*⁶ и основанного на нем Сообщения⁷ Комиссии. В конечном итоге с момента принятия в 1985 г. нового подхода к гармонизации и стандартизации⁸ принцип взаимного признания стал неотъемлемой частью внутреннего рынка⁹. Ключевые принципы нового подхода изложены в Резолюции Совета о новом подходе в отношении технической гармонизации стандартов¹⁰. Относительно недавно был принят регламент, который устанавливает процедуры, связанные с применением некоторых национальных технических правил к товарам, законно произведенным и продаваемым в другом государстве-члене¹¹.

Впервые содержание принципа взаимного признания было сформулировано в решении по делу *120/78 Cassis de Dijon*, которое касалось устранения ограничений свободы движения товаров¹². Суть дела заключалась в следующем.

Компания Реве-Централе АГ собиралась импортировать «Касси» (традиционный черносмородиновый ликер, производимый в Дижоне) в Германию. В соответствии с рецептурой оптимальное содержание алкоголя в «касси» составляет 15–20%, что

⁵ В данной статье под «Судом ЕС» будет пониматься как Суд Европейских Сообществ, так и Суд Европейского союза (в зависимости от года принятия того или иного решения).

⁶ Case 120/78 Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon) [1979] ECR 649.

⁷ Communication interprétative de la Commission du 3 octobre 1980 sur les suites de l'arrêt rendu par la CJCE, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 Cassis de Dijon, JOCE C 256, du 3 octobre 1980. P. 2.

⁸ Директивы, принятые согласно новому подходу, не содержат детальных правил, но закрепляют основные требования в сфере безопасности и здравоохранения, защиты прав потребителей, защиты окружающей среды, технические вопросы, регулирование которых осуществляется методом отсылки к международным, европейским или национальным нормам. Директивы применяются в отношении определенной отрасли промышленности в целом, а не отдельных групп товаров в рамках данной отрасли.

⁹ Новый подход был предусмотрен одним из основных пунктов *Белой книги* по завершению создания единого внутреннего рынка (White Paper. Com (85) 310 of 14 June 1985 // СПС Eur-Lex. // URL: <http://eur-lex.europa.eu>).

¹⁰ Council Resolution of 7 May 1985 on a New Approach to Technical Harmonization and Standards // Official Journal C 136. 4.6.1985. P. 1–9. Гармонизация должна выражаться лишь в принятии основных стандартов безопасности. Из практики Суда ЕС следует, что товарам, которые соответствуют этим стандартам, должен обеспечиваться свободный доступ на рынок и свободное движение.

См. также: Council Resolution of 21 December 1989 on a Global Approach to Conformity Assessment // Official Journal C 10. 16.1.1990. P. 1–2.

Отметим одну из точек зрения по поводу роли принципа взаимного признания в «новом подходе». Так, М. Донни считает, что новый подход, в котором прослеживаются выводы Суда ЕС по делу *C-120/78 Cassis de Dijon*, основывается на принципе взаимного признания национального регулирования. Это позволяет ограничивать гармонизацию основными требованиями, допущенными Судом и в целях защиты интересов согласно ст. 36 ДФЕС. *Dony M. Droit de l'Union Européenne. Troisième édition revue et augmentée. Edition de l'Université de Bruxelles: Bruxelles, 2008, 2010. P. 397.* Однако не ясно, что автор понимает под основными требованиями: императивные требования общего интереса или требования, закрепленные в директиве.

¹¹ Regulation (EC) № 764/2008 the European Parliament and the Council of 9 July 2008 Laying Down Procedures Relating to the Application of Certain National Technical Rules to Products Lawfully Marketed in another Member State and Repealing Decision № 3052/95/EC // Official Journal L 218/21. 13.8.2008.

¹² Практикой Суда ЕС был внесен существенный вклад в формирование механизма правового регулирования свободы предоставления услуг. Правовой основой свободы предоставления услуг также являются некоторые решения Суда, которые первоначально не касались услуг.

соответствует требованиям французского законодательства к содержанию алкоголя в ликере. Однако немецкие власти (федеральная монопольная служба по спиртным напиткам ФРГ) отказали в продаже на территории Германии французского ликера на том основании, что согласно немецкому законодательству (нормам о ликерах) содержание алкоголя в ликерах должно быть не меньше 25%. Компания Реве-Централе АГ подала иск в Налоговый суд земли Гессен. Суд направил запрос в Суд ЕС. Истец считал, что немецкие требования являются мерами, равнозначными количественным ограничениям. Ответчик ссылаясь на то, что в целях защиты прав потребителей в Германии существуют единые стандарты, которые применяются без дискриминации и к зарубежным, и к отечественным производителям.

Из решения Суда ЕС следует, что в отсутствие гармонизирующего правового регулирования на уровне Сообщества препятствия трансграничному движению товаров, связанные с различиями в законодательствах государств-членов, будут правомерными в той мере, в какой это необходимо для соответствия императивным требованиям (особенно в целях эффективности налогового контроля, добросовестности торговли, обеспечения общественного здоровья и защиты прав потребителей). В решении Суд дал толкование содержанию понятия «меры, равнозначные количественным ограничениям импорта», закрепленного в ст. 30 Договора об учреждении ЕЭС (ныне — ст. 34 ДФЕС)¹³ в свете рассматриваемого дела. К таким мерам Суд отнес фиксирование государством-членом минимального содержания алкоголя в спиртосодержащих напитках в отношении импортируемых алкогольных напитков, правомерно произведенных и продаваемых на территории другого государства-члена. В конечном итоге Суд признал незаконным требования немецкого законодательства о минимальном содержании алкоголя на том основании, что они не являются пропорциональными поставленным целям (защите общественного здоровья и защите прав потребителей в результате незаконной торговли). Германия должна была признать стандарты, действовавшие на территории Франции, эквивалентными своим собственным.

Таким образом, при рассмотрении данного дела Судом ЕС был разработан правовой механизм свободы движения товаров, основанный на трех основных критериях¹⁴, одним из которых является критерий или принцип взаимного признания, или страны происхождения (часто эти критерии рассматривают как синонимы). В дальнейшем он стал применяться в процессе реализации остальных свобод общего (ныне — внутреннего рынка), став одним из общих принципов либерализации трансграничных экономических отношений. Согласно точке зрения Ю.М. Юмашева, трудно переоценить значение принципа взаимного признания для создания единого внутреннего рынка на всей территории ЕС¹⁵.

В соответствии с принципом взаимного признания для обеспечения, например, свободы движения товаров или свободы предоставления услуг не требуется

¹³ Представляется необходимым отметить, что нормы права ЕС, регулирующие свободы внутреннего рынка и свободу движения товаров в частности, имеют прямое действие.

¹⁴ Другими двумя критериями являются критерий императивных требований общего (всеобщего или государственного) интереса или всеобщего блага (imperative reasons relating to the public interest) и критерий или принцип пропорциональности.

¹⁵ См.: Юмашев Ю.М. Свобода движения товаров в ЕС (нетарифные ограничения) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2009. № 3. С. 81.

гармонизация национального законодательства государств-членов¹⁶. В доктрине часто встречается точка зрения, что принцип взаимного признания применяется в отсутствие гармонизирующих актов на уровне ЕС, т.е. они исключают друг друга. Также сравнивают рассматриваемый принцип и процесс гармонизации, выделяя их преимущества и недостатки¹⁷. Здесь, скорее всего, имеется в виду принцип взаимного признания в его классическом понимании.

Существует и иная, более гибкая формулировка, в которой подчеркивается, что принцип взаимного признания применяется в отношении товаров или услуг, которые не являются объектом гармонизирующих норм на уровне ЕС, или на которые распространяется минимальная¹⁸ и необязательная гармонизация¹⁹. Здесь следует добавить, что новый подход к гармонизации также не исключает применение принципа взаимного признания.

Содержание принципа сводится к следующему: товар, законно произведенный, или услуга, законно предоставляемая в одном государстве-члене, не могут быть запрещены в другом государстве-члене. Таким образом, им должен быть обеспечен доступ на рынок другого государства-члена (принимающего государства). В законодательстве государств-членов не должна быть запрещена возможность доступа товаров на рынок, отвечающим эквивалентным стандартам, установленным в других государствах-членах. Принимающее государство не должно применять дискриминационные меры в отношении данных товаров или услуг на основании их происхождения. Оно также обязано признавать и разъяснять всю правовую информацию о товаре или услуге из другого государства-члена.

Единственное исключение связано с защитой общего интереса: из соображений императивных требований общего интереса, а также на основании ст. 36 ДФЕС

¹⁶ См.: Le principe de la reconnaissance mutuelle dans le marché intérieur // http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/internal_market_general_framework/121001b_fr.htm

Communication de la Commission «La reconnaissance mutuelle dans le cadre du suivi du plan d'action pour le marché intérieur» [COM(1999) 299 final — Non publié au Journal officiel].

Представляется, что это наиболее удачное определение, поскольку подчеркивается самостоятельность принципа и не отрицается в то же время возможность принятия гармонизирующих актов. Хотя принцип взаимного признания, применяемый на основании актов гармонизации, не является таковым в чистом виде. Если в силу гармонизации не принимается в расчет законодательство государства происхождения, то признание не может быть взаимным по определению. Все зависит от подхода к процессу гармонизации, от степени гармонизации. Например, выделяют полную гармонизацию, необязательную гармонизацию, частичную гармонизацию, минимальную гармонизацию, возвратную гармонизацию, а также так называемый новый подход.

¹⁷ См.: EU Law. Text, Cases and Materials / Paul Craig and Gráinne de Búrca. 4th ed. Oxford University Press, 2008. P. 836: «Принцип взаимного признания имеет как свои преимущества в сравнении с временнзатратным секторальным подходом гармонизации, так и недостатки».

¹⁸ Минимальная гармонизация является одним из наиболее часто применяемых сегодня способов сближения национальных законодательств государств-членов. Она заключается в разработке минимальных стандартов на уровне ЕС. Допускается принятие государствами более строгих мер в отношении своих товаров и услуг.

¹⁹ В рамках данного подхода в директивах закрепляется гармонизированный стандарт и производители могут выбирать, следовать ему или нет. Однако гармонизированный стандарт должен применяться, если производители намерены производить торговлю товарами через границы государств-членов ЕС. Если они имеют целью осуществлять данную деятельность в рамках местного рынка, то они вправе применять гармонизированный стандарт или нормы национального права.

(бывшая ст. 30²⁰) в отношении свободы движения товаров и ст. 52 ДФЕС (бывшая ст. 46) в отношении свободы предоставления услуг и свободы учреждения. Это исключение выступает объектом строгого регулирования. Например, принимающее государство-член вправе отказать в доступе на рынок поставщику услуг из соображений защиты окружающей среды, прав потребителей, добросовестной торговли, многообразия средств массовой информации, общественной безопасности, общественного порядка и здравоохранения.

Таким образом, нормы государства происхождения товара или услуги превалируют над нормами государства назначения. Это позволяет избежать распространения «двойного регулирования»²¹ на товар или деятельность по предоставлению услуг (особенно поставщика услуг), излишней детализации правового регулирования на уровне ЕС, гарантирует уважение национальных традиций и поддержку разнообразия товаров и услуг. Следствием данного подхода является также то, что национальные правовые системы государств-членов находятся в состоянии конкуренции друг с другом. По идее, это должно быть выгодно как производителям и продавцам товаров и поставщикам услуг, так и потребителям. Несмотря на такие преимущества, в результате применения анализируемого принципа можно усмотреть и определенные недостатки. Например, в сфере торговли товарами будут применяться стандарты государства происхождения, даже если они представляют собой более низкие требования к качеству товара.

Будучи средством обеспечения как доступа на рынок, так и разнообразия национального правового регулирования, принцип взаимного признания является ограниченным посредством деятельности как государств-членов, так и институтов (органов) ЕС. Например, иногда эквивалентность товаров и услуг (как правило, требований к поставщику) из других государств-членов признается достаточно неохотно. Действие принципа взаимного признания ограничивается в том числе и Судом ЕС, во-первых, посредством введения императивных требований, которые могут исключить применение принципа взаимного признания. Во-вторых, согласно развивающейся идее функциональной эквивалентности процесс оценки эквивалентности должен учитывать не только иностранные стандарты, но и рассматривать более широкую сферу взаимоотношений, в рамках которой будут использоваться товары и услуги²².

В качестве примера можно привести решение по делу *C-188/84 Woodworking machines*²³. Речь шла о столярном оборудовании, производимом в Германии в соответствии со стандартами, учитывающими, что люди, которые работают с этим оборудованием, должны иметь высокий уровень подготовки или квалификации. Однако во Франции стандарты предполагали низкий (или несущественный) уровень подготовки. Рассмотрев данные различия между законодательствами двух

²⁰ В данной статье под бывшими статьями будут пониматься статьи Договора об учреждении Европейского Сообщества.

²¹ На товар распространяет действие лишь законодательство государства его происхождения.

²² См.: *Barnard C. The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms. Oxford University Press, 2004. P. 508.*

²³ *Case C-188/84 Commission of the European Communities v French Republic (Woodworking machines) [1986] ECR 00419.*

государств, Суд позволил Франции применять свои собственные стандарты в отношении импортируемых из Германии товаров.

Важно обратить внимание на то, что в доктрине встречаются разные подходы к пониманию принципа взаимного признания в зависимости от его правовой основы. Так, одни авторы различают принцип взаимного признания как общий принцип права, с одной стороны, а с другой — как взаимное признание, реализованное посредством директив (технического характера), общих систем признания дипломов и нового подхода к гармонизации. Другие авторы проводят разграничение между судебным признанием и признанием посредством иных актов правового регулирования. Акцент делается именно на втором виде признания, особенно на предварительном признании, например, осуществляемом посредством механизма уведомления о принятии определенных технических правил (стандартов, требований).

Различие в рассмотренных подходах может объясняться тем, что первый расчитан в большей степени на применение принципа в сфере предоставления услуг, в то время как второй — торговли товарами. Применительно к услугам правовое регулирование является более ограниченным, как и система предварительного уведомления о принятии национальных мер.

В доктрине также выделяют активное признание и пассивное признание. В первом случае власти принимающего государства должны сами оценивать эквивалентность правовых актов других государств-членов. Во втором власти принимающего государства лишь применяют систему взаимного признания, принятую на уровне ЕС. Достаточно распространена точка зрения, что следует различать эквивалентность, которая может быть констатирована национальными властями государств-членов или Судом ЕС в отсутствие регулирования на уровне ЕС, и взаимное признание, требование и условия которого закреплены в секторальных актах права ЕС.

Представляется, что наиболее часто встречается подход, согласно которому разделяют признание в отсутствие какого-либо правового инструмента (признания или сближения законодательств) и признание на основании актов вторичного права²⁴.

Более понятной и закономерной представляется классификация в зависимости от инструмента, который предусматривает взаимное признание. Выделяют случаи, когда не действуют никакие правовые положения (признание в чистом виде); когда признание осуществляется при помощи систем обмена информацией или систем координации или же обусловлено обязанностью административного сотрудничества со стороны национальных властей; когда признание предусмотрено актами вторичного права ЕС, но не является автоматическим и полным (общие системы признания дипломов); когда признание является следствием предварительной гармонизации и имеет квазиавтоматическое действие²⁵.

²⁴ *Nikolaidis K., Schmidt S. Mutual Recognition «on Trial»: the Long Road to Services Liberalization // JEPP. 14:5 (2007). P. 717–734. См. также: EU Law. Text, Cases and Materials / Paul Craig and Gráinne de Búrca. 4th ed. Oxford University Press, 2008.*

²⁵ *Hatzopoulos V. Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services // College of Europe. Research Papers in Law. Cahiers Juridiques. 2/2009. P. 15 // URL: <http://www.coleurope.eu/content/studyprogrammes/law/studyprog/pdf/Research%20Paper%20202009%20Hatzopoulos.pdf>*

Сфера применения принципа взаимного признания

Принцип взаимного признания применяется как минимум к четырем объектам или ситуациям. Во-первых, к документам (и национальным, и унифицированным на основании гармонизирующих актов ЕС и признанным всеми государствами-членами). Во-вторых, к определенным мерам (гарантийное или страховое покрытие в одном государстве-члене признается во всех других государствах-членах, в которых оно требуется). В-третьих, когда сложно определить соответствие между нужными нормами государства происхождения и государства назначения услуги. Например, с целью защиты прав потребителей в одном государстве-члене от поставщика требуется быть записанным в национальные реестры, а в другом государстве-члене действует система информирования потребителей, например, о рисках предоставляемых услуг, об ответственности поставщика. Если будет установлено, что в каждом из этих государств обеспечивается сравнимая защита интересов потребителей, то действие принципа взаимного признания должно распространиться на две первоначально разные системы²⁶. В-четвертых, речь идет о доминировании единой цели регулирования над различными путями ее достижения в разных государствах. В частности, во Франции при наборе государственных служащих должны учитываться квалификации и опыт работы, полученные в рамках других систем образования и государственной службы²⁷.

Итак, основными формами взаимного признания в ЕС наряду с признанием лицензий и стандартов является признание профессиональных квалификаций и документов, их подтверждающих²⁸.

Особенности применения принципа взаимного признания к предоставлению услуг

Принцип взаимного признания распространяется на различные элементы правового статуса субъектов и объектов трансграничных отношений. Прежде всего необходимо отметить, что особенности такого объекта экономических отношений, как услуги, а также, естественно, и их правового регулирования влияют на применение принципа взаимного признания в этой сфере.

С точки зрения механизма правового регулирования для услуг характерно большое разнообразие источников регулирования: кроме актов органов государственной власти ими являются и те, которые принимаются внутри синдикатов²⁹, профессиональных сообществ³⁰, спортивных союзов³¹. Что касается правового регулирования на региональном или местном уровнях, сложно установить его влияние на трансграничную торговлю и обосновывать применение положений ДФЕС³². При при-

²⁶ См.: *Hatzopoulos V.* Op. cit.

²⁷ Case C-285/01 *Isabel Burbaud v Ministère de l'Emploi et de la Solidarité* [2003] ECR I-08219.

²⁸ См.: *Кашкин С.Ю., Калининко П.А., Четвериков А.О.* Введение в право Европейского Союза: учеб. / под ред. С.Ю. Кашкина. 3-е изд., перераб. и доп. М.: «Эксмо», 2010. С. 370.

²⁹ Case C-341/05 *Laval un Partneri Ltd v Svenska* [2007] ECR I-11767.

³⁰ *Joined cases C-94/04 and C-202/04 Cipolla* [2006] ECR I-11421.

³¹ Case 36-74 *Walrave* [1974] ECR 01405; Case C-415/93 *Bosman* [1995] ECR I-04921.

³² См.: *Hatzopoulos V.* Op. cit.

менении положений ДФЕС также возникает большое количество сложностей с взаимным признанием множества различных по своему характеру и содержанию норм.

Стоит отметить, что во многих случаях потребитель является объектом оказания услуги и (или) непосредственно участвует в процессе ее предоставления; как правило, услуга имеет индивидуальный характер. Это качество менее свойственно услугам, для предоставления которых не предъявляются высокие требования к образованию (услуги, предоставляемые уборщиками, садовниками, работниками гостиниц), в отличие от тех, для возможности предоставлять которые требуется высокий уровень квалификации (услуги врачей, юристов, архитекторов и т.д.). Кроме того, очень сложно определить длительность предоставления услуги.

Принципиальными различиями между такими экономическими объектами, как услуга и товар, является также то, что услугам чаще всего свойственны качества неосвязаемости и невидимости. Услуге приписываются также такие характеристики, как недвижимость, невозможность хранения, в противовес товару, который, наоборот, движим и может подлежать хранению³³. Качество услуги более изменчиво по сравнению с материально-вещественным товаром.

Сформулировать требования к содержанию услуги намного сложнее, чем к товару. Правовое регулирование услуг сводится, как правило, к регулированию условий, которые должны выполнять поставщики, чтобы получить разрешение на осуществление своей деятельности по предоставлению той или иной услуги (наличие определенной квалификации, запись в реестрах, ответственность), а также условий для осуществления этой деятельности (дни и часы предоставления услуг, установление цен). Следовательно, преобладает регулирование действий, которые ведут к возможности предоставления услуг, нежели регулирование содержания услуги³⁴. Различие в подобных видах регулирования имеет непосредственное влияние на применение принципа взаимного признания.

В силу того, что услуги разнообразны и многочисленны и большая часть регулирующих их норм касается не содержания, а в основном требований, предъявляемых к поставщику услуг, можно говорить еще об одной критерии, отличающей услуги от товаров. Так, производство товаров и требования, которым они должны соответствовать, зависят в большой степени от четких технических правил, которые к услугам, как правило, неприменимы. Под техническими правилами (нормами) понимаются, в частности, технические стандарты. В сфере услуг правовое регулирование технического характера имеет узкую область применения, в то время как в основном применяется регулирование экономического и социального характера, касающееся трудовых отношений, а также защиты прав потребителей. Такое регулирование сложно поддается учету в силу разнообразия его источников и процесса гармонизации.

Практически невозможно применить к услугам³⁵ систему уведомления, закрепленную в отношении товаров в *Директиве 98/34 о процедуре предоставления ин-*

³³ *Feketekuty G. International Trade in Services: An Overview and Blueprint For negotiations. Cambridge: Trebilcock, Howse, 1988. P. 217.*

³⁴ *Hatzopoulos V. Op. cit.*

³⁵ За исключением услуг информационного общества, технические аспекты которых преобладают.

формации в сфере технических стандартов и регулирования³⁶. Во исполнение этой директивы все технические спецификации, технические правила или иные требования к товарам, их продаже и даже использованию должны сообщаться комиссии прежде, чем они будут введены в действие.

Директива 2006/123 по услугам на внутреннем рынке³⁷ вводит систему уведомления мер, принимаемых государствами-членами. В соответствии с п. 7 ст. 15 директивы государства-члены обязаны уведомлять комиссию о всех новых принятых ими законодательных и административных актах, предусматривающих определенные требования для доступа к деятельности по предоставлению услуг и ее осуществлению. Причем требования касаются не самого предоставления услуг, а учреждения поставщика услуг. Например, это требование к юридической форме поставщика, к минимальному числу работников, запрет иметь больше одного места учреждения на территории одного государства; обязанность поставщика предоставлять совместно с его услугой другие услуги. Государства-члены должны следить за тем, чтобы эти требования соответствовали условиям недискриминации, необходимости и пропорциональности, а также привести в соответствие с ними свои законодательные и административные нормы. Под необходимостью понимается обоснование требований императивными требованиями общего интереса. Таким образом, речь идет об исключениях из применения принципа взаимного признания, а точнее — о правомочном основании его ограничения.

Либерализация предоставления услуг и повышение эффективности принципа взаимного признания в рамках внутреннего рынка ЕС

Процесс либерализация торговли услугами в рамках ЕС характеризуется неравномерностью и тормозился из-за неразвитости правового регулирования, разнообразия услуг, их особой природы, длительности предоставления, столкновения интересов государства-члена, на территории которого учрежден поставщик услуг, и государства-члена, на территории которого происходит их предоставление; столкновений интересов потенциальных поставщиков и получателей услуг³⁸. К тому же на национальном уровне существующие механизмы соблюдения норм права Сообщества долгое время были неэффективными или недостаточными.

В 1997 г. комиссия приняла «План действий для единого рынка»³⁹, направленный на улучшение функционирования единого рынка к 1 января 1999 г. В Плане применение принципа взаимного признания называлось среди приоритетных задач для достижения стратегических целей: сделать законодательство, касающееся единого рынка, более эффективным; устранить принципиальные противоречия, влияющие

³⁶ Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 Laying Down a Procedure for the Provision of Information in the Field of Technical Standards and Regulations // Official Journal L 204. 21.7.1998. P. 37–48.

³⁷ Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on Services in the Internal Market // Official Journal L 376. 27.12.2006. P. 36–68.

³⁸ См.: Постникова Е. В. Эволюция правового регулирования свободы предоставления услуг в Европейском союзе // Международное право и международные организации. 2012. № 4.

³⁹ Achèvement du Marché unique: le Plan d'action fixe l'agenda // Сайт Европейской Комиссии // URL: http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/action-plan_fr.htm

на рынок; исключить секторальные барьеры на пути интеграции рынков и создать единый рынок для граждан ЕС.

Для достижения поставленных целей комиссия проанализировала сложности применения принципа взаимного признания. Результаты были представлены в опубликованном в 1999 г. сообщении «Взаимное признание в рамках реализации плана действий по становлению внутреннего рынка»⁴⁰. Комиссия пришла к выводу, что принцип взаимного признания не был в полной мере реализован по причине существования препятствий на уровне норм и технических правил. Среди обстоятельств, затрудняющих реализацию принципа взаимного признания следует назвать контроль со стороны государства назначения услуги в целях защиты прав потребителей (который далеко не всегда необходим); административные сроки, стоимость административных процедур, неспособность решать сложные вопросы, например, в отношении инновационных услуг; недостаток взаимного доверия к актам других государств-членов⁴¹. Это привело к тому, что многие поставщики услуг были вынуждены приводить свою деятельность в соответствие с требованиями принимающего государства и даже отказываться от осуществления деятельности по предоставлению услуг на территории другого государства-члена.

Следует отметить, что комиссия столкнулась с недостаточностью информации, необходимой для того, чтобы объективно оценить эффективность принципа взаимного признания. Доступные сведения не позволили точно оценить его экономическое влияние. Однако, несмотря на это, было очевидно, что данный принцип является чрезвычайно важным для многих производственных сфер и секторов услуг. Комиссия располагала лишь информацией о количестве поданных ей жалоб. Число же дел, в которых производители товаров или поставщики услуг следовали законодательству принимающего государства и вынуждены были уйти с рынка этого государства, неизвестно. В сообщении приведены секторы услуг, применительно к которым комиссия получила наибольшее число жалоб о несоблюдении принципа взаимного признания. Это услуги в области торговых коммуникаций, обеспечения безопасности, выдачи патентов, строительства. Было также подчеркнуто, что в сфере признания регламентируемых профессий⁴² с трудностями применения данного принципа сталкиваются в основном физические лица. В сфере финансовых услуг комиссия установила злоупотребление принимающими государствами-членами понятием общего интереса и защитой прав потребителей при запрете соответствующей деятельности на их территории. Был сделан вывод, что существующие правовые барьеры ограничивают возможности единого рынка электронной торговли, и что в сфере торговых коммуникаций (в частности, рекламы) существующие различия правового регулирования в государствах-членах препятствуют становлению внутреннего рынка⁴³.

⁴⁰ Communication from the Commission «Mutual Recognition in the Context of the Follow-Up of the Action Plan for the Single Market» [COM(1999) 299 final — Not published in the Official Journal].

⁴¹ Le principe de la reconnaissance mutuelle dans le marché intérieur // Портал Европейского союза «Europa» // URL: <http://www.europa.eu.int/scadplus/leg/fr/lvb/l21001b.htm>

⁴² См. далее про признание профессиональных квалификаций.

⁴³ См.: Premier rapport biennal sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle dans les marchés de produits et de services. SEC(1999)1106 // Портал Европейского Союза «Europa» // URL: http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/internal_market_general_framework/l21001b_fr.htm

Deuxième rapport biennal sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle au sein du marché intérieur [COM(2002) 419 final] // Документ опубликован не был. СПС Eur-Lex. // URL:

Комиссия заявила, что каждые два года будет представлять отчет о реализации принципа взаимного признания. В частности, комиссия предложила проводить экономический анализ применения этого признания в различных секторах для улучшения качества системы оценки экономических преимуществ, а также анализ национальных норм по защите прав потребителей в финансовом секторе, организовать круглые столы с участием представителей государств-членов и предприятий; развить систему обработки жалоб в сфере финансовых услуг, предпринять секторальные инициативы для содействия применению принципа взаимного признания в сфере услуг (в частности, в области воздушного транспорта и телекоммуникаций), сделать возможным для экономических операторов запрашивать обоснование отказа в применении принципа. На международном уровне комиссия предложила заключить соглашения о взаимном признании в рамках ГАТС. Комиссия предложила государствам-членам давать в разумные сроки ответ на просьбы о применении принципа взаимного признания; усилить сотрудничество национальных властей; разрабатывать регулярные отчеты о сложностях применения принципа и путях их решения; следовать практике Суда ЕС и включать в национальное законодательство положения, касающиеся взаимного признания.

Требование соблюдения принципа взаимного признания содержится в директивах гармонизирующего характера, например в сфере государственных закупок и признания профессиональных квалификаций. Что касается практики Суда ЕС, то в качестве примера можно назвать решение по делу *C-184/96 Foie Gras*⁴⁴, в котором было признано, что Франция нарушила свое обязательство, вытекающее из ст. 30 Договора об учреждении ЕЭС (ныне — ст. 36 ДФЕС). Франция приняла закон (декрет), касающийся использования термина «foie gras»⁴⁵, в который не было включено положение о взаимном признании. С этого момента комиссия требует, чтобы положение о взаимном признании включалось во все технические акты с целью информировать экономических субъектов о действии данного принципа⁴⁶.

Рассмотренное сообщение комиссии легло в основу *Резолюции Совета о взаимном признании* 1999 г.⁴⁷, в котором подчеркивается важность данного принципа для надлежащего функционирования внутреннего рынка. Для достижения этой цели необходимо последовательно сочетать гармонизирующее законодательство, стандартизацию (нормообразование)⁴⁸, инструменты, позволяющие проверять соответствие (эквивалентность) и *взаимное признание*. Применительно к сфере предоставления услуг Совет посчитал необходимым предпринимать новые меры по надлежащему применению принципа взаимного признания. Особое внимание следовало уделить финансовым услугам, а также признанию профессиональных квалификаций и документов, их подтверждающих. В итоге Совет призывал государства-члены изучить и упростить национальное законодательство и проце-

http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=COMfinal&an_doc=2002&nu_doc=419

⁴⁴ Case C-184/96 Commission of the European Communities v French Republic (*Foie Gras*) [1998] ECR I-06197.

⁴⁵ Foie gras (фр.) — паштет из гусиной печени.

⁴⁶ *Barnard C.* Op. cit. P. 507.

⁴⁷ Council Resolution of 28 October 1999 on Mutual Recognition // Official Journal C 141 of 19.5.2000.

⁴⁸ Normalisation (фр.), standardization (англ.)

дуры применения принципа взаимного признания, повысив их эффективность и скорость; усилить административное сотрудничество, оказывать поддержку комиссии по сбору информации о проблемах применения принципа взаимного признания. В свою очередь комиссии рекомендовалось, в частности, собирать информацию об успешном и неудачном применении принципа, а также об экономических последствиях. Поддержку комиссии и государствам в сборе сведений, связанных с проблемами применения данного принципа предлагалось оказывать как предпринимателям, так и просто гражданам.

Рассмотрим роль принципа взаимного признания в правовом регулировании заключения государственных контрактов на предоставление услуг. Открытие рынка государственных закупок, особенно услуг для трансграничной конкуренции, было достаточно сложным и длительным процессом⁴⁹. Принятие в 2004 г. двух директив явилось его важным этапом (*Директива 2004/18 относительно координации процедур заключения государственных контрактов на выполнение работ, поставку товаров и предоставление услуг*⁵⁰ и *Директива 2004/17 относительно координации процедур заключения государственных контрактов в сфере водоснабжения, энергетики, транспорта и почтовых услуг*)⁵¹. Они представляют собой консолидацию имеющегося законодательства. Следует подчеркнуть, что текст директив был разработан на основе практики Суда ЕС. В директивах указано, что заключение государственных контрактов должно соответствовать принципам ДФЕС, особенно свободе движения товаров, учреждения и предоставления услуг, а также принципам, которые из них вытекают: равенства, недискриминации, *взаимного признания*, пропорциональности и прозрачности⁵². Аналогичное положение содержится в Сообщении Комиссии, касающемся права Сообщества, применимого к заключению контрактов, на которые не распространяется или распространяется частично действие директив о государственных контрактах⁵³.

⁴⁹ Ввиду большого значения государственных закупок для развития европейской интеграции открытие рынка государственных закупок было включено в качестве одного из ключевых элементов Программы внутреннего рынка. Предполагалось, что преимущества от ликвидации дискриминации в сфере государственных закупок будут выражаться в снижении закупочных цен, в повышении качества товаров, работ, услуг. Программа предусматривала принятие ряда директив, направленных на открытие рынка государственных закупок в целях обеспечения подлинной трансграничной конкуренции. Программа Комиссии по завершению становления внутреннего рынка была изложена в Белой книге 1985 г. и начала реализовываться посредством Единого Европейского Акта.

⁵⁰ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the Coordination of Procedures for the Award of Public Works Contracts, Public Supply Contracts and Public Service Contracts // Journal Officiel № L 134 du 30/04/2004. P. 0114—0240.

⁵¹ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Journal officiel № L 134 du 30/04/2004. P. 0001—0113.

⁵² Принцип взаимного признания как общий принцип права был подтвержден в таком качестве Судом ЕС наравне с принципами недискриминации, прозрачности, пропорциональности и равенства регулирования в решениях, касающихся применения данного принципа к заключению государственных контрактов. См.: Case C-225/98 Commission of the European Communities v French Republic (Nord-Pas-de-Calais) [2000] ECR I-07445).

⁵³ La communication interprétative de la Commission relative au droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives marchés publics // JO C 179 du 1.8.2006. P. 2—7.

В преамбулах директив в отношении государственных контрактов, стоимость которых превышает определенный уровень, рекомендовано разрабатывать положения по координации на уровне ЕС национальных процедур заключения контрактов, которые должны основываться на перечисленных принципах (в том числе, и на принципе взаимного признания) как для обеспечения их реализации, так и в целях открытия рынка государственных закупок для конкуренции. Специально оговаривается, что нормы ЕС, касающиеся взаимного признания дипломов, сертификатов и иных документов, подтверждающих квалификацию, применяются, если необходимо представить доказательства полученной квалификации для участия в процедурах заключения контракта или в конкурсе.

Принцип взаимного признания непосредственно закреплен и в ст. 52 «Взаимное признание в отношении административных, технических или финансовых условий, а также сертификатов, опыта и иных подтверждений квалификации» Директивы 2004/17. Согласно данной статье, государственный заказчик обязан признавать эквивалентные сертификаты, выданные органами (учреждениями), находящимися на территории других государств-членов. Речь идет о выборе тех экономических субъектов, которые могут представить предложения в рамках процедуры с ограниченным числом участников⁵⁴ или переговорной процедуры⁵⁵, когда решение государственного заказчика зависит, например, от квалификации. Надлежащее применение принципа взаимного признания способствует, в том числе, развитию конкуренции между потенциальными поставщиками услуг посредством упрощения порядка участия поставщиков из других государств-членов ЕС.

Таким образом, принцип взаимного признания служит одним из средств создания единого рынка государственных закупок услуг, в рамках которого гарантируется доступ как частных, так и государственных поставщиков услуг на равных условиях к рынку государственных закупок услуг любого государства-члена ЕС и обеспечивается прозрачность процедур размещения государственного заказа. Право ЕС предусматривает возможность обжалования действий субъекта, обладающего государственно-властными полномочиями и выступающего в роли заказчика, который нарушает свои обязанности. Регулирование государственных закупок и, в частности, государственных закупок услуг в ЕС рассматривалось как инструмент, способствующий развитию европейской интеграции.

Большой вклад в реализацию свободы предоставления услуг внесла *Стратегия для внутреннего рынка на 2003–2006 гг.*⁵⁶ Одним из ее приоритетных направлений выступало объединение рынков услуг, так как по-прежнему существовали важные различия в правовом регулировании рынка услуг в государствах-членах. Были, в частности, предусмотрены подготовка Советом и Парламентом проекта *Директивы о признании профессиональных квалификаций*, а также представление комиссией проекта директивы по услугам на внутреннем рынке. Принятие этих директив стало важным этапом в развитии правового регулирования свободы предоставления услуг.

Первоначально в целях координации и гармонизации законодательств государств-членов относительно признания квалификаций и соответствующих докумен-

⁵⁴ Restricted procedure (англ.).

⁵⁵ Negotiated procedure (англ.).

⁵⁶ Stratégie pour le marché intérieur — Priorités 2003–2006. COM(2003) 238 final.

тов принимались секторальные директивы, в основном, применительно к медицинским профессиям⁵⁷, архитекторам и юристам (адвокатам)⁵⁸. С конца 1980-х годов был изменен подход к гармонизации национальных требований, касающихся признания профессиональных квалификаций и подтверждающих их документов. Новый подход заключался в создании общей системы признания дипломов и квалификаций. Было принято три директивы: *Директива 89/48 об общей системе признания дипломов высшего образования, которые подтверждают профессиональное обучение, длящееся не менее трех лет*⁵⁹, *Директива 92/51 о второй общей системе признания профессионального образования*⁶⁰ и *Директива 1999/42, учреждающая механизм признания квалификаций лиц, осуществляющих профессиональную деятельность, на которую распространяется действие Директив о либерализации и переходных мерах, дополняя общие системы признания квалификаций*⁶¹. Новый подход был не лишен определенных недостатков. Например, его основной принцип — взаимное доверие — на практике сталкивался с большими трудностями, так как государства-члены не следовали ему в должной мере. Это выразалось, в частности, в том, что в большинстве случаев меры по контролю признавались обоснованными⁶². Также государства-члены отдавали предпочтение экзамену на соответствие определенной квалификации⁶³, сдать который было совсем не просто. Это являлось расширительным толкованием исключения из положения директив, предоставляющих лицу право выбора между экзаменом и периодом адаптации⁶⁴. Таким образом, принцип взаимного признания дипломов существенно ограничивался и терял свой первоначальный смысл.

В 2005 году Европейским Парламентом и Советом была принята *Директива 2005/36 о признании профессиональных квалификаций*⁶⁵, которая представляет собой консолидацию законодательства и сохраняет основные элементы ранее дей-

⁵⁷ См., напр.: Council Directive 93/16/EEC of 5 April 1993 to Facilitate the Free Movement of Doctors and the Mutual Recognition of Their Diplomas, Certificates and Other Evidence of Formal Qualifications // Official Journal L 165. 7.7.1993. P. 1–24 (утратила силу 19 октября 2007 г.).

⁵⁸ Council Directive 77/249/EEC of 22 March 1977 to Facilitate the Effective Exercise by Lawyers of Freedom to Provide Services // Official Journal L 78, 26.3.1977. P. 17–18.

⁵⁹ Council Directive 89/48/EEC of 21 December 1988 on a General System for the Recognition of Higher-Education Diplomas Awarded on Completion of Professional Education and Training of at Least Three Years' Duration // Official Journal L 19, 24.1.1989. P. 16–23 (утратила силу 19 октября 2007 г.).

⁶⁰ Council Directive 92/51/EEC of 18 June 1992 on a Second General System for the Recognition of Professional Education and Training to Supplement Directive 89/48/EEC // Official Journal L 209, 24.7.1992. P. 25–45 (утратила силу 19 октября 2007 г.).

⁶¹ Directive 1999/42/EC of the European Parliament and of the Council of 7 June 1999 Establishing a Mechanism for the Recognition of Qualifications in Respect of the Professional Activities Covered by the Directives on Liberalisation and Transitional Measures and Supplementing the General Systems for the Recognition of Qualifications // Official Journal L 201, 31.7.1999. P. 77–93 (утратила силу 19 октября 2007 г.).

⁶² EU Law. Text, Cases and Materials / Paul Craig and Gráinne de Búrca. 2nd ed. Oxford University Press, 1998. P. 742.

⁶³ An aptitude test (англ.), une épreuve d'aptitude (фр.).

⁶⁴ Под адаптационным периодом (an adaptation period — англ.; un stage d'adaptation — фр.) понимают осуществление заинтересованным лицом регламентируемой профессии в принимающем государстве под ответственностью квалифицированного работника и, как правило, сопровождающееся дополнительным обучением.

⁶⁵ Directive 2005/36/EC of the European Parliament and of the Council of 7 September 2005 on the Recognition of Professional Qualifications // Official Journal L 255, 30.9.2005. P. 22–142.

ствующих систем признания⁶⁶. Она направлена на либерализацию предоставления услуг, повышение автоматизма признания квалификаций, упрощение административных процедур. Сфера действия директивы распространяется на всех граждан какого-либо государства-члена ЕС, которые хотят работать по регламентируемой профессии как в качестве наемных, так и самозанятых работников (индивидуальных предпринимателей) в другом государстве-члене, нежели в котором они получили соответствующую профессиональную квалификацию.

Директива устанавливает правила, согласно которым государство-член, которое требует для доступа к регламентируемой профессии⁶⁷ на его территории наличия определенных профессиональных квалификаций⁶⁸ (принимающее государство), признает для доступа к этой профессии наличие профессиональных квалификаций, полученных в другом или нескольких других государствах-членах (государство происхождения) и позволяющих их обладателю заниматься этой профессией. То есть возникает вопрос об эквивалентности профессиональной деятельности, по которой получена соответствующая квалификация в государстве происхождения, и к осуществлению которой обладатель последней хочет быть допущен в принимающем государстве. Таким образом, речь идет об усмотрении государства и о возможном препятствии реализации принципа взаимного признания, а, следовательно, и свободы предоставления услуг.

Признание профессиональных квалификаций принимающим государством позволяет поставщику услуг в этом государстве осуществлять деятельность в рамках той же профессии, по которой он получил квалификацию в государстве происхождения, и осуществлять свою деятельность на тех же условиях, что национальные поставщики услуг.

⁶⁶ В ее тексте нашли отражение положения 15 директив, среди которых 12 секторальных директив и 3 директивы, которые учреждали общую систему признания профессиональных квалификаций (в том числе упомянутые выше Директива 93/16 о свободе передвижения и признания дипломов врачей) а также директивы № 89/48, 92/51/и 1999/42.

Сфера действия директивы не распространяется на регламентируемую профессию в той части, на которую распространяется действие другого акта ЕС специального характера, касающиеся признания профессиональных квалификаций.

⁶⁷ Согласно п. 1 (а) ст. 3 директивы регламентируемая профессия (*regulated profession* (англ.), *profession réglementée* (фр.)) — это профессиональная деятельность или совокупность видов профессиональной деятельности, доступ к которым, осуществление или один из способов осуществления которых является прямо или косвенно предметом регулирования законодательных или административных положений относительно обладания определенными профессиональными квалификациями. Кроме этого, регламентируемыми профессиями считаются профессии членов ассоциаций и организаций, перечисленных в Приложении 1. В их число входят, например в Ирландии, Ассоциация сертифицированных бухгалтеров.

⁶⁸ Согласно п. 1 (b) ст. 3 Директивы под профессиональными квалификациями (*professional qualifications* (англ.), *qualifications professionnelles* (фр.)) понимаются квалификации, подтверждаемые документом об образовании, свидетельством о наличии определенной компетенции в соответствии с п. (а) (i) ст. 11 и/или профессиональным опытом. В ст. 3 Директивы также раскрывается, что понимается под документом об образовании (*evidence of formal qualifications* (англ.яз.), *titre de formation* (фр.яз.)). В соответствии с п. 1 (с), это дипломы, сертификаты и иные документы, выданные органом государства-члена, наделенным таким полномочием законодательными или административными положениями этого государства. К документу об образовании приравнивается любой документ об образовании, выданный в третьей стране, если его обладатель имеет профессиональный опыт сроком три года на территории государства-члена, которое признало этот документ в соответствии с п. 2 ст. 2 директивы и заверило его.

В директиве проводится разграничение между сферой действия свободы предоставления услуг и свободы учреждения на основании критериев, разработанных Судом ЕС⁶⁹: продолжительность, периодичность, частота (регулярность) и непрерывность⁷⁰. Это является существенным, поскольку установлены различные правовые режимы в отношении временного и нерегулярного трансграничного предоставления услуг и предоставления услуг при осуществлении постоянной деятельности на территории другого государства. Вопрос о разграничении встает особо остро, когда поставщик услуг направляется в другое государство-член ЕС по месту нахождения получателя услуг. Положения директивы (ст. 5), направленные на реализацию принципа свободного предоставления услуг, должны применяться лишь когда поставщик услуг направляется на территории другого государства-члена для осуществления профессиональной деятельности на временной и нерегулярной основе.

Любой гражданин ЕС, правомерно учрежденный на территории государства-члена, вправе предоставлять услуги на временной и нерегулярной основе в другом государстве-члене на основании своего первоначального профессионального звания (название профессии)⁷¹, без обязанности просить о признании квалификации⁷². Имеется в виду, что поставщик вправе осуществлять ту же деятельность (по той же профессии) в принимающем государстве (государстве назначения услуги), которую он правомерно осуществлял в государстве происхождения. Если профессия не регламентируется в государстве происхождения, то для допуска к осуществлению деятельности на территории другого государства поставщик должен подтвердить наличие двухлетнего профессионального опыта. При этих условиях государства-члены не могут ограничивать свободу предоставления услуг по причинам, связанным с профессиональными квалификациями.

В целях обеспечения свободного предоставления услуг государства-члены не вправе распространять на поставщиков услуг, учрежденных на территории другого государства-члена, требования, перечисленные в ст. 6 директивы. Эти требования действуют в отношении поставщиков услуг, учрежденных на территории данного государства-члена, и касаются получения разрешения на деятельность, регистрации или членство в профессиональной организации или органе⁷³; регистрации в государственном органе страхового обеспечения⁷⁴.

⁶⁹ См.: Case C-55/94 Gebhard [1995] ECR I-4165.

⁷⁰ Duration, frequency, regularity and continuity (англ.)

⁷¹ Professional title (англ.).

⁷² В качестве исключения предоставление услуг осуществляется на основании профессионального звания (с использованием названия профессии) принимающего государства в случаях, предусмотренных в гл. 3 «Признание на основе координации минимальных требований к образованию» разд. 3 «Свобода учреждения» Директивы. Это в основном медицинские профессии, а также архитекторы. В отношении этих профессиональных квалификаций действует режим автоматического признания.

⁷³ В целях упрощения применения дисциплинарных положений в соответствии с п. 3 ст. 5 директивы государства-члены могут предусмотреть или временную автоматическую регистрацию или включение *pro forma* в подобную профессиональную организацию при условии, что это никаким образом не усложнит и не отложит предоставление услуг.

⁷⁴ В любом случае поставщик услуг заблаговременно или (в срочных случаях) по факту должен информировать орган страхового обеспечения о предоставлении услуг.

Следует отметить, что в то время как принцип взаимного признания реализуется в отношении доступа к деятельности на территории принимающего государства и применяется право государства учреждения поставщика, в отношении самой деятельности действует правовое регулирование принимающего государства, как и в отношении деятельности лиц, работающих по той же профессии (например, дисциплинарные нормы).

Принимающее государство вправе потребовать от иностранного поставщика заблаговременного уведомления о первом предоставлении услуг на его территории (его ежегодного обновления). Уведомление происходит посредством подачи письменного заявления, содержащего информацию о страховом возмещении и профессиональной ответственности. Кроме того, может быть предъявлено требование предоставить ряд документов. Таковыми могут быть документы, подтверждающие национальность поставщика услуг, его профессиональную квалификацию; правомерность создания первичных структур предпринимательской деятельности с целью предоставления услуг на территории государства-члена; отсутствие судимости, если речь идет о профессиях в сфере обеспечения безопасности, при условии, что данное требование предъявляется к гражданам принимающего государства.

Директива предоставляет государствам-членам право проводить проверку профессиональной квалификации поставщика услуг, если его профессиональная деятельность имеет отношение к здравоохранению и общественной безопасности. Это право не распространяется на профессиональные квалификации, которые в соответствие с положениями директивы являются объектом автоматического признания.

В отношении лиц, на которые распространяется свобода учреждения, в директиве можно выделить несколько режимов признания профессиональных квалификаций и соответствующих документов. Это автоматическое признание подтвержденных профессиональным опытом квалификаций, касающихся некоторых видов промышленной и торговой деятельности, деятельности ремесленников⁷⁵; автоматическое признание квалификаций (документов об образовании) медицинских профессий и архитекторов на основе координации минимальных требований к образованию. Общий режим признания квалификаций, основанный на принципе взаимного признания, применяется к профессиям, которые не являются объектом действия специальных режимов, или если лицо, занимающееся профессиональной деятельностью, не выполнило требования, предусмотренные иными режимами признания. В директиве закреплена также процедура признания профессиональных квалификаций.

Таким образом, директива в большей степени обеспечивает реализацию принципа взаимного признания и в меньшей степени его ограничивает в случае предоставления услуг на временной и нерегулярной основе в другом государстве-члене, чем при осуществлении профессиональной деятельности на постоянной основе.

В директиве закреплён механизм, который в целях реализации свободы предоставления услуг направлен на обеспечение применения принципа взаимного признания в сфере профессиональных квалификаций. Однако он имеет ряд недостатков. Во-первых, некоторые положения директивы предусматривают действие

⁷⁵ Эти виды деятельности перечислены в гл. 2 «Признания профессионального опыта» разд. 3 «Свобода учреждения» директивы.

права принимающего государства и в этих случаях применение принципа взаимного признания может быть ограничено из-за отсутствия доверия между государствами, а также из-за протекционистской политики. Следует в то же время подчеркнуть, что Директива 2005/36, именно как гармонизирующий акт, практически не ограничивает рассматриваемый принцип в качестве средства обеспечения свободы предоставления услуг. Во-вторых, сфера действия директивы распространяется лишь на лиц, имеющих квалификацию по профессии, регламентируемой в принимающем государстве-члене. В-третьих, особые сложности с применением принципа возникают, когда гражданин ЕС получил профессиональную квалификацию за пределами ЕС⁷⁶.

Итак, несмотря на предпринятые на уровне ЕС меры, применение принципа взаимного признания в сфере признания профессиональных квалификаций продолжает сталкиваться с определенными трудностями. Лицам, обладающим профессиональными квалификациями, не предоставляется абсолютных гарантий, что они будут допущены к осуществлению деятельности в любом государстве-члене. Кроме вышеперечисленных случаев сложности с признанием возникают также в отсутствии соответствующего акта гармонизирующего характера.⁷⁷

С точки зрения принципа взаимного признания (в формулировке принципа страны происхождения) особый интерес представляет *Директива 2006/123 по услугам на внутреннем рынке*, точнее, ее проект, разработанный Комиссией, который сопровождался многочисленными дискуссиями⁷⁸. Наибольшие противоречия вызвал ключевой принцип директивы — «принцип страны происхождения» и сфера его применения. В качестве ключевых принципов директивы рассматривались также принцип взаимного признания, положение о внутреннем рынке и принцип применения законодательства страны, где находятся получатели услуги. Принцип страны происхождения заключался в том, что правовое регулирование страны происхождения должно применяться в отношении доступа к деятельности по предоставлению услуги и ее осуществлению (требования, в частности, к поведению поставщика, качеству и содержанию услуг, договоров в сфере рекламы и ответственности поставщика). Радикальность данного принципа проявлялась и в том, что государство происхождения услуг определяло правовой акт, применимый в случае недобросовестного предоставления услуг (в том числе, если услуга предоставлялась в другом государстве-члене).

Принцип страны происхождения должен был применяться как к доступу к деятельности по предоставлению услуги, ее осуществлению, а также разрешению возникших споров, затрагивая, таким образом, частноправовую сферу. Проект директивы предусматривал широкую сферу ее действия, не ограничиваясь предоставлением услуг с территории государства происхождения. Одни противники принятия директивы были обеспокоены тем, будут ли власти страны происхожде-

⁷⁶ См.: п. 2 ст. 2 Директивы о взаимном признании профессиональных квалификаций.

⁷⁷ Здесь пробел в правом регулировании заполняется благодаря практике Суда ЕС. См.: Case C-340/89 Vlassopoulou [1991] ECR 2357.

⁷⁸ Директива должна была позволить ликвидировать дискриминационные препятствия, ослабить бюрократизм, модернизировать и упростить правовое и административное регулирование, систематизировать административное сотрудничество государств-членов, а также расширить права потребителей услуг.

ния иметь веские причины проверять деятельность поставщика услуг в другом государстве-члене⁷⁹. Другие — тем, что принцип страны происхождения приведет к социальному демпингу, подрывая тем самым европейскую социальную модель. В связи с этим следует упомянуть нашумевшее во Франции дело, связанное с Директивой, в котором польский сантехник для многих французских граждан воспринимался как низкооплачиваемый, соответствующий низким стандартам рабочих из Восточной Европы⁸⁰.

Проект директивы по услугам на внутреннем рынке был полностью переписан депутатами Парламента. В результате принцип «страны происхождения» был исключен и заменен на свободу предоставления услуг (ныне ст. 16 директивы). Была также сокращена сфера применения директивы; расширен перечень оснований, позволяющих государствам-членам ограничивать свободу предоставления услуг, предоставляемых поставщиком, учрежденным в другом государстве-члене. Итоговый текст директивы существенно отличается от его первоначального проекта, но цели изменению не подверглись. Директива по услугам на внутреннем рынке 2006/123 была принята Советом 12 декабря 2006 г.⁸¹ В соответствии с ее положениями для завершения создания внутреннего рынка услуг необходимо достижения четырех целей: упростить реализацию свободы учреждения и свободы предоставления услуг в рамках ЕС; усилить права получателей услуг; способствовать повышению качества услуг; организовать эффективное административное сотрудничество между государствами-членами.

В доктрине выделяют этапы реализации принципа взаимного признания применительно к предоставлению услуг. Профессор Колледжа Европы (Брюгге, Бельгия) В. Хатсопулос в качестве первого этапа рассматривает включение принципа взаимного признания в правовой порядок Сообщества посредством практики Суда ЕС (здесь называются решения по делам *Van Binsbergen*⁸² и *Cassis de Dijon*⁸³). Характерными примерами второго этапа, по мнению В. Хатсопулоса, являются директивы, касающиеся предоставления финансовых услуг. Эти директивы основываются на четком различии между условиями доступа к рынку (авторизацией) и условиями осуществления деятельности (контролем за ней). Различие заключается в применении принципа взаимного признания лишь к условиям доступа, т.е. на осуществление деятельности по предоставлению услуг распространялось правовое регулирование государства назначения услуги (принимающего государства).

⁷⁹ *Barnard C.* Op. cit. 2nd ed. Oxford University Press, 2007. P. 401.

⁸⁰ *Waterfield.* Polish Workers Protest Against French Bosses // EUPolitix.com. 4 Oct. 2005. № 1.

⁸¹ См.: Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on the Implementation of the Services Directive «A Partnership for New Growth in Services 2012–2015», COM(2012) 261 final, Brussels, 8.6.2012; Commission Staff Working Document: Detailed Information on the Implementation of Directive 2006/123/EC on Services in the Internal Market, Brussels, 8.6.2012, SWD(2012) 148 final; Commission Staff Working Document with a View to Establishing Guidance on the Application of Article 20(2) of Directive 2006/123/EC on services in the internal market («the Services Directive»), Brussels, 8.6.2012, SWD(2012) 146 final; Commission Staff Working Document on the Result of the Performance Checks of the Internal Market for Services (Construction, Business Services and Tourism), Brussels, 8.6.2012, SWD(2012) 147 final.

⁸² Case C-33/74 *Van Binsbergen* [1974] ECR 1299.

⁸³ *Hatzopoulos V.* Op. cit.

Второй этап характеризуется ограничением реализации принципа взаимного признания. Для укрепления взаимного доверия государств и обеспечения признания авторизации, выданной государством происхождения, был принят еще ряд директив. Они закрепляли требование минимальных гарантий ликвидности предприятий, технические правила подсчета активов. Ограничение заключалось, во-первых, в том, что принцип взаимного признания применялся только в отношении условий доступа к рынку, во-вторых, имела место значительная гармонизация.

Третьему этапу свойственно распространение действия принципа на само осуществление деятельности по предоставлению услуг (помимо условий доступа к рынку). Реализация принципа основана на более ограниченной гармонизации. В качестве примера приводятся Директива 89/552 о координации некоторых правовых и административных норм государств-членов, регулирующих сферу телевидения (так называемая Директива «Телевидение без границ»)⁸⁴ и Директива 2000/31 о некоторых правовых аспектах предоставления услуг информационного общества, в частности, в сфере электронной торговли, на внутреннем рынке (Директива об электронной торговле)⁸⁵. Они содержат положения «о внутреннем рынке», согласно которым государства-члены обеспечивают свободу получения услуг и не препятствуют предоставлению услуг на их территории.

Помимо этого данные директивы имеют следующие общие черты: их применение приводит лишь к минимальной гармонизации; они содержат исключения, допускающие действие права принимающего государства, и предусматривают виды деятельности, которые полностью исключаются из сферы их действия. Директивы содержат достаточно подробные правила, позволяющие определить государство, в котором учрежден поставщик услуг (чтобы избежать «злоупотребления правом»). Каждая директива имеет ограниченную сферу действия и распространяется на предоставление услуг, которое осуществляется без перемещения поставщика. Отсюда логически следует право государства происхождения предоставлять доступ к деятельности и в то же время контролировать условия ее осуществления. В. Хатсупулос также подчеркивает, что принцип страны происхождения, предлагавшийся в проекте директивы по услугам на внутреннем рынке, был гораздо радикальней.

Заключение

Принцип взаимного признания играет немаловажную роль в реализации принципа свободного предоставления услуг, который, как и другие свободы внутреннего рынка, имеет прямое действие на всей территории ЕС. Содержание принципа взаимного признания заключается в том, что государства-члены обязаны обеспечивать доступ к рынку и осуществление деятельности по предоставлению услуг,

⁸⁴ Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the Coordination of Certain Provisions Laid Down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States Concerning the Pursuit of Television Broadcasting Activities // Official Journal L 298. 17.10.1989. P. 23–30. Она была впоследствии отменена, точнее заменена Директивой 2010/13 о координации некоторых положений правовых и административных норм государств-членов, регулирующих предоставление аудиовизуальных медиа-услуг.

⁸⁵ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, in the Internal Market («Directive on Electronic Commerce») // Official Journal L 178. 17.7.2000. P. 1–16.

если такая деятельность велась правомерно в другом государстве-члене. Иными словами, услуга, законно предоставляемая в одном государстве-члене, не может быть запрещена в другом государстве-члене. Следовательно, принцип взаимного признания играет значительную роль в экономической интеграции вместе с соблюдением принципа субсидиарности. Исключения из принципа взаимного признания допускаются лишь при соблюдении принципа пропорциональности на основании императивных требований общего интереса, а также в целях обеспечения общественной безопасности, общественного порядка и здравоохранения. Преимуществом применения принципа взаимного признания является то, что он позволяет избежать двойного регулирования поставщика услуг и осуществляемой им деятельности, излишней детализации правового регулирования на уровне Союза, гарантирует уважение национальных традиций.

Однако применение принципа взаимного признания часто сопровождается определенными сложностями. Этот принцип в полной мере не реализуется, в частности, поскольку зависит от доверия и антипротекционистской политики национальных властей. Если принцип взаимного признания рассматривать в классическом понимании (не основанном на акте вторичного права ЕС), то лишь его применения недостаточно для обеспечения свободы предоставления услуг. Становится очевидной необходимость в гармонизирующем законодательстве, направленном на реализацию принципа взаимного признания.

Таким образом, в то время как принцип взаимного признания продолжает быть ключевым для функционирования внутреннего рынка, существуют ограничения его применения. Однако можно сделать вывод, что, несмотря на неполную реализацию принципа взаимного признания, наблюдается тенденция к повышению его эффективности в сфере предоставления услуг.

А.В. Уманский

научный сотрудник Института
уголовного права и процесса
Кельнского университета,
докторант

С.А. Маркунцов

доцент кафедры уголовного
права факультета
права Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики», кандидат
юридических наук

Основные тенденции изменений уголовно- правовых запретов Особенной части Уголовного кодекса Германии

В статье дается комплексный анализ основных изменений уголовно-правовых запретов Особенной части Уголовного кодекса Германии по основным сферам жизни общества и государства примерно за последние 8–10 лет, которые стали наиболее заметными и вызвали наибольшие отклики научной общественности и правоприменителей. Авторы принимают попытку дать определенную оценку указанным изменениям и определить общие тенденции развития немецкого уголовного законодательства.

Ключевые слова: уголовное право Германии, европеизация уголовного права, уголовно-правовой запрет.

Со времени издания Шестого закона о внесении поправок в уголовное законодательство от 26 января 1998 г.¹ Уголовный кодекс Германии (далее — УК ФРГ)²

¹ Bundesgesetzblatt I. (Федеральные ведомости — официальный источник опубликования федерального законодательства). S. 164. Значение данного закона для развития уголовного законодательства Германии сложно переоценить. По мнению ряда немецких ученых, он знаменует собой третий этап реформы уголовного права. См.: Kress K. Das Sechste Gesetz zur Reform des Strafrechts // Neue Juristische Wochenschrift. 1998. № 10. S. 633–644. В российской юридической литературе указывается, что последняя основополагающая реформа Особенной части Уголовного уложения была осуществлена в 1998 г. Шестым законом о реформе уголовного права. См.: Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: текст и науч.-практич. коммент. М., 2010. С. 7. А.В. Серебренникова указывает, что по существу Шестой закон явился первой всеобъемлющей реформой Особенной части УК Германии с момента его вступления в силу в 1871 г. См.: Серебренникова А.В. Значение 6-го Закона о реформе уголовного права в процессе совершенствования Уголовного кодекса Германии // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт: матер. II совместного рос.-герм. круглого стола 7 октября 2010 г. / отв. ред. А.И. Рарог, Г.А. Есаков. М., 2011. С. 138.

² Strafgesetzbuch (StGB) — Уголовный кодекс (Уголовное уложение) Федеративной Республики Германия (далее — УК ФРГ). Германское уголовное законодательство представлено Уголовным кодексом 1871 г., который на настоящий момент по сути мало что сохранил от своей первоначальной редакции. УК ФРГ не является единственным источником уголовного права; в этой области действует так называемое дополнительное уголовное право. Целый ряд уголовных запретов установлен не уголовным по природе своей законодательством. Немецкий уголовный кодекс в действующей редакции состоит из Общей и Особенной частей. Иерархия ценностей в разделах

более 60 раз в той или иной степени претерпевал изменения³. Посредством формулирования незначительных, поверхностных на первый взгляд, изменений в уголовный закон немецкий законодатель отражал в нем веяния, существующие в обществе, обеспечивая при этом соответствие национального права положениям европейского и международного права. Данные обстоятельства лишь актуализируют исследование основных направлений изменения уголовно-правовых запретов Особенной части УК ФРГ.

Национальное уголовное право Германии во все времена в большой степени зависело от первичного и вторичного европейского права. Лиссабонский договор⁴ усилил эту тенденцию и повлиял на разработку понятий европейского уголовного права в доктрине⁵. На протяжении многих лет какая-либо компетенция Европейского союза в области национального уголовного права всячески отвергалась судебной властью Германии и немецким научным сообществом, а постановления европейских органов оценивались по меньшей мере критически⁶, хотя в отдельных отраслях гражданского (финансового, экономического и др.) права директивы европейских органов власти все-таки издавались⁷. Лиссабонский договор подтвер-

Особенной части такова: мировое сообщество и государство, личность, общество. См.: *Есаков Г.А.* Основы сравнительного уголовного права. М., 2007. С. 85–86. Подробнее об этом см.: *Жалинский А.Э.* Современное немецкое уголовное право. М., 2004. С. 12–34; 67–92; 347–353; *Есаков Г.А., Крылова Н.Е., Серебренникова А.В.* Уголовное право зарубежных стран. М., 2010. С. 104–109; Уголовное право зарубежных стран. Общая и Особенная части: учеб. / под ред. И.Д. Козочкина. М., 2010. С. 407–422; 842–848.

³ В данной статье будут проанализированы основные изменения и тенденции развития уголовно-правовых запретов Особенной части УК ФРГ до изменений, внесенных до начала 2012 г. Необходимо отметить, что в российской юридической литературе периодически анализируются изменения уголовного законодательства Германии. Подробнее, например, см.: *Головненков П.* Состояние и тенденции развития уголовного законодательства Германии // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт: матер. совместного росс.-герм. круглого стола 9 октября 2009 г. / отв. ред. А.И. Рарог, Г.А. Есаков. М., 2009. С. 31–49. В то же время необходимо отметить достаточно высокую динамику изменения уголовного законодательства Германии в последнее время.

⁴ Лиссабонский договор об изменениях к Договору о Европейском союзе и Договору об учреждении Европейского Сообщества был подписан 13 декабря 2007 г. в Лиссабоне. Он состоит из 7 статей, протоколов и деклараций (Official Journal of the European Union (OJEU) — С. 306/1–271, 17.12.2007 г.). Лиссабонский договор призван адаптировать правовой механизм функционирования ЕС к тенденциям, связанным как с феноменом его расширения, так и с процессами усиления взаимозависимости во всем мире. С помощью Лиссабонского договора Объединенная Европа, опираясь на основополагающую концепцию правового конституитета, стремится усилить потенциал своей дееспособности во внутренней и внешних сферах и создать прочную правовую базу для актов и мер, принимаемых на уровне ЕС. Подробнее см.: *Мюллер-Графф П.-К.* Лиссабонский договор в системе первичного права Европейского союза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2008. № 1. С. 80–99. Непосредственным результатом вступления в силу Лиссабонского договора 2007 г. стало рождение 1 декабря 2009 г. фактически «нового» Европейского союза. Подробнее см.: *Каушкин С.Ю.* Лиссабонский договор — новый этап развития права Европейского союза // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2010. № 1. С. 69–83.

⁵ См.: *Grünwald A.* Zur Frage eines europäischen Allgemeinen Teils des Strafrechts // Juristenzeitung. 2011. № 10. S. 974.

⁶ См.: *Satzger H.* Internationales und Europäisches Strafrecht. Baden-Baden, 2011. § 8 Rn 18; *Hecker B.* Europäisches Strafrecht. Heidelberg, 2012. § 4 Rn 67; § 8 Rn 1.

⁷ Например, Первая Европейская Директива по борьбе с легализацией денежных средств от 10 июня 1991 г. (91/308/EWG), которая подготовила немецкого законодателя к изменению § 261

дил юридическую силу некоторых решений Европейского суда справедливости⁸, что обозначило дополнительную компетенцию ЕС в обеспечении единообразного уголовного права для эффективной реализации политики ЕС, в соответствии с которой «дальнейшие меры гармонизации должны успешно осуществляться» (абз. 2 ст. 83 Договора о функционировании ЕС)⁹.

Такой подход в целом был одобрен Федеральным Конституционным судом Германии¹⁰ в решении о ратификации Лиссабонского договора, значительно расширяющего компетенцию ЕС, но при соответствии имплементируемых положений нормам Конституции Германии¹¹.

Наряду с этим новая статья «Борьба с легализацией денежных средств» (ст. 325 Договора о функционировании ЕС), бесспорно, провозгласила в данной отрасли полномочия ЕС¹². Несмотря на то что юридическая сила абз. 4 ст. 325 Договора о функционировании ЕС неоднозначна, делегирующий характер данной нормы о компетенции неоспорим¹³. Схожие полномочия также переданы в сфере деятельности таможенной службы (ст. 33 Договора) и в области борьбы с незаконной миграцией и торговлей людьми (п. «с», «d» абз. 2 ст. 79 Договора)¹⁴.

Таким образом, большинство изменений уголовного законодательства Германии имели свои предпосылки в актах европейского права¹⁵.

Итак, проанализируем изменения базовых уголовно-правовых запретов Особенной части Уголовного кодекса Германии по основным сферам жизни общества и государства, которые в рассматриваемый период стали наиболее заметными и вызвали наибольшие отклики научной общественности и правоприменителей.

УК ФРГ. Ср.: *Hecker B. Europäisches Strafrecht. Heidelberg, 2012. § 8 Rn 11; Herzog F. Geldwäschege-
setz. München, 2010. Einführung, Rn 71.*

⁸ Судебные решения от 13 сентября 2005 г. (Rs. C-176/03) и от 23 октября 2007 г. (Rs. C-440/05). Ср.: *Safferling K. Internationales Strafrecht. Heidelberg, 2011. § 10 Rn 28.*

⁹ В абз. 2 ст. 83 Договора о функционировании Европейского союза (Рим, 25 марта 1957 г.) (в ред. Лиссабонского договора 2007 г.) прямо указано, что «когда сближение законодательных и регламентарных положений государств-членов в области уголовного права оказывается необходимым с целью обеспечить эффективную реализацию политики Союза в какой-либо из сфер, послуживших объектом мер по гармонизации, директивы могут устанавливать минимальные правила, относящиеся к определению уголовных правонарушений и санкций в заинтересованной сфере». Критику такого подхода, например, см.: *Ambos K. Internationales Strafrecht. München, 2011. § 11 Rn 33.*

¹⁰ Подробнее об элементах судебной системы Германии и Федеральном Конституционном суде см.: *Жалинский А.Э., Рерихт А.А. Введение в немецкое право. М., 2001. С. 217–239.*

¹¹ BVerfGE 123, 267, 406 ff. (Собрание решений Федерального конституционного суда. Т. 123. С. 267, 406–411).

¹² См.: *Hecker B. Europäisches Strafrecht. Heidelberg, 2012. § 4 Rn 81.*

¹³ См.: *Grünwald A. Zur Frage eines europäischen Allgemeinen Teils des Strafrechts // Juristenzeitung. 2011. № 10. S. 972.*

¹⁴ См.: *Satzger H. Internationales und Europäisches Strafrecht. Baden-Baden, 2011. § 8 Rn 25.*

¹⁵ Тенденция европеизации уголовного законодательства Германии и раньше отмечалась как в немецкой, так и в российской юридической литературе. Подробнее об этом, например, см.: *Хелльманн У. Европеизация уголовного права в Германии // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт: матер. совместного рос.-герм. круглого стола 9 октября 2009 г. / отв. ред. А.И. Рарог, Г.А. Есаков. М., 2009. С. 326–338.*

1. Преступления в сфере экономической деятельности¹⁶

А. Отмывание денежных средств. Уголовно-правовой запрет отмывания денежных средств был введен в УК ФРГ Законом от 15 июля 1992 г. «О борьбе с торговлей наркотическими веществами, иными формами организованной преступности»¹⁷ и закреплен в § 261 «Легализация (отмывание) денежных средств, сокрытие неправомерно полученных имущественных ценностей». Закреплением самостоятельной нормы о легализации денежных средств законодатель выполнил обязанность по имплементации положений международного права и провозгласил дальнейшее проведение курса, установленного Первой европейской директивой против легализации денежных средств. На практике под легализацией (отмыванием) понимаются действия, которые имеют цель скрыть происхождение денег или иных материальных ценностей, полученных преступным путем, или препятствовать установлению их происхождения¹⁸. Кроме § 261 УК ФРГ в сфере борьбы с легализацией был принят Закон от 13 августа 2008 г. «О выявлении доходов, полученных от тяжких преступлений»¹⁹. Этим законом в уголовное законодательство Германии по существу были введены положения Третьей европейской директивы против легализации денежных средств от 26 октября 2005 г. (2005/60/EG).

В § 261 изменения вносились, пожалуй, чаще, чем в другие нормы УК ФРГ. С 2001 г. поправки в данный параграф были внесены более чем 10 законами²⁰, а только в 2011 г. в него внесены изменения еще пятью законами²¹. Полный обзор всех изменений данного параграфа вышел бы за рамки объема данной статьи, поэ-

¹⁶ О системе имущественных преступлений по УК ФРГ подробнее см.: *Жалинский А.Э.* Раздел II Имущественные преступления (Vermögensdelikte) // Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М., 2004. С. 409–508; *Серебренникова А.В.* Имущественные преступные деяния по УК Германии: система и общая характеристика // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт: матер. третьего совместного рос.-герм. круглого стола. М., 2012. С. 149–165 и др. В российской юридической литературе периодически анализируются изменения отдельных уголовно-правовых запретов в сфере экономики, содержащихся в Особенной части УК Германии. Например, см.: *Головненков П.* Запрещенная манипуляция рынком в Германии // Там же. С. 47–52 и др.

¹⁷ Bundesgesetzblatt I. S. 1302.

¹⁸ *Ruhmannseder F.* Kommentar zum Strafgesetzbuch / von Heintschel-Heinegg B. München, 2010. § 261 Rn 1.

¹⁹ Bundesgesetzblatt I. S. 1690.

²⁰ Законы от 19 декабря 2001 г. (Bundesgesetzblatt I. S. 3922); 23 июля 2002 г. (Bundesgesetzblatt I. S. 2715); 22 августа 2002 г. (Bundesgesetzblatt I. S. 3390); 22 декабря 2003 г. (Bundesgesetzblatt I. S. 2838); 21 июля 2004 г. (Bundesgesetzblatt I. S. 1763); 30 июля 2004 г. (Bundesgesetzblatt I. S. 1950); 11 февраля 2005 г. (Bundesgesetzblatt I. S. 239); 21 декабря 2007 г. (Bundesgesetzblatt I. S. 3198); 11 марта 2008 г. (Bundesgesetzblatt I. S. 306); 13 августа 2008 г. (Bundesgesetzblatt I. S. 1690); 29 июля 2009 г. (Bundesgesetzblatt I. S. 2288); 30 июля 2009 г. (Bundesgesetzblatt I. S. 2437).

²¹ Закон от 1 марта 2011 г. «О введении в действие двух директив о противодействии легализации денежных средств» (Bundesgesetzblatt I. S. 288); Закон от 2 мая 2011 г. «Об усилении противодействия легализации денежных средств и уклонению от уплаты налогов» (Bundesgesetzblatt I. S. 676); Закон от 22 июня 2011 г. «О введении в действие Директивы 2009/65/EG относительно координации права, постановлений администрации по вопросам оборота ценных бумаг» (OGAW-IV-UmsetzungsG, Bundesgesetzblatt I. S. 1126); Закон от 4 декабря 2011 г. «О введении в действие Директивы 2010/78/EU от 24 ноября 2010 г. «О развитии европейской системы контроля за финансами» (Bundesgesetzblatt I. S. 2427); Закон от 22 декабря 2011 г. «Об усилении противодействия легализации денежных средств» (Bundesgesetzblatt I. S. 2959).

тому проанализированы отдельные его содержательные новеллы в свете последних и запланированных на ближайшее будущее реформ.

Большинство нововведений 2011 г. в § 261 УК ФРГ были направлены на техническое изменение понятия свободного рынка, но особый интерес в этой части вызывают два изменения. Законом «Об усилении противодействия легализации денежных средств и уклонению от уплаты налогов» был расширен перечень составов легализации денежных средств. В предл. 2 абз. 1 § 261 было детально обозначено понятие предикативного противоправного деяния, о котором идет речь в предл. 1 абз. 1 § 261 УК ФРГ. Если совершено преступление²², то это всегда условие легализации (отмывания) денежных средств. Если совершен уголовный проступок²³, то это может быть условием отмывания денежных средств при соблюдении дополнительных условий, предусмотренных в № 2–5 предл. 2 абз. 1 § 261, которые рассматриваются в качестве предикативных.

В частности, из-за большого количества явок с повинной по составам налоговых преступных деяний законодатель в качестве такого предикативного уголовного проступка для отмывания денежных средств рассматривает злостное уклонение от уплаты налогов (§ 370 Налогового кодекса ФРГ). В соответствии с указанным законом в качестве таких предикативных уголовных проступков также стали рассматриваться противоправные деяния, связанные с совершением торговых операций с использованием инсайдерской информации (абз. 1–3 и 5 § 38 Закона о торговле ценными бумагами)²⁴, а также уголовные предписания в сфере интеллектуальной собственности²⁵. При этом немецкий законодатель установил, что указанные предикативные уголовные проступки должны выступать в виде промысла или осуществляться организованной группой, совершающей продолжающийся состав преступления (№ 4 предл. 2 абз. 1 § 261 УК ФРГ).

Другое последнее изменение § 261 УК ФРГ связано с Законом от 22 декабря 2011 г. «Об усилении противодействия легализации денежных средств» и направлено на ужесточение обязанностей относительно добросовестности и обязательного извещения о финансовых сделках, а также мер экономической безопасности лиц, задействованных в финансовом секторе, адвокатов, нотариусов и аудиторов. Принятие данного Закона было связано, с одной стороны, с сообщением Группы разработки финансовых мер по борьбе с отмыванием денег (FATF) — международной группой экспертов по борьбе с легализации денежных средств и финансированием

²² В соответствии с абз. 1 § 12 УК ФРГ преступлением является противоправное деяние, влекущее в качестве минимального наказания лишение свободы на срок один год или выше.

²³ В соответствии с абз. 2 § 12 УК ФРГ уголовным проступком является противоправное деяние, влекущее в качестве минимального наказания более краткий срок лишения свободы или денежный штраф.

²⁴ Подробнее об этом см.: Хелльманн У. Запрещенная торговля ценными бумагами с использованием инсайдерской информации в Германии // Преступления в сфере экономики... С. 206–212; Штаге Д. Уголовно-правовое значение фиктивных сделок с акциями в Германии // Там же. С. 213–223 и др.

²⁵ Уголовные проступки, предусмотренные § 143, 143а и 144 Закона о защите товарных и прочих отличительных знаков, § 106–108b Закона об авторском праве и смежных защищенных правах, § 25 Закона о промышленных образцах, § 51 и 65 Закона о конструкторских разработках, § 142 Закона о патентах, § 10 Закона о защите топографий микроразрешенных полупроводниковых изделий и § 39 Закона об охране новых сортов растений.

терроризма. В феврале 2010 г. комиссия Группы обратила внимание на недостаточную степень имплементации положений программы FATF. С другой стороны, принятие закона связано с тем, что в январе 2011 г. Европейская комиссия призывала немецкого законодателя к введению всех положений Третьей директивы о борьбе с легализации денежных средств.

В практике борьбы с отмыванием денежных средств сообщения о соответствующих противоправных деяниях встречаются чаще всего в финансовой отрасли²⁶. В рамках реформы зачастую критикуется трудноисполнимость данной обязанности, в особенности адвокатами²⁷.

*Б. Изготовление поддельных денежных знаков*²⁸. Тридцать пятый закон о внесении изменений в уголовное законодательство от 22 декабря 2003 г. имплементировал рамочное решение ЕС от 28 мая 2001 г. «О борьбе с мошенничеством и подделкой платежных средств»²⁹.

Наиболее важным изменением здесь можно считать расширение уголовно-правового запрета фальшивомонетничества, предусмотренного § 146 УК ФРГ. Поправки коснулись также уголовно-правового запрета подделки расчетных карт, чеков и векселей, содержащегося в § 152а УК ФРГ. Это сыграло важную роль в вопросе уголовно-правовой охраны оборота расчетных (банковских) карт при использовании банкоматов в банке клиентом этого же банка³⁰. Изменения коснулись и уголовно-правового запрета компьютерного мошенничества (§ 263а УК ФРГ). В качестве приготовления к этому преступлению стали рассматриваться разработка, приобретение, предложение, передача или хранение компьютерных программ, подпадающих под предмет преступления, предусмотренного абз. 1 § 263а УК ФРГ (абз. 3 § 263а). Абз. 4 § 263а УК ФРГ ссылается на абз. 2, 3 § 149 «Подготовка фальшивомонетничества и подделки знаков оплаты», в которых содержатся положения об освобождении от наказания за добровольный отказ от совершения преступления и объективное предотвращение общественной опасности указанных противоправных действий (явка с повинной)³¹.

Наиболее острая критика данных реформ была связана с неполным соответствием нововведений положениям европейского права и внутренними коллизиями норм УК ФРГ³². В частности, подверглись критике санкции по отдельным со-

²⁶ См.: *Klugmann M.* Das Gesetz zur Optimierung der Geldwäscheprävention und seine Auswirkungen auf die anwaltliche Praxis // *Neue Juristische Wochenschrift*. 2012. № 10. S. 641–645.

²⁷ *Ibid.* S. 645.

²⁸ Преступления, связанные с подделкой денежных знаков и знаков оплаты, содержатся в самостоятельном разд. VIII «Фальшивомонетничество и подделка знаков оплаты», поскольку представляют повышенную экономическую опасность для государства и посягают на авторитет власти. Подробнее об истории развития уголовно-правовых запретов в этой сфере см.: *Майле А., Першин А.* Ответственность за подделку денежных знаков и знаков оплаты по УК ФРГ // *Уголовное право*. 2009. № 5. С. 42–45.

²⁹ *Bundesgesetzblatt I.* S. 2838.

³⁰ См.: *Husemann S.* Die Verbesserung des strafrechtlichen Schutzes des bargeldlosen Zahlungsverkehrs durch das 35. Strafrechtsänderungsgesetz // *Neue Juristische Wochenschrift*. 2004. № 3. S. 105.

³¹ Перевод текста абз. 2, 3 § 149 УК ФРГ см.: *Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: текст и науч.-практ. коммент. М., 2010. С. 133–134.*

³² См.: *Heger M.* Fünf Jahre §§ 152a Abs. 2, 263a Abs. 3 StGB: Ein Plädoyer für die Korrektur handwerklicher Mängel bei der innerstaatlichen Umsetzung von EU-Vorgaben // *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 2008. № 10. S. 496.

ставам, легитимность наказания и наказуемость приготовления компьютерного мошенничества³³.

2. Преступления против личной свободы³⁴

А. Преследование. Значительные изменения в XVIII раздел³⁵ «Преступные деяния против личной свободы» УК ФРГ были внесены Сороковым законом от 22 марта 2007 «О внесении изменений в уголовное законодательство»³⁶. Речь идет о последних инициативах законодателя по защите от нарушения спокойствия, которые еще с 2001 г. упоминались в рамках гражданского и публичного права в совокупности с введением понятийного аппарата для уголовного права³⁷. Такие положения содержал, в частности, Закон от 1 января 2002 г. «О гражданско-правовой защите от насилия», которым вводился бланкетный состав неповиновения законным предписаниям (§ 4). В качестве наказания за данный уголовный проступок было предусмотрено лишение свободы на срок до одного года или денежный штраф. В научном сообществе считалось, что уголовно-правовая охрана неприкосновенности частной жизни от преступных посягательств была реализована на достаточном уровне посредством существовавших уголовно-правовых запретов³⁸. Ввиду этого выделение в УК ФРГ отдельного § 238 «Преследование» неоднократно подвергалось критике³⁹.

Большинство ранних законопроектов Бундестага и Бундесрата⁴⁰ были критически оценены частью ученых, полагающих, что законодатель действует необдуманно⁴¹. Одновременно другая часть ученых, указывая на отсутствие уголовно-правовой охраны потенциальных жертв преследования, выступала за введение соответствующей нормы⁴². Суть данной проблемы состояла в точном определении правовых ценностей, подлежащих защите соответствующим уголовно-правовым

³³ О критике абз. 3 § 263а УК ФРГ см.: *Duttge G.* Die Kritik an § 263a abs. 3 StGB / Festschrift für Ulrich Weber zum 70. Geburtstag / Heinrich B., Hilgendorf E., Mitsch W. — Bielefeld, 2004. S. 285.

³⁴ О системе преступлений против личной свободы по УК ФРГ подробнее см.: *Жалинский А.Э.* § 4. «Преступления против личной свободы» раздела I Преступления против личности (Straftaten gegen die Person) // Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М., 2004. С. 396–408.

³⁵ В российской юридической литературе соответствующие структурные элементы УК ФРГ в ряде случаев переводятся как главы.

³⁶ Bundesgesetzblatt I. S. 354.

³⁷ См., напр.: Закон от 1 января 2002 г. «О гражданско-правовой защите от насилия».

³⁸ До изменений, внесенных Сороковым законом, уголовно-правовая охрана неприкосновенности частной жизни лица осуществлялась посредством § 123 «Нарушение неприкосновенности жилища», раздел XIV «Оскорбление» (§ 185–200), § 223 «Нанесение телесных повреждений», § 303 «Повреждение вещей», § 240 «Принуждение» и § 241 «Угроза».

³⁹ О преимуществе семейного права в случае преследования в семейной сфере см.: *Krüger M.* Stalking als familien- und strafrechtliches Problem // Familie. Partnerschaft. Recht. 2011. № 3. S. 219–224.

⁴⁰ Об истории становления и развития § 238 УК ФРГ см.: *Seiler M.* § 238 StGB — Analyse und Auslegung des Nachstellungstatbestandes. Saarbrücken, 2010. S. 64; *Gericke J.* Münchener Kommentar zum StGB, Band 4 / Joecks W., Miebach K. München, 2012. § 238 Rn 4.

⁴¹ См.: *Gericke J.* Münchener Kommentar zum StGB, Band 4 / Joecks W., Miebach K. München, 2012. § 238 Rn 8.

⁴² См.: *Mitsch W.* Der neue Stalking-Tatbestand im Strafgesetzbuch // Neue Juristische Wochenschrift. 2007. № 18. S. 1237–1242.

запретом⁴³. Законодатель решил, что должна быть защищена неприкосновенность частной жизни⁴⁴. Составы преступлений, входящие в данную группу, обеспечивают гарантии реализации личностных прав и свобод, основанных на конституционных правах каждого человека (ст. 1 и 2 Конституции ФРГ)⁴⁵.

В действующей редакции § 238 «Преследование» УК ФРГ содержит простой (абз. 1) и два квалифицированных состава (абз. 2 и 3), а также положения о порядке возбуждения уголовного дела (абз. 4). В соответствии с абз. 1 § 238 УК ФРГ уголовно наказуемым является незаконное, настойчивое преследование человека посредством:

- 1) установления с ним пространственной близости;
- 2) попыток установления с ним контакта через СМИ, иные средства коммуникации или третьих лиц;
- 3) злоупотребления персональными данными лица в целях приобретения для него товаров или услуг или привлечения третьих лиц к установлению с ним контакта;
- 4) угроз лишения жизни, нарушения телесной неприкосновенности, причинения вреда здоровью или лишения свободы самого лица или близкого ему лица;
- 5) совершение сопоставимых деяний, в высокой степени нарушающих право на жизнь и личную неприкосновенность⁴⁶.

Предельное наказание за совершение данного уголовного проступка — до трех лет лишения свободы или денежный штраф. В соответствии с абз. 2 § 238 УК ФРГ наказание в виде лишения свободы от трех месяцев до пяти лет назначается в случае, когда при этом потерпевший, его родственник или близкое для потерпевшего лицо подвергается смертельной опасности либо опасности причинения тяжкого вреда здоровью. Если действия преступника вызвали последующую смерть потерпевшего, его родственника или близкого для потерпевшего лица, то эти действия рассматриваются как преступление и пределы наказания соответственно повышаются в соответствии с абз. 3 § 238 УК ФРГ, составляя от одного до 10 лет лишения свободы. Согласно абз. 4 § 238 УК ФРГ, по общему правилу, уголовный проступок, предусмотренный абз. 1 § 238 УК ФРГ, является делом частного обвинения. Это означает, что такое дело возбуждается по заявлению потерпевшего, за исключением случаев, когда уголовное преследование в публичном порядке вызвано особым общественным интересом, обуславливающим вмешательство государственных органов. В дополнение были законодательно закреплены основания для ареста при опасности рецидива квалифицированного вида преследования (абз. 2 и 3 § 238 УК ФРГ), понятие которого дается № 1 абз. 1 § 112а УПК ФРГ.

Юрико-технические особенности § 238 «Преследование» УК ФРГ подвергались активной критике. Критические отзывы были по вопросу толкования некоторых понятий, используемых при описании уголовного проступка в абз. 1

⁴³ Такие аргументы первым высказал Г. Штейнберг. См.: *Steinberg G. Nachstellen — ein Nachruf?* // *Juristenzeitung*. 2006. № 1. S. 30–33.

⁴⁴ Bundestagsdrucksache 16/575 (Документы Бундестага — официальное парламентское издание). S. 6.

⁴⁵ См.: *Fischer T. Kommentar zum Strafgesetzbuch und Nebengesetze*. München, 2012. § 238 Rn 2.

⁴⁶ Перевод текста абз. 1 § 238 УК ФРГ также см.: *Головненков П.В.* Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: научно-практический комментарий и перевод текста закона. М., 2012. С. 201–202.

§ 238 УК ФРГ. В частности, это понятия «противозаконное (недозволенное)», «преследовать»⁴⁷ и «настойчивость» признавались размытыми⁴⁸.

Наиболее резонансным в этом смысле оказалось положение № 5 абз. 1 § 238 УК ФРГ, вводящее в описание уголовного проступка понятие «действия иным сопоставимым образом»⁴⁹. Помимо доктринальной критики Федеральный суд юстиции⁵⁰ также усомнился в конституционности и определенности указанных положений (абз. 2 ст. 103 Конституции ФРГ⁵¹)⁵². Суд при этом ссылается на непредсказуемость возможного поведения лиц (потенциальных преследователей)⁵³.

В целом научное сообщество скептически отозвалось о выделении в УК ФРГ самостоятельного § 238 «Преследование», полагая, что эта мера не служит эффективной защите прав потенциальных жертв и не имеет превентивного значения⁵⁴. Несмотря на это представляется, что значение описанных положений для практики достаточно велико, так как по статистике ежегодно регистрируется порядка 25–30 тысяч заявлений о преследованиях⁵⁵.

Б. Принудительное бракосочетание. Законом от 23 июня 2011 г. «О борьбе с принудительным бракосочетанием и улучшением защиты потерпевших от принудительного брака»⁵⁶ были внесены изменения, во-первых, в жилищное законодательство и положения о предоставлении убежища, во-вторых, введен уголовно-правовой запрет принудительного бракосочетания, закрепленный в § 237 УК ФРГ⁵⁷. Принудительный брак существует в Германии прежде всего в среде молодых

⁴⁷ Данное понятие воспринято из § 292 «Браконьерство» УК ФРГ.

⁴⁸ См.: *Eden J.* § 238 StGB: Vier neue Absätze gegen den Stalker // *Zeitschrift für Internationale Rechtsdogmatik.* 2008. № 3. S. 126.

⁴⁹ Bundestagsdrucksache 16/3641. S. 14.

⁵⁰ Об элементах судебной системы Германии, например, см.: Глава 2 «Элементы судебной системы» раздела III «Судебная власть» // Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. М., 2001. С. 217–238.

⁵¹ В соответствии с абз. 2 ст. 103 Конституции ФРГ «деяние может быть наказано, только если его наказуемость была установлена законом до совершения этого деяния». См.: Конституция Германии // Конституции государств Европейского союза / Под общ. ред. Л.А. Окунькова. М., 1999. С. 216.

⁵² См. обзор судебных решений: *Gericke J.* Münchener Kommentar zum StGB, Band 4 / Joecks W., Miebach K. München, 2012. § 238 Rn 34.

⁵³ BGHSt 54, 189, 193 (Собрание решений Федерального Верховного суда по уголовным делам. Т. 54. С. 189, 193).

⁵⁴ См.: *Gazeas N.* «Stalking» als Straftatbestand — effektiver Schutz oder strafrechtlicher Aktionismus? // *Kritische Justiz.* 2006. № 3. S. 264; *Gericke J.* Münchener Kommentar zum StGB, Band 4 / Joecks W., Miebach K. München, 2012. § 238 Rn 63.

⁵⁵ См.: *Gericke J.* Münchener Kommentar zum StGB, Band 4 / Joecks W., Miebach K. München, 2012. § 238 Rn 11. При этом необходимо отметить, что только от 500 до 1000 дел в год завершаются вынесением приговора суда, что обусловлено проблематичностью доказательств. Об этом см.: *Peters S.* Der Tatbestand des § 238 StGB (Nachstellung) in der staatsanwaltlichen Praxis // *Neue Zeitschrift für Strafrecht.* 2009. № 5. S. 241.

⁵⁶ Bundesgesetzblatt I. S. 1266.

⁵⁷ Ранее § 237 «Похищение человека против его воли» УК ФРГ был исключен Тридцать третьим законом о внесении изменений в уголовное законодательство (Bundesgesetzblatt I. S. 1607). См.: Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: текст и научно-практич. комментарий. М., 2010. С. 177. Перевод названия действующего § 237 УК ФРГ в ряде случаев дается как «Насильственное бракосочетание». См.: *Головненков П.В.* Указ. соч. С. 201.

неженатых мигрантов, где провозглашаются традиционалистские подходы к пониманию института семьи. Потерпевшими от подобных противоправных деяний в основном являются молодые незамужние девушки и женщины. В качестве преступников, как правило, выступают члены семей самих потерпевших: женихи либо родители супругов (потенциальных супругов). Средства принуждения отличаются разнообразием.

Для защиты пострадавших общественное внимание к данной проблеме и борьба с принудительным браком должны быть усилена. Предпринимавшиеся до 2011 г. попытки совершенствования положения об особо тяжких случаях принуждения (№ 1 предл. 2 абз. 4 § 240 «Принуждение» УК ФРГ⁵⁸) и применения его к рассматриваемым случаям оказались недостаточными. Потребовался четкий сигнал государства, свидетельствующий о необходимости особой охраны отношений семьи и законного брака. Использование уголовно-правовых механизмов государством было призвано, прежде всего, обозначить незаконность брака под принуждением⁵⁹.

Абзац 1 § 237 УК ФРГ провозглашает противоправным вступление в брак по приказу с использованием насилия или под угрозой его применения, при которой регистрация брака не может расцениваться в качестве добровольной. Данный уголовный проступок наказывается лишением свободы на срок от шести месяцев до пяти лет. Абзац 2 § 237 УК ФРГ также важен для квалификации обозначенного противоправного деяния. В данном абзаце установлено, что аналогичным образом наказывается лицо, которое для совершения принудительного бракосочетания «с помощью насилия, угроз применения ощутимого вреда или обмана выводит жертву за пространственные пределы действия УК ФРГ или не выпускает оттуда». Таким образом, законодатель отделяет преступление, смежное насильственному угону человека (§ 234а «Угон человека» УК ФРГ⁶⁰), которое предшествует во времени принудительному заключению брака. Использование данной конструкции зачастую позволяет предвидеть неправомерное вступление в брак и обеспечивает гарантии защиты от «похищения невесты» и «заключения фиктивного брака»⁶¹.

Интересным представляется тот факт, что сам по себе угон человека рассматривается как преступление (в соответствии с абз. 1 § 234а УК ФРГ наказывается лишением свободы на срок не менее одного года), тогда как квалифицированный вид принудительного бракосочетания (абз. 2 § 237), представляющий собой, по существу, составное преступление (обычное принудительное бракосочетание, соединенное с похищением человека), рассматривается как уголовный проступок.

⁵⁸ В действующей редакции № 1 предл. 2 абз. 4 § 240 «Принуждение» УК ФРГ — «принуждает другое лицо к действию сексуального характера». Альтернатива «к заключению брака» исключена из особо тяжких случаев принуждения ввиду введения самостоятельного § 237 «Принудительное бракосочетание» УК ФРГ. См.: Головненков П.В. Указ. соч. С. 204.

⁵⁹ Bundestagdrucksache 17/4401. S. 9.

⁶⁰ В соответствии с абз. 1 § 234а УК ФРГ «тот, кто путем обмана, угроз или насилия угоняет другого человека за пределы пространства действия настоящего Закона, или побуждает его туда податься, или препятствует его возвращению оттуда и таким образом подвергает его опасности политического преследования, сопряженного вследствие противоречащего принципам правового государства применения к нему мер насилия и произвола с причинением вреда его физической целостности или жизни, потерей свободы или ощутимым ухудшением его профессионального или экономического положения, наказывается...». См.: Головненков П.В. Указ. соч. С. 198–199.

⁶¹ Bundestagdrucksache 17/4401. S. 13.

Покушение на принудительное бракосочетание признается в соответствии с абз. 3 § 237 УК ФРГ наказуемым. В абз. 4 § 237 законодатель допускает установление более мягкого наказания за «менее тяжкие случаи» принудительного бракосочетания (лишение свободы на срок до трех лет или денежный штраф), при этом определение возможности применения данной нормы оставлено на усмотрение судьи.

Правовой ценностью, охраняемой § 237 УК ФРГ, является свобода вступления в брак, защищаемая абз. 1 ст. 6 Конституции ФРГ⁶² и ст. 12 Конвенции о защите прав человека и основных свобод⁶³. Неочевидным, однако, является статус так называемых браков по договору, когда решение о вступлении в брак будущими супругами принималось свободно, а их выбор относительно заключения брака ничьей волей не ограничивался⁶⁴. Не подпадает также под действие § 237 УК ФРГ заключение однополых союзов, так как оно противоречит основаниям тех культур, в которых приняты принудительные бракосочетания⁶⁵.

Большинство ученых положительно отнеслось к введению уголовной ответственности за принудительное бракосочетание⁶⁶. Критикуется, однако, что предпосылкой к принятию указанной нормы послужили скорее символические, нравственные и культурные догмы⁶⁷. Недостатком § 237 УК ФРГ считается изъятие браков, соответствующих правилам нравственности (к примеру, браки в русле мусульманского права), которые при этом на государственном уровне не регистрируются⁶⁸. Также отмечается, что абз. 2 § 237 УК ФРГ не входит в перечень преступлений, предусмотренных § 6 УК ФРГ («Деяния, совершаемые за пределами Германии, направленные против интересов, защищаемых международным правом»), на которые распространяется действие немецкого уголовного права, независимо от права, действующего по месту совершения таких преступлений. По этой причине отсутствие возможности уголовного преследования за пределами Германии лиц, совер-

⁶² В соответствии с абз. 1 ст. 6 Конституции ФРГ «Брак и семья находятся под особой защитой государства». См.: Конституция Германии // Конституции государств Европейского союза / под общ. ред. Л.А. Окунькова. М., 1999. С. 182.

⁶³ Конвенция о защите прав человека и основных свобод (ETS № 005) (Рим, 4 ноября 1950 г.) // СЗ РФ. 2001. № 2. Ст. 163.

⁶⁴ Bundestagdrucksache 17/4401. S. 8.

⁶⁵ См.: *Sering C.* Das neue «Zwangsheirat-Bekämpfungsgesetz» // *Neue Juristische Wochenschrift*. 2011. № 30. S. 2162.

⁶⁶ См.: *Bülte J., Becker R.* Der Begriff der Ehe in § 237 StGB // *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 2012. № 3. S. 67; *Eichenhofer J.* «Das Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat» // *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*. 2011. № 13. S. 794; *Eisele J., Mayer C.F.* Strafbarkeit der Zwangsheirat nach § 237 StGB im Lichte des Internationalen Straf- und Privatrechts // *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. 2011. № 10. S. 552; *Fadlalla M.* Zwangsheirat — die Änderungen des Personenstandsgesetzes und das neue Gesetz zur Bekämpfung der Zwangsheirat // *Familie. Partnerschaft. Recht*. 2011. № 10. S. 450; *Letzgas K.* Der neue Straftatbestand der Zwangsheirat // *Familie. Partnerschaft. Recht*. 2011. № 10. S. 453; *Sering C.* Das neue «Zwangsheirat-Bekämpfungsgesetz» // *Neue Juristische Wochenschrift*. 2011. № 30. S. 2165.

⁶⁷ См.: *Valerius B.* Gedanken zum Straftatbestand der Zwangsheirat (§ 237 StGB) // *Juristische Rundschau*. 2011. № 10. S. 434; *Yerlikaya H., Cakir-Ceylan E.* Zwangs — und Scheinehen im Fokus staatlicher Kontrolle // *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 2011. № 4. S. 213; *Fischer T.* Kommentar zum Strafgesetzbuch und Nebengesetze. München, 2012. § 237 Rn 2a. Т. Фишер называет эту норму «несущественной законодательной лирикой».

⁶⁸ См.: *Bülte J., Becker R.* Der Begriff der Ehe in § 237 StGB // *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 2012. № 3. S. 65.

шивших соответствующее противоправное деяние, считается одним из существенных пробелов немецкого уголовного права⁶⁹. Наказуемость покушения на данный уголовный проступок описана в уголовном законе размыто. В целом, по оценке большинства немецких ученых, § 237 «Принудительное бракосочетание» УК ФРГ не способствует обеспечению необходимой защиты прав потерпевших⁷⁰.

Преступления в сфере информационной безопасности (компьютерные преступления). Так называемое информационное уголовное право начало формироваться в 80-е годы XX в. В настоящее время в УК ФРГ отсутствует самостоятельный раздел, объединяющий нормы о компьютерных преступных деяниях, поэтому они находятся в различных разделах кодекса. Уголовно наказуемыми в этой сфере признаются в основном преступные деяния, имеющие имущественную направленность, но отдельными нормами УК ФРГ охраняются такие правовые ценности, как право на личную жизнь и частную тайну⁷¹. В этой сфере особенно сильно проявляется влияние положений международного и европейского права⁷².

Важнейшие изменения в регулирование данной сферы были внесены Сорок первым законом от 7 августа 2007 г. «О борьбе с компьютерной преступностью». Принятие этого Закона должно было способствовать устранению пробелов немецкого уголовного законодательства посредством имплементации положений рамочного решения ЕС об информационных атаках⁷³ и Конвенции о преступности в сфере компьютерной информации (ETS № 185)⁷⁴. В свое время немецкий законодатель пропустил срок введения положений рамочного решения в немецкое право, и поэтому решение проблем преступлений в сфере компьютерной информации должно было быть оперативным. В условиях поспешности предостережения и предложения научного сообщества не были учтены законодателем в достаточной степени⁷⁵.

Основные изменения, внесенные указанным Законом в УК ФРГ, были связаны с уголовно-правовыми запретами, содержащимися в § 202а–202с и 303а–303с. Уголовно-правовой запрет, закрепленный в § 202а «Выведывание информационных данных»⁷⁶, был направлен на охрану неприкосновенности частной жизни, а

⁶⁹ См.: *Eisele J., Mayer C.F.* Strafbarkeit der Zwangsheirat nach § 237 StGB im Lichte des Internationalen Straf- und Privatrechts // *Neue Zeitschrift für Strafrecht*. 2011. № 10. S. 551; *Sering C.* Das neue «Zwangsheirat-Bekämpfungsgesetz» // *Neue Juristische Wochenschrift*. 2011. № 30. S. 2163.

⁷⁰ См.: *Letzgas K.* Der neue Straftatbestand der Zwangsheirat // *Familie. Partnerschaft. Recht*. 2011. № 10. S. 456; *Sering C.* Das neue «Zwangsheirat-Bekämpfungsgesetz» // *Neue Juristische Wochenschrift*. 2011. № 30. S. 2165.

⁷¹ Подробнее, например, см.: *Серебренникова А.В.* 14.4 Преступные деяния, нарушающие неприкосновенность и тайну частной жизни // *Уголовное право зарубежных стран. Общая и Особенная части: учебник / под ред. И.Д. Козочкина*. М., 2010. С. 864–874.

⁷² См.: *Gercke M.* Der unterbliebene Schritt vom Computer — zum Internetstrafrecht // *Anwaltsblatt*. 2012. № 8/9. S. 709–713.

⁷³ Рамочное решение Совета ЕС 2005/222/JI.

⁷⁴ Конвенция Совета Европы о преступности в сфере компьютерной информации (ETS № 185) (г. Будапешт, 23 ноября 2001 г.)

⁷⁵ См.: *Gercke M.* Die Entwicklung des Internetstrafrechts im Jahr 2007 // *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*. 2008. № 7. S. 545–556.

⁷⁶ Перевод названия § 202а в ряде случаев дается как «Выведывание данных» или «Действия, направленные на получение информационных данных». Аналогично и перевод названий § 202b «Перехват данных» («Сбор информационных данных») и § 202с «Подготовка выведывания и пере-

также экономических интересов от шпионажа. Основным понятием соответствующего состава преступления является понятие «информационные данные», которое частично определено в абз. 2 § 202a УК ФРГ. Под информационными данными (по смыслу § 202a–202c), понимаются зашифрованные данные, используемые в различных системах кодирования с возможностью их последующей расшифровки и прогнозирования действительности на их основании⁷⁷. В абз. 2 § 202a УК ФРГ дополнительно установлены требования к носителям указанной информации: она может передаваться магнитным, электронным или иным способом, не воспринимаемым непосредственно органами чувств человека.

В соответствии с абз. 1 § 202a «Выведывание информационных данных» УК ФРГ уголовным проступком признается незаконный, несанкционированный доступ к защищаемым информационным данным, в том числе посредством преодоления средств защиты, т.е. с взломом. Согласно § 202b «Перехват информационных данных» уголовным проступком считается незаконное извлечение информационных данных для себя или другого лица из потоков данных, передаваемых частным путем, либо перехват электромагнитных трансляций с изъятием информационных данных. Данное противоправное деяние наказывается лишением свободы на срок до двух лет или денежным штрафом. В соответствии с § 202c «Приготовление к выведыванию и перехвату информационных данных» уголовным проступком признаются действия по подготовке выведывания или перехвата информации, включающие в себя изготовление, приобретение, покупку, передачу, распространение или обнародование паролей или кодов доступа к информационным данным, а также отдельных компьютерных программ, действующих подобным образом. Данный уголовный проступок наказываются лишением свободы на срок до одного года или денежным штрафом⁷⁸.

Согласно абз. 1 § 303a «Изменение информационных данных» УК ФРГ⁷⁹ преступлением признается незаконное удаление, сокрытие, приведение в негодное состояние или изменение информационных данных. В отношении приготовления данного преступления действуют положения § 202c (абз. 3 § 303a). В соответствии с § 303b «Компьютерный саботаж» УК ФРГ в действующей редакции защищается обработка информационных данных, имеющих существенное значение для чужих предприятий, корпораций или государственных учреждений (абз. 2 § 303b) и для физического лица (абз. 1 § 303b). Объективной стороной здесь охватываются незаконный ввод и передача вредоносных компьютерных данных, под которыми понимаются и «DoS-атаки». В соответствии с абз. 4 § 303b УК ФРГ пределы наказания в виде

хвата данных» («Приготовление к получению и сбору информационных данных»). См.: Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: текст и науч.-практ. коммент. М., 2010. С. 161–162; Уголовное право зарубежных стран. Общая и Особенная части: учеб. / под ред. И.Д. Козочкина. М., 2010. С. 864.

⁷⁷ См.: *Haft F.* Das Zweite Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität // *Neue Zeitschrift für Strafrecht.* 1987. № 1. S. 8.

⁷⁸ См.: *Ernst S.* Das neue Computerstrafrecht // *Neue Juristische Wochenschrift.* 2007. № 37. S. 2661–2666; *Schumann K.* Das 41. StrÄndG zur Bekämpfung der Computerkriminalität // *Neue Zeitschrift für Strafrecht.* 2007. № 12. S. 675–680.

⁷⁹ Перевод названия § 303a в ряде случаев дается как «Изменение данных». См.: Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: текст и науч.-практ. коммент. М., 2010. С. 213.

лишения свободы увеличиваются на срок от шести месяцев до 10 лет в особо тяжких случаях совершения уголовного проступка, предусмотренного абз. 2 § 303b.

Изменения в УК ФРГ, внесенные Сорок первым законом, активно обсуждаются даже в настоящее время⁸⁰. Среди наиболее критикуемых моментов стоит отметить неоднозначный понятийный аппарат, обусловленный бланкетностью рассмотренных норм, отсутствие положений о наказуемости покушения на эти преступления. Это создает системное противоречие с нормами по данным составам. Так, в соответствии с § 205 «Ходатайство об уголовном преследовании» УК ФРГ деяния, предусмотренные § 202a и 202b, преследуются по общему правилу по ходатайству частных лиц, за исключением случаев, когда в указанных делах «по мнению правоохранительных органов в силу особого общественного интереса в уголовном преследовании требуется государственное вмешательство по официальной инициативе». Вопросы наказания приготовления уголовных проступков, предусмотренных § 202a и 202b УК ФРГ, в полной мере освещены в § 202c⁸¹.

Другая проблема — это потенциальная ответственность программистов, разрабатывающих пробные версии компьютерных программ, направленных на обеспечение информационной безопасности, которые могут рассматриваться как хакерские системы. Эта проблема может разрешаться только на уровне определения вины лица в форме умысла⁸². Наконец, критикуется § 303b УК ФРГ, положения которого также распространяются на online-демонстрации, когда большое количество людей умышленно атакуют один и тот же интернет-сайт⁸³.

Активная дискуссия в научном сообществе развернулась также относительно толкования положений Общей части УК ФРГ применительно к указанным противоправным деяниям, в частности, толкование понятия «носителя информации» и его коннотация в Уголовном кодексе (абз. 3 § 11⁸⁴). Учеными обсуждалось соотношение понятий «информационные (компьютерные) данные» и «массовая информация», что имеет ключевое значение как для формулирования соответствующих составов преступлений, так и для определения круга массовых средств общения в сети Интернет⁸⁵.

⁸⁰ См.: *Radtke H., Steinsiek M.* Terrorismusbekämpfung durch Vorfeldkriminalisierung? Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten // *Juristische Rundschau*. 2010. № 2. S. 107–109; *Groeseling N., Hoefinger F.M.* Hacking und Computerspionage — Auswirkungen des 41. StrÄndG zur Bekämpfung der Computerkriminalität Multimedia und Recht. 2007. № 9. S. 549–553; *Holzner S.* Klarstellung strafrechtlicher Tatbestände durch den Gesetzgeber erforderlich // *Zeitschrift für Rechtspolitik*. 2009. № 6. S. 177–178; *Popp A.* Computerstrafrecht in Europa // *Medien und Recht*. 2007. № 2. S. 84–88; *Schreibauer M., Hessel T.J.* Das 41. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität // *Kommunikation und Recht*. 2007. № 12. S. 616–620.

⁸¹ См.: *Ernst S.* Das neue Computerstrafrecht // *Neue Juristische Wochenschrift*. 2007. № 37. S. 2661, 2662.

⁸² См.: *Fischer T.* Kommentar zum Strafgesetzbuch und Nebengesetze. München, 2012. § 202b Rn 6.

⁸³ См.: *Ibid.* § 303b, № 12; *Hoffmanns S.* «Lufthansa-Blockade» 2001 — eine (strafbare) Online-Demonstration? // *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*. 2012. № 8/9. S. 409–414.

⁸⁴ В соответствии с абз. 3 § 11 УК ФРГ к письменным материалам приравниваются носители аудио- и видеозаписи, накопители данных, репродукции и другие творения в тех положениях уголовного законодательства, которые отсылают к данному абзацу. См.: *Головенков П.В.* Указ. соч. С. 39.

⁸⁵ См.: *Kudlich H.* Straftaten und Strafverfolgung im Internet // *Strafverteidiger*. 2012. № 8. S. 560–566.

*Преступления в сфере государственной безопасности*⁸⁶. Закон от 30 июля 2009 г. «О преследовании приготовления к тяжким преступлениям в сфере государственной безопасности» ввел положение об учетеотягчающих обстоятельств применительно к террористической угрозе, исходящей как от частных лиц, так и от террористических организаций. Субъектами преступлений, предусмотренных в § 129а «Организация террористического объединения» и § 129б «Преступные и террористические сообщества за границей; расширенная конфискация того, что было приобретено преступным путем и изъятие предметов и средств совершения деяния» УК ФРГ, традиционно считалась группа лиц. Из-за этого применение указанных параграфов на практике по совокупности с § 30 «Покушение на соучастие» оказалось невозможным. В силу указанных обстоятельств в § 89а «Приготовление к совершению тяжких насильственных преступлений в сфере государственной безопасности»⁸⁷, введенным указанным законом, была сформулирована специальная норма об ответственности за приготовление к тяжким государственным насильственным преступлениям, в том числе, к преступлениям террористической направленности.

Тяжким государственным насильственным преступлением признается преступное деяние против жизни в случаях, предусмотренные в § 211 «Тяжкое убийство» и § 212 «Убийство» УК ФРГ, или против личной свободы в случаях, предусмотренных в § 239а «Похищение человека с целью вымогательства» и § 239б «Захват заложников». Данные деяния направлены на ослабление стабильности и безопасности государства или международной организации, на устранение, ослабление или подрыв конституционных основ ФРГ. Пределы наказания за совершение подобного уголовного проступка — от шести месяцев до 10 лет лишения свободы. Способами совершения соответствующего противоправного деяния могут выступать:

- 1) образование организации и агитация;
- 2) производство, распространение или хранение оружия или вредоносных материалов (вирусов, ядов, взрывчатых веществ), специальных средств (к примеру, запальных приспособлений);
- 3) создание или хранение материалов, предметов для производства оружия, специальных приспособлений;
- 4) финансирование подобных деяний⁸⁸.

Указанным законом был введен также § 89б «Установление контактов с целью совершения тяжких насильственных преступлений в сфере государственной безопасности» УК ФРГ, предусматривающий наказание за совершение соответствующих противоправных действий в виде лишения свободы на срок до трех лет либо денежный штраф. С объективной стороны данный уголовный проступок состоит в создании или поддержании связей (контактов) с террористическим сообществом с целью получения инструкций для совершения тяжкого государственного насиль-

⁸⁶ О системе преступлений против интересов государства по УК ФРГ подробнее см.: *Серебряникова А.В.* 17 Преступные деяния против интересов государства // Уголовное право зарубежных стран. Общая и Особенная части: учеб. / под ред. И.Д. Козочкина. М., 2010. С. 899—912.

⁸⁷ Перевод названия § 89а в ряде случаев — «Подготовка тяжкого государственно-опасного насильственного деяния». Аналогично и перевод названий § 89б — «Вступление в контакт с целью совершения тяжкого государственно-опасного насильственного деяния» См.: *Головненков П.В.* Указ. соч. С. 110, 112.

⁸⁸ Перевод текста абз. 2 § 89а УК ФРГ также см.: *Головненков П.В.* Указ. соч. С. 111.

ственного преступления. Условием привлечения к уголовной ответственности выступает установление непосредственного умысла на совершение тяжкого насильственного преступления. Интересно, что положения абз. 1 § 89а и абз.1 § 89b УК ФРГ имеют экстерриториальное действие, т.е. действуют за пределами территории государств-членов ЕС, если предусмотренные в них действия «совершаются лицом, имеющим немецкое гражданство, или иностранным гражданином, имеющим центр своих социальных и экономических интересов на территории Германии» (абз. 3 § 89а и абз. 3 § 89b).

Наконец, Законом от 30 июля 2009 г. был также введен § 91 «Распространение инструкций совершения тяжких насильственных преступлений в сфере государственной безопасности» УК ФРГ⁸⁹, предусматривающий наказание на срок до трех лет лишения свободы либо денежный штраф не только за публичное распространение (рекламирование) материалов, способных быть руководством к совершению тяжких государственных насильственных преступлений, но и за приобретение подобных письменных руководств к действию, — к примеру, при скачивании из сети Интернет инструкций по совершению террористических актов.

Кроме этого, в соответствии с указанным законом УПК ФРГ был дополнен § 100а и рядом других положений, закрепивших обновленный процессуальный порядок уголовного преследования по рассмотренным выше составам преступлений. В частности, была закреплена возможность применения таких процессуальных мер, как контроль и запись коммуникаций, прослушивание и обыски в частных домах, предварительное задержание рецидивистов. Положения указанного закона, по существу, имплементировали в уголовное законодательство ФРГ положения Конвенции о предупреждении терроризма (ETS № 196)⁹⁰. При этом следует заметить, что подобные далеко идущие новеллы УК ФРГ, представляемые главным образом в виде превентивных мер, встретили достаточно сильную критику в научном сообществе. Ученые, в частности, отмечают размытые контуры определений, содержащиеся в данных параграфах, и широкое содержание норм, которые охватывают ранние przygotowительные действия⁹¹.

Преступления против половой неприкосновенности. Закон от 27 декабря 2003 г. «О внесении изменений в положения о преступлениях против половой неприкосновенности», принятый после длительного обсуждения, стал первым актом, предложившим существенные изменения в Особенную часть УК ФРГ со времени Шестого закона о внесении поправок в уголовное законодательство. Данным Законом предусмотрено расширение уголовно-правовых составов преступлений против половой неприкосновенности, хотя были предложения и о введении в УК ФРГ новых уголовно-правовых запретов в указанной сфере. Примечательно, что раздел XIII «Преступления против полового самоопределения» уже подвергался пересмотру в ходе «последней основополагающей реформы Особенной части УК

⁸⁹ Подробнее положения § 91 УК ФРГ см.: Головенков П.В. Указ. соч. С. 114–115.

⁹⁰ Конвенции Совета Европы о предупреждении терроризма (ETS № 196) (г. Варшава, 16 мая 2005 г.).

⁹¹ См.: Radtke H., Steinsiek M. Terrorismusbekämpfung durch Vorfeldkriminalisierung? Das Gesetz zur Verfolgung der Vorbereitung schwerer staatsgefährdender Gewalttaten // Juristische Rundschau. 2010. № 2. S. 107–109.

ФРГ» 1998 г., и поэтому дальнейшего совершенствования соответствующих норм не предполагалось⁹².

Следует отметить, что современные изменения были призваны ужесточить наказание за приготовление действий сексуального характера в отношении малолетних и нарушение общественного спокойствия (№ 3 абз. 4 § 176 «Действия сексуального характера в отношении детей» в совокупности с § 140 «Поощрение и одобрение преступных деяний» УК ФРГ). В соответствии с данным законом также были введены более строгие наказания за совершение как действий сексуального характера, так и смежных составов преступлений (§ 174–174с и 179⁹³). Также была повышена граница возраста потерпевших — с 14 до 18 лет в § 236 «Торговля детьми» УК ФРГ.

Пределы наказания были повышены также за распространение порнографии (§ 184–184с УК ФРГ⁹⁴). Параграф 184 «Распространение порнографических письменных материалов», который охватывал собой несколько квалифицированных видов преступных посягательств и устанавливал уголовную ответственность, в частности, за «жесткую» порнографию (абз. 3–5 § 184 УК ФРГ в ред. до 2003 г.), был частично разделен на специальные нормы (§ 184а, 184б, 184с). Эти нормы предусматривают уголовную ответственность за распространение, приобретение и владение письменными порнографическими материалами с участием детей, несовершеннолетних и животных.

Противоправное деяние, предусмотренное § 176 «Действия сексуального характера в отношении детей» УК ФРГ, законодатель предлагал рассматривать в качестве преступления, но эта идея не была одобрена в ходе реформы⁹⁵. В то же самое время была отменена норма о назначении более мягкого наказания «в менее тяжких случаях» совершения данного преступления. Это вызывало обостренную негативную реакцию ученых, указывавших на то, что даже в параграфах, устанавливающих уголовную за более тяжкие преступления, такого рода нормы («привилегии») остались. В качестве примеров ученые ссылались на параграфы о понуждении к действиям сексуального характера, изнасилованию (абз. 5 § 177 УК Германии), и о менее тяжком случае убийства (§ 213 УК Германии). Аргументы законодателя относительно отмены нормы о назначении более мягкого наказания «в менее тяжких

⁹² См.: *Dutge G., Hörnle T., Renzikowski J.* Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung // *Neue Juristische Wochenschrift.* 2004. № 15. S. 1065–1072.

⁹³ § 174 «Действия сексуального характера в отношении вверенных лиц», § 174а «Действия сексуального характера в отношении заключенных, лиц, помещенных в соответствующее учреждение по распоряжению государственных органов, больных и лиц, нуждающихся в помощи во время их пребывания в соответствующих учреждениях», § 174б «Совершение действий сексуального характера при использовании должностного положения», § 174с «Совершение действий сексуального характера при использовании отношений, связанных с консультацией, лечением и наблюдением», § 179 «Действия сексуального характера в отношении беззащитных лиц».

⁹⁴ § 184 «Распространение порнографических письменных материалов», § 184а «Распространение порнографических письменных материалов, содержащих насилие и действия сексуального характера в отношении животных», § 184б «Распространение, приобретение и владение порнографических письменных материалов с участием детей», § 184с «Распространение, приобретение и владение порнографических письменных материалов с участием несовершеннолетних».

⁹⁵ И в прежней, и в действующей редакции УК ФРГ действия сексуального характера в отношении детей рассматриваются в качестве уголовного проступка и в соответствии с абз. 1 и 2 § 176 УК ФРГ наказываются лишением свободы на срок от шести месяцев до 10 лет.

случаях» действий сексуального характера в отношении детей — из-за психической нагрузки жертвы — были признаны в науке «абсурдными»⁹⁶.

В равной степени неудачно были сформулированы положения, описывающие развратные действия сексуального характера (без контакта с телом жертвы) (абз. 4 § 176 УК ФРГ — совершение действия сексуального характера в присутствии ребенка; склонение ребенка совершить действия сексуального характера; воздействие на ребенка посредством письменных материалов с целью побудить его к действиям сексуального характера; демонстрация ребенку порнографических материалов; воспроизведение звукозаписей или речей порнографического содержания). Существующая критика подчеркивает отчаянную попытку законодателя учитывать влияние современных СМИ в контексте освещения сексуальных преступлений. Результаты такого подхода, однако, сомнительны: попытка подготовки встречи с малолетними с целью совершения действий сексуального характера наказывается только в случае использования сети Интернета⁹⁷, в иных случаях эти действия не являются наказуемыми.

Преступления против общественного порядка

А. Разжигание межнациональной или расовой розни. В соответствии с рамочным решением ЕС о противодействии определенным формам проявления расизма и межнациональной розни⁹⁸ и согласно введенному в действие 28 января 2003 г. Дополнительному протоколу к Конвенции Совета Европы (ETS № 185) «О расовой киберпреступности» Законом от 16 марта 2011 г.⁹⁹ были внесены изменения в положения абз. 1 и 2 § 130 «Травля групп населения» УК ФРГ¹⁰⁰. В соответствии с европейским охранительным законодательством было определено четыре состава преступления, подлежащих закреплению в национальной системе уголовного права. Немецкий законодатель счел необходимым изменить уголовную ответственность лишь за совершение некоторых преступлений, прежде всего, подчеркнув неотъемлемый характер защиты лиц от разжигания ненависти и подстрекательства к насильственным действиям¹⁰¹.

Абзац 1 § 130 «Травля групп населения» УК ФРГ защищает от соответствующих действий не только отдельные социальные группы и общности, но и отдельных лиц, являющихся жертвами расовой ненависти. Норма соответствует решению

⁹⁶ Bundestagdrucksache 15/350. S. 17; *Fischer T.* Kommentar zum Strafgesetzbuch und Nebengesetze. München, 2012. § 176 Rn 34; *Renzikowski J.* Münchener Kommentar zum StGB, Band 3 / Joecks W., Miebach K. München, 2012. § 176 Rn 16. Также см.: *Duttge G., Hörnle T., Renzikowski J.* Das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung // Neue Juristische Wochenschrift. 2004. № 15. S. 1066.

⁹⁷ См.: *Fischer T.* Kommentar zum Strafgesetzbuch und Nebengesetze. München, 2012. § 176 Rn 14; *Hörnle T.* Leipziger Kommentar zum StGB, Band 6 / *Laufhütte H.W., Rissing-van Saan R., Tiedemann K.* Berlin, 2009. § 176 Rn 87. В последнюю очередь: *Kudlich H.* Straftaten und Strafverfolgung im Internet // Strafverteidiger. 2012. № 8. S. 562.

⁹⁸ Рамочное решение Совета ЕС 2008/913/JI.

⁹⁹ Bundesgesetzblatt I. S. 418.

¹⁰⁰ По вопросу об охраняемых § 130 УК ФРГ правовых ценностях см.: *Schäfer J.* Münchener Kommentar zum StGB, Band 3 / Joecks W., Miebach K. München, 2012. § 130 Rn 1.

¹⁰¹ Bundestagdrucksache 17/3124. S. 6.

Федерального Верховного суда от 1967 г.¹⁰² В соответствии с обозначенными изменениями под уголовно-правовую охрану подпали обособленные социальные части населения и отдельные физические лица, было конкретизировано понятие «определенные группы населения»¹⁰³. Раньше какие-либо добавления и изменения в положение № 1 абз. 1 § 130 УК ФРГ признавались излишними, поскольку конкретные группы населения упоминались в контексте характеристики письменных материалов экстремистской направленности, распространение, демонстрация, изготовление которых запрещено в № 1 абз. 2 § 130 УК ФРГ.

В ходе парламентских дебатов оппозиционные партии выступали с острой критикой соответствующих изменений УК ФРГ. Само понятие «раса» предлагалось рассматривать как дискриминирующее. В защиту своей позиции правительственные фракции указали, что это понятие используется также в абз. 3 ст. 3 Конституции ФРГ¹⁰⁴. Большинство ученых в области уголовного права подчеркивало необходимость законодательного ограничения распространения экстремизма, расовой ненависти и вражды и активно поддержало указанные изменения¹⁰⁵. Одновременно критике подверглись неопределенность и недостаточность при имплементации европейских норм. Так, изменения, внесенные в абз. 3 § 130 УК ФРГ («одобрение, отрицание или преуменьшение опасности действий, совершенных во время господства нацистского режима»), не расширили содержательно соответствующий уголовно-правовой запрет до положений рамочного решения ЕС.

Б. Оказание сопротивления представителю власти при исполнении должностных обязанностей. Сорок четвертый закон о внесении изменений в уголовное законодательство от 1 ноября 2011 г. «Об оказании сопротивления представителю власти»¹⁰⁶ призван усовершенствовать механизмы защиты должностных лиц, которым оказывается сопротивление при исполнении ими своих должностных обязанностей. Предпосылкой и отправной точкой указанных изменений является тот факт, что число посягательств на должностных лиц с 1999 по 2008 г. возросло более чем на 30%. В результате изменений максимальный предел наказания за совершение уголовного проступка, предусмотренного абз. 1 § 113 «Оказание сопротивления представителю власти» УК ФРГ¹⁰⁷, увеличился с двух до трех лет лишения свободы. Тем

¹⁰² BGHSt 21, 371. (Собрание решений Федерального Верховного суда по уголовным делам. Т. 21. С. 371).

¹⁰³ В прежней редакции № 1 абз. 1 § 130 УК ФРГ речь шла о разжигании ненависти только «к определенным группам населения», в действующей редакции речь идет о разжигании ненависти «к национальным, расовым (выделено нами — *А.У. и С.М.*), религиозным или этническим группам населения, к определенным частям населения или к отдельному лицу из-за его принадлежности к одной из вышеназванных групп или к определенной части населения». Частями населения в данном контексте являются, например, политические объединения, работодатели, наемные работники, безработные, панки, чиновники, инвалиды и т.д. См.: *Lenkner T., Sternberg-Lieben D.* Kommentar zum Strafgesetzbuch / Schönke A., Schröder H. München, 2010. § 130 Rn. 4.

¹⁰⁴ Ср.: *Bundestagdrucksache 17/4123. S. 4; в соответствии с абз. 3 ст. 3 Конституции ФРГ «Никому не может быть причинен ущерб или оказано предпочтение по признакам пола, происхождения, расы, языка...»*. См.: Конституция Германии // Конституции государств Европейского союза / под общ. ред. Л.А. Окунькова. М., 1999. С. 182.

¹⁰⁵ *Hellmann J., Gärtner M.* Neues beim Volksverhetzungstatbestand — Europäische Vorgaben und ihre Umsetzung // *Neue Juristische Wochenschrift*. 2011. № 14. S. 965.

¹⁰⁶ *Bundesgesetzblatt I. S. 2130.*

¹⁰⁷ В соответствии с абз. 1 § 113 УК ФРГ, «тот, кто, применяя насилие или угрожая применением насилия, оказывает сопротивление должностному лицу или солдату немецких вооруженных

самым частично было отменено положение абз. 1 § 113 как привилегированной нормы по отношению к абз. 1 § 240 «Принуждение»¹⁰⁸.

Однако были отмечены и недостатки новой редакции § 113 «Оказание сопротивления представителю власти» УК ФРГ. В частности, Федеральный Конституционный суд указал на неоправданность широкого понимания понятия «оружие», приравниваемого в № 1 абз. 2 § 113 УК ФРГ к «иным опасным орудиям»¹⁰⁹. В соответствии с № 2 абз. 1 § 305a «Уничтожение важных средств производства» УК ФРГ законодатель ввел повышенную уголовно-правовую защиту не только транспортных средств полиции и вооруженных сил, но и основных технических средств отправления службы пожарных, спасателей и пр.

Критиковался также тот факт, что ни пожарные, ни работники аварийно-спасательных служб не попадают под защиту § 113 УК ФРГ. Такая защита имеет место только при наличии предусмотренных в абз. 3 § 114 «Оказание сопротивления лицам, приравненным к представителям власти» обстоятельств, когда в ситуации несчастных случаев, общей опасности или общего бедствия, применяя насилие или угрожая применением насилия, лицо препятствует оказанию помощи пожарным или работникам аварийно-спасательных служб). Указанные лица не попадают и под защиту в порядке § 240 «Принуждение» УК ФРГ¹¹⁰. Поскольку служащие пожарных, чрезвычайных, аварийно-спасательных служб нуждаются в защите не меньше, постольку предлагалось расширить положения указанного запрета, взяв под уголовно-правовую охрану указанных лиц (абз. 3 § 113).

Необходимо отметить, что указанные изменения всегда были объектом оживленного обсуждения и были поддержаны только правительственными фракциями¹¹¹. С точки зрения критиков сомнению не подвергался тот факт, что законодательство при введении новых составов приобретает скорее символический характер, а устрашение преступника через повышение пределов ответственности не будет иметь эффекта. Ученые отмечали неэффективность и непродуманность указанных изменений в смысле требований к профессиональным государственным служащим¹¹². Также вызвали сомнение не имевшие никакой эмпирической базы данные, указывающие на высокую степень насилия в отношении полицейских¹¹³.

сил (Бундесвера), призванному исполнять законы, подзаконные нормативные акты, приговоры, судебные постановления или распоряжения и находящемуся при исполнении этих служебных действий, или нападает на него при исполнении, наказывается...». См.: *Головненков П. В.* Указ. соч. С. 131.

¹⁰⁸ *Fischer T.* Kommentar zum Strafgesetzbuch und Nebengesetze. München, 2012. § 113 Rn 2. Согласно § 113, 114 УК ФРГ, смягчающим обстоятельством для граждан, пострадавших при исполнении государственными служащими своих полномочий, выступает добросовестное заблуждение. Эта привилегия не существует применительно к § 240 УК ФРГ.

¹⁰⁹ BverfG (Решение Федерального конституционного суда) 2 BvR 2238/07 от 1 сентября 2008 г. // *Neue Juristische Wochenschrift.* 2008. № 50. S. 3627.

¹¹⁰ См.: *Caspari S.* Gewalt gegen Polizeibeamte — Lösungen durch eine Reform des § 113 StGB? // *Neue Justiz.* 2011. № 11. S. 313–326; *Singelstein T., Puschke J.* Polizei, Gewalt und das Strafrecht — Zu den Änderungen beim Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte // *Neue Juristische Wochenschrift.* 2011. № 48. S. 3474.

¹¹¹ Ср.: *Bundestagdrucksache* 17/6505. S. 4.

¹¹² Подробнее см.: *Singelstein T., Puschke J.* Polizei, Gewalt und das Strafrecht — Zu den Änderungen beim Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte // *Neue Juristische Wochenschrift.* 2011. № 48. S. 3473–3477.

¹¹³ *Ibid.* S. 3475.

Преступления против окружающей среды¹¹⁴

19 ноября 2008 г. Парламентом и Советом ЕС была принята Директива 2008/99/EG «Об уголовно-правовой защите окружающей среды», ознаменовавшая собой новый виток изменений в уголовном законодательстве. Директива прежде всего призвана имплементировать в национальное уголовное законодательство минимальные стандарты европейского права относительно экологических преступлений. Создание правовых механизмов для реализации соответствующей цели в рамках систем национального законодательства предполагалось до 26 декабря 2010 года¹¹⁵. На государства-члены ЕС возлагалась обязанность ввести в национальное законодательство ряд уголовно-противоправных деяний, главным образом, причиняющих крупный ущерб человеку и обществу, животным и растениям, качеству воды, почвы и воздуха. Уголовно наказуемыми были признаны обращение опасных отходов или радиоактивных материалов, эксплуатация опасного оборудования; поставление в опасность или уничтожение охраняемых видов животных и растений; уничтожение охраняемых природных территорий или озонового слоя.

Для привлечения к уголовной ответственности за совершение таких противоправных деяний необходимо установление прямого умысла или, по крайней мере, грубой неосторожности. Эффективные, соразмерные, превентивные санкции за совершение соответствующих деяний стали применяться и к юридическим лицам. Соответствующие положения были введены в УК ФРГ на основе Сорок пятого закона о внесении изменений в уголовное законодательство от 6 декабря 2011 г. «Об имплементации Директивы Европейского парламента и Совета Европы о защите окружающей среды»¹¹⁶. Таким образом, несмотря на идейное соответствие немецкого законодательства в сфере охраны окружающей среды общепризнанным нормам, было признано необходимым привести его в соответствие с европейским законодательством. Изменения и дополнения последовали не только в § 311 «Высвобождение ионизирующего излучения», § 325–330¹¹⁷, 330d «Определение понятий» УК ФРГ, но и в § 71 Закона о защите окружающей среды, а также в § 36

¹¹⁴ Система преступных деяний против окружающей среды содержится в разделе XXIX «Экологические преступные деяния» («Преступные деяния против окружающей среды»), а также в ряде законов, составляющих дополнительное уголовное право (в частности, Закон о защите окружающей среды, Закон об атомной энергии и др.). В сфере немецкого уголовного экологического права таких законов достаточно много. О различиях перевода см.: Уголовное уложение (Уголовный кодекс) Федеративной Республики Германия: текст и науч.-практ. коммент. М., 2010. С. 229; Уголовное право зарубежных стран. Общая и Особенная части: учеб. / под ред. И.Д. Козочкина. М., 2010. С. 848. Также о системе преступных деяний против окружающей среды см.: *Xionep P.-Й.* Глава 14. Применение уголовного экологического права в Германии // Экологическая преступность в Европе / Сост. Ф. Комп, Л. Кремер; отв. ред. О.Л. Дубовик. М., 2010. С. 163–171.

¹¹⁵ *Kropp O.* Der Begriff der Abfallverbringung in § 326 Abs. 2 StGB im Lichte des EU-Rechts — Änderungen nach Umsetzung der Umweltstrafrechtsrichtlinie 2008/99/EG // *Neue Zeitschrift für Strafrecht.* 2011. № 12. S. 675; *Ruhs S.* Europäisierung des Umweltstrafrechts // *Zeitschrift für das Juristische Studium.* 2011. № 1. S. 15.

¹¹⁶ Bundesgesetzblatt I. S. 2557.

¹¹⁷ § 325 «Загрязнение воздуха», § 325a «Создание шума, сотрясений и высвобождение неионизирующего излучения», § 326 «Запрещенное обращение с отходами», § 327 «Запрещенная эксплуатация установок», § 328 «Запрещенное обращение с радиоактивными материалами и иными опасными веществами и грузом», § 329 «Создание опасности для особо охраняемых территорий», § 330 «Особо тяжкий случай экологического преступного деяния».

и 38 Федерального закона об охоте. Были введены в действия и новые уголовно-правовые положения — § 71а Закона о защите окружающей среды и § 38а Федерального закона об охоте.

В ходе обсуждения законопроекта соответствующие изменения активно критиковались¹¹⁸. В частности, ученые указывали, что применение предложенных норм неизбежно должно повлечь уголовное наказание за иностранные административные проступки, что крайне сложно реализовать ввиду существенных различий систем административного права в европейских государствах. Также понимание уголовно-правовых запретов существенно осложнится, так как уголовно-правовые нормы, закрепляющие преступления против окружающей среды, будут содержать очень длинные предписания.

Тем не менее, предложенные поправки в законодательство были приняты большинством голосов, так как немецкое уголовное право должно соответствовать уголовному праву других государств-членов ЕС по вопросу защиты окружающей среды. В то же время ученые в области уголовного права не перестают обращать внимание на неполноценность составов преступления и отсутствие единой концепции развития законодательства для этой подотрасли уголовного права. Также критике подвергается тот факт, что ряд деяний в этой сфере не столь общественно опасны для того, чтобы считаться уголовно наказуемыми¹¹⁹. Некоторые ученые предлагают создать наднациональное европейское уголовное экологическое право¹²⁰.

Выводы

Как было отмечено в начале данной статьи, значительная часть изменений уголовно-правовых запретов в Особенной части УК ФРГ была обусловлена имплементацией международных и европейских стандартов. Зачастую из-за чрезмерной поспешности законодателя попытки усовершенствовать национальное уголовное право, имплементируя нормы международного уровня, терпели неудачу. Некоторые реформы страдали содержательной неточностью правовых положений, что осложняло и осложняет возможность их применения на практике¹²¹. Кроме того, были упущены из виду некоторые системные коллизии и противоречия в УК ФРГ¹²². Наряду с этим практически каждая из проведенных реформ упрекается в несовершенстве понятийного аппарата введенных составов. Современный зако-

¹¹⁸ Ср.: Bundestagdrucksache 17/7674. S. 13.

¹¹⁹ Подробнее об этом см.: *Zimmermann F.* Wann ist der Einsatz von Strafrecht auf europäischer Ebene sinnvoll? Die neue Richtlinie zum strafrechtlichen Schutz der Umwelt // *Zeitschrift für Rechtspolitik.* 2009. № 3. S. 75. Также см.: *Fromm I.E.* Bekämpfung schwerer Umweltkriminalität in der EG durch einheitliche strafrechtliche Sanktionen? // *Zeitschrift für Wasserrecht.* 2009. № 3. S. 157–162.

¹²⁰ Подробнее об этом, например, см.: *Ruhs S.* Europäisierung des Umweltstrafrechts // *Zeitschrift für das Juristische Studium.* 2011. № 1. S. 20.

¹²¹ Необходимо отметить, что на протяжении своего исторического развития континентальное уголовное право проявило себя как «негибкая» правовая семья. См.: *Есаков Г.А.* Основы сравнительного уголовного права. М., 2007. С. 84.

¹²² Примеры см.: *Schroeder F.C.* Gesetzestechnische Fehler im 37. Strafrechtsänderungsgesetz // *Goldammer's Archiv.* 2005. № 5. S. 307; *Heger M.* Ein Plädoyer für die Korrektur hand-werklicher Maßängel bei der innerstaatlichen Umsetzung von EU-Vorgaben // *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik.* 2008. № 10. S. 496.

нодатель склонен использовать размытые термины уголовного права, поспешно реагируя на тенденции уголовной политики. В результате отсутствует четко сконструированная концепция развития немецкого уголовного права, граница между криминализацией деяний и освобождением от уголовной ответственности размывается. Наконец, судьи по уголовным делам испытывают все большую необходимость самостоятельного восполнения пробелов права путем его толкования¹²³. Таким образом, на практике обновление и усовершенствование норм уголовного права порождают догматические противоречия в УК ФРГ.

¹²³ Ср.: Hassemer W., Neumann U. Nomos Kommentar zum StGB, Band 1. / Kindhäuser U., Neumann U., Paeffgen H.-U. — Baden-Baden, 2010. Vor § 1 Rn 352.

LEGAL THOUGHT: HISTORY AND MODERNITY

Antonov M.V.

HANS KELSEN (1881–1973): MAIN STAGES OF THEORETICAL RESEARCH

This article deals with the general characterization of the legal conception elaborated by the 20th century prominent jurist Hans Kelsen (1881–1973). The author examines the major stages of the biography and intellectual formation of this Austrian legal thinker. The author particularly stresses the relationship between Kelsen's ideas about law, and his practical activity as law professor, jurist, and judge. A special attention is drawn to the period before the Second World War. The article features a conclusion that it is during this period that the philosophical and conceptual basis of the pure theory of law was laid down.

Keywords: Kelsen, pure theory of law, normativity, legal order, basic norm, constitutional control, philosophy of law, legal positivism.

Siukiyainen L.R.

“ARAB SPRING” AND ISLAMIC LEGAL THOUGHT

Many Arab countries have entered the period of political crisis and radical changes referred to as the Arab Spring. Islam has played its part in this process. Toppling regimes in certain countries resulted in coming to power the Islamic establishment. Modern Islamic thought is particularly interested in examining a number aspects of the Arab Spring. The experts are not unanimous on evaluating the mass demonstrations and rebellions. One of legal schools of thought fiqh revolutions justify demonstrations and acts of disobedience from the perspective of Sharia law.

Keywords: Arab Spring, Islam, political reforms, Islamic law, Sharia law, demonstrations, new concept, fiqh revolutions.

Get'man-Pavlova I.V.

POLITENESS IN ULRİK HUBER'S CONFLICT OF LAWS DOCTRINE

The article is devoted to the concept of *politeness* developed by Ulrik Huber, a Dutch lawyer of the 18th century. His works are regarded as typical of the Dutch conflict of laws theory. Huber featured the doctrine of international politeness which makes up the basis for the Dutch theory of statutory interpretation. The article makes a conclusion that almost all Huber's axioms have become part of modern doctrine and case law, especially in the common law countries. Huber may be considered the founder of both the national nature theory of conflict norms and international law theory of international private law.

Keywords: international private law, doctrine, theory of statutory interpretation, the Netherlands, Dutch School of Conflict of law of 17th century, Ulrik Huber, international politeness, positivism, pragmatism.

Poldnikov D.Yu.

IUS COMMUNE DOCTRINE AS A FORMAL SOURCE OF LAW IN WESTERN EUROPE IN THE 12TH AND 13TH CENTURIES

The article examines the legal doctrine of *ius commune* as a source of law in Western Europe from the 14th to 18th centuries. The author defines the legal doctrine, draws distinc-

tions with similar legal phenomena, studies the causes of its rise and its gradual decline through centuries, and reveals similarities with and differences from the modern idea of legal doctrine in the civil law countries.

Keywords: legal doctrine, legal theory, *ius commune*, professors' law, source of law, legal history.

RUSSIAN LAW: CONDITION, PERSPECTIVE, COMMENTARIES

Krylova N.S.

CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF THE FINANCIAL ACTIVITY OF THE STATE

This study is based on the comparative law approach. The author examines the role of the constitution in regulating the organization and activities of the state in the area of financial relationship. Modern constitutions proclaim the principles defining the process of adopting the main financial document of the country (the budget), as well as the rules of taxation. They also provide the rules concerning the status and powers of the controlling bodies. The author analyses the general constitutional principles as well the special rules dealing exceptionally with the financial relationship. The author underlines the fact that in the era of constitutionalism all forms of financial activity of the state are shaped in the legal form.

Keywords: constitution, budget, taxation, public finance, control.

Yalbulganov A.A.

REGIONAL FINANCIAL CONTROL IN RUSSIAN FEDERATION: STRUCTURE AND FUNDAMENTALS

The paper analyses the legal regulation of monitoring and expert-analytical activities carried out by controlling and auditing bodies for the state regional financial control.

Keywords: state regional financial control, control-counting bodies, measures of control, acts of inspections.

Panova I.V., Gorodetskaya E.A.

AGRO-INDUSTRY REQUIRES NEW LEGISLATION

The article argues that agro-industrial complex (APK) requires the development and adopting the federal law on the state regulation of this sector subject to the international regulation and requirements of the WTO. The article suggests specifying food security as one of the main objectives of this regulating, enforcing the new multi-purpose law with a number of new measures of state regulation, widening the range of agro-industry subjects entitled to state subsidies and determining the terms under which they will be provided. An emphasis is made on the necessity to define in the federal law the concepts of agro-industrial complex, *subject of agro-industrial complex*, as well as making up a uniform register of agricultural commodity producers and the APK subjects.

Keywords: law, agriculture, state regulation, agro-industrial complex, World Trade Organization.

Polyakova T.A., Khimchenko A.I.

TOPICAL ORGANIZATIONAL AND LEGAL ISSUES OF CROSS-BORDER TRANSFER OF PERSONAL DATA

In this paper we study the problem of cross-border transfer of personal data, including the analysis of the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic

Processing of Personal Data, concerning supervisory authorities and transborder data flows CETS No. 181, additional Protocol to the Convention, Russian Federation legislation on personal data protection and cross-border transfer of personal data, as well as the role of the Commissioner authority to protect the rights of subjects of personal data, identify problems arising from cross-border transmission of personal data.

Keywords: cross-border transfer of personal data, Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data CETS № 181, additional Protocol to the Convention, Russian Federation legislation on personal data protection.

Batusova E.S.

EMPLOYMENT CONTRACT WITH COMPANY'S PRINCIPAL

The article is devoted to the issues of legal regulation of chief executive officer (CEO) labour. A base of CEO labour relations is a complex legal structure, election or appointment to the position precedes its emergence — making an employment agreement. A certain feature of this person's legal status is labour function specifics. It includes simultaneous combination of professional knowledge of economy branch and management competence. The article focuses on the issues of employment probation, salary, termination of employment agreement and other issues.

Keywords: chief executive officer employment agreement, term of employment probation, salary, suspension from job, termination of chief executive officer employment agreement.

LAW IN MODERN WORLD

Voronina A.S.

INTERNATIONAL LAW COOPERATION FORMS TO STUDY AND EXPLORE OUTER SPACE

This article is devoted to the problems of international law forms to study and explore the outer space. The author has implemented the analysis of the concept of *international law cooperation among states*, studied the main tendencies of cooperation of states within the framework of the outer space activity at the current stage, found the aspects characterizing the modern stage of interstate space cooperation and analyzed the perspectives of codifying international space law.

Keywords: international space law, forms of cooperation, principle of cooperation, Committee on the Peaceful Uses of Outer Space, codification, code of conduct.

Postnikova E.V.

IMPLEMENTING FREEDOM TO PROVIDE SERVICES: MUTUAL RECOGNITION PRINCIPLE

The main goal of the article is to reveal the role of mutual recognition principle in implementing freedom to provide services and to appraise the effectiveness of its application. The author stresses the polysemantic feature of the principle in the light of different doctrinal approaches to its substance. On the basis of the analysis of secondary EU law, EU case law and diverse doctrinal views the author defines the content of mutual recognition principle. The article contains a comparative analysis of goods and services as objects of cross-border economic relations and on the basis of this research the author determines

peculiarities of the application of mutual recognition principle in services sector. The study examines the application of mutual recognition principle and the author formulates factors restricting its realization. A particular attention is paid to the analysis of EU legislation concerning the recognition of professional qualifications.

Keywords: European Union, services, freedom to provide services, mutual recognition principle, internal market, harmonization, service provider, liberalization, EU law, EU Court of Justice.

Umanskiy A.V., Markuntsov S.A.

MAJOR TENDENCIES IN CHANGING CRIMINAL LAW PROHIBITIONS OF STRAFGESETZBUCH SPECIAL PART

The article gives a comprehensive analysis of the major changes criminal law of prohibitions provided by the Special Part of German Penal Code on the main aspects of society and the state in about 8–10 years, which have become the most relevant and caused the greatest response of the scientific community and law enforcement agencies. The authors attempt to provide some evaluation of these changes and to determine general tendencies in German criminal law.

Keywords: criminal law of Germany, europeization of criminal law.

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 — до 1 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. Общее требование и правило составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии, введен в действие 01.01.2009 г.

Статьи должны сопровождаться краткой аннотацией и ключевыми словами на русском и английском языках.

Рукописи направляются по адресу: 109017, Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, оф. 212 (с приложением файла на носителе) или по e-mail: lawjournal@hse.ru.

Рукописи не возвращаются.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При наличии замечаний рецензента рукопись и файл возвращаются 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.

Свидетельство о регистрации средства массовой информации
«Право. Журнал Высшей школы экономики»
ПИ № ФС77-52403 от 28 декабря 2012 г. выдано Федеральной службой по надзору
в сфере связи, информационных технологий и массовых коммуникаций

Редактор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Корректор *Н.О. Федорова*

Подписано в печать 11.03.2013. Формат 70×100/16

Усл. печ. л. 16,25. Тираж 600 экз.