

Право

журнал
высшей
школы
экономики

4/2012

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, 2012

Правовая мысль: история и современность

Н.С. Бондарь

Современный российский конституционализм:
философское осмысление в свете конституционного правосудия 3

Л.К. Савюк

Портреты ученых-юристов: Иеремия Бентам 19

М.В. Антонов

Путь и перспективы правового учения Ойгена Эрлиха 39

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

О.М. Олейник

Лицензирование предпринимательской деятельности:
проблемы теории и практики 51

Е.И. Алексеевская, А.С. Гутникова

Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда Российской
Федерации от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами
гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» 64

М.А. Баратова

Проблема правовой квалификации понятия «член семьи» 79

Г.Т. Ермошин

Судья в отставке: статус, права, обязанности 87

А.А. Шулаков

Формы установления принципа наиболее тесной связи
в законодательстве и международных договорах 98

Право в современном мире

Э.А. Иванов

Международная террористическая организация как потенциальный
субъект ответственности по международному уголовному праву 112

А.А. Алексанян

Структура понятий национальной и международной безопасности:
общие черты и различие 126

А.Т. Толеубеков

Основные этапы становления казахстанского парламентаризма 134

А.А. Вишневский

Договор банковского вклада в современном банковском праве:
сравнительно-правовая перспектива 140

Э.В. Талапина

Правовая защита персональных данных во Франции 152

Дискуссионный клуб

Б.В. Назмутдинов

Понятие государства в трудах классиков евразийства 163

Право в цифрах

В.Е. Лоба, Е.В. Сафронова, А.Н. Якушев

Диссертационные исследования по уголовному праву, защищенные
в университетах Российской империи (1815–1917 гг.) 177

Научная жизнь

Summary



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. Yerpilyova
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

N.S. Bondar

Modern Russian Constitutionalism: Philosophical Conceptualisation
in Light of Constitutional Justice 3

L.K. Saviuk

Portraits of Legal Scholars: Jeremia Bentham 19

M.V. Antonov

Way and Perspectives of Eugen Ehrlich's Legal Conception 39

Russian Law: Condition, Perspective, Commentaries

O.M. Oleynik

Licensing Entrepreneurship: Theory and Practice 51

E.I. Alexeyevskaya, A.S. Gutnikova

Commentary on the Decree №17 on Proceedingd Dealing with Consumer
Right Protection Adopted by Plenum of the Russian Federation Supterne
Court as of June 28, 2012 64

M.A. Baratova

Issue of Legal Qualification for Family Member 79

G.T. Yermoshin

Judge in Retirement: Status, Rights, Duties 87

A.A. Shulakov

Forms of Establishing of Close Connection to the Legislation
and International Treaties 98

Law in Modern World

E.A. Ivanov

International Terrorist Organization as a Potential Subject
of Responsibility Under International Criminal Law 112

A.A. Aleksanyan

Structure of Concepts National and International Security:
Commonalities and Differences 126

A.T. Toleubekov

The Main Periods of the Kazakhstan Parliamentarism Development 134

A.A. Vishnevskiy

Deposit Guarantee Schemes in EU Banking Law:
Trends in Current Development 140

E.V. Talapina

Legal Protection of the Personal Data in France 152

Discussion Club

B.V. Nazmutdinov

Concept of State in Works of Eurasianism Ideology Leaders 163

Law in Figures

V.E. Loba, E.V. Safronova, A.N. Yakushev

Dissertation Papers on Criminal Law Defended at Russian
Empire Universities (1815–1917) 177

Scientific Life

184

Summary

193



Н.С. Бондарь

Судья Конституционного
Суда Российской
Федерации, профессор,
заслуженный деятель
науки РФ, заслуженный
юрист РФ, доктор
юридических наук

Современный российский конституционализм: философское осмысление в свете конституционного правосудия

В статье предложено обоснование конституционализма как философско-правовой категории в соответствии с методологией мировоззренческо-правового плюрализма, на основе сочетания позитивизма и естественного права. Одним из основных атрибутивных признаков современного конституционализма является конституционное правосудие. Конституционный Суд России выступает не только хранителем, но и преобразователем Конституции, важным фактором развития всей системы российского конституционализма. На этой основе анализируются основные направления формирования судебного («живого») конституционализма как качественно нового политико-правового режима судебной защиты Конституции России и обеспечения верховенства права, выявляется нормативно-доктринальное значение решений Конституционного Суда Российской Федерации.

Ключевые слова: Конституционный Суд Российской Федерации, конституционное правосудие, конституционализм, позитивизм, естественное право, судебный конституционализм.

Современная эпоха характеризуется системным кризисом конституционализма, охватившим как структурные и функциональные его характеристики, так и аксиологические начала классических институтов конституционной демократии. Это сопровождается углублением противоречий, усилением конкуренции между основополагающими принципами и конституционными ценностями демократии, прав человека, верховенства права, государственного суверенитета в соотношении с требованиями безопасности личности, общества, государства в условиях новых глобальных угроз, с которыми столкнулось человечество в XXI в.

Геополитические изменения современного мира, безусловно, имеют в том числе конституционное значение (хотя и не всегда положительное); соответственно

они объективно определяют потребность выработки новой философии конституционализма, разработки принципиально новых подходов к обоснованию неких интегральных, синтетических мировоззренческих, нравственно-этических, социально-экономических, политических основ современного конституционализма. Одновременно это определяет новые требования и к гносеологии современного конституционализма, к процессу его познания на основе понимания как общих закономерностей, так и национально-исторических особенностей конституционного развития современных государств. Это особенно остро проявляется — если иметь в виду, в частности, политико-правовую сферу — в конституционном правосудии.

1. Методологический плюрализм — «спасительная основа» философского осмысления современного конституционализма.

Неизвестный ранее ни одной другой исторической эпохе динамизм, стремительность обновления политических, социально-экономических, нравственно-этических, клерикально-конфессиональных и конституционных основ государственной и общественной жизни (с чем столкнулись в том числе государства, возникшие на постсоветском пространстве, включая Россию) объективно определяют необходимость активного дополнения догматических методов изучения нормативно-правовой, публично-властной составляющей конституционализма социологическим, историческим, нравственно-этическим, философско-мировоззренческим методами познания сложных и комплексных по своей природе явлений конституционно-правовой действительности. Только на базе таких широких подходов становится возможным выявление и оценка внутренних связей, общих закономерностей и социокультурных особенностей современного глобализующегося конституционализма. Это не случайно: сама конституция является порождением социальных противоречий общества и государства, правовым средством и юридической основой их разрешения; поэтому главный методологический вопрос, возникающий при анализе любой конституционной системы в контексте глобальных проблем современного мира, — это культурно-исторический аспект универсального юридического механизма реализации общепризнанных конституционных ценностей.

Культурологический метод исследования, благодаря которому становится возможным не только проникнуть в сущностные пласты политико-правовых явлений, но и продуцировать новые знания о социальной действительности, должен стать одним из основных в современной концепции философии конституционализма. Никакая рациональная формально-юридическая аргументация не может быть свободной от национальной культуры и нравственности.

В этом плане нынешнее состояние философии конституционализма может быть охарактеризовано, говоря словами российского философа права И.А. Ильина, как утрата веры в спасительный методологический монизм и переход к принципиальному признанию методологического плюрализма¹. Предполагается, что различные концепции и подходы к праву при переходе к реальному конституционализму приобретают значение действенных доктринальных средств в той мере, в какой они могут быть аутентично интегрированы в пространство конституционно-правового

¹ См.: *Ильин И.А.* Понятия права и силы (опыт методологического анализа) // *Ильин И.А.* Собр. соч.: в 10 т. Т. 4. М., 1994. С. 9–10.

регулирования. Это требует своего рода коммуникативно-интегрированного или — что особенно значимо для конституционного исследования правовых систем — конституционного правопонимания². Объективно необходимо также признание и утверждение философско-мировоззренческого плюрализма и как доктринального метода исследования, и как важнейшего (конституционно значимого) принципа нормативно-правовой системы организации и функционирования всей системы демократической государственности.

Такой подход в полной мере отвечает универсальной природе понятия «конституционализм»: данная категория способна охватывать своим содержанием как собственно правовые, так и неюридические (в том числе преюридические или постюридические) явления, равно как и «метаюридические» феномены социального, экономического, политического, культурного характера. Причем не только в той мере, в какой они выступают *социокультурной предпосылкой формирования* конституционализма, но и в качестве *имманентных его характеристик* (социальных, культурологических, нравственно-этических и т.п.), институциональной *нормативно-регулятивной подсистемы* конституционализма и одновременно — *средой его существования и развития*, что решающим образом влияет на основополагающие конкретно-исторические характеристики данного явления.

В этом смысле философское осмысление современного российского конституционализма имеет не только фундаментальное научно-методологическое, но и прикладное значение, принимая во внимание понимание соответствующей социальной практики и как сферы реализации философии современного конституционализма, и как институционального средства ее развития, когда, в частности, решения Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС РФ) приобретают значение материализованного (нормативно-доктринального) воплощения философии современного конституционализма.

Что касается самого понятия категории «конституционализм», то можно долго дискутировать по поводу его смысловых и структурных характеристик, принципов, свойств, чтобы выработать универсальное и приемлемое определение. Однако вне зависимости от этого все мы прекрасно знаем, что означает отсутствие в обществе и государстве конституционализма. И это не случайно: здесь весьма высок удельный вес воспринимаемых на уровне не столько юридических знаний, сколько веры, убеждений, обычаев и традиций, нравственных, этических требований Справедливости и Правды. Показательны в этом плане слова апостола Павла, что никто не может оправдываться тем, что не знал, как поступить в своей жизни, — нравственный закон написан в сердце каждого человека; люди, «не имеющие закона, по природе законное творят»: «дело закона у них написано в сердцах»³.

Это присутствует, в конечном счете, как при исследовании онтологических, аксиологических, гносеологических, иных проблем философии конституционализ-

² В российской правовой науке эти подходы исследованы с разных позиций, напр.: Крусс В.И. Теория конституционного правопользования. М., 2007; Поляков А.В. Общая теория права. Проблемы интерпретации в контексте коммуникативного подхода. СПб., 2004; Мальцев Г.В. Понимание права. Подходы и проблемы. М., 1999.

³ Цит. по: Сорокин В.В. Совесть как элемент русского православного правосознания // Государство и право. 2011. № 6. С. 23. Подр. см.: Папаян Р.А. Христианские корни современного права. М., 2002.

ма, так и при попытке *доктринального опредмечивания* категории «конституционализм» в теории и практике конституционного правосудия.

2. Конституционализм как философско-правовая категория: единство публично-властных, социокультурных, нравственно-этических начал.

При всем многообразии подходов к определению понятия «конституционализм»⁴ очевидно, что традиционный для научной литературы подход к конституционализму как юридической, политико-правовой проблеме недостаточен. Это слишком сложное понятие, чтоб отдавать его на откуп только юристам. Как одна из универсальных философско-правовых категорий, конституционализм призван отражать важнейшие (универсальные) ценности современной цивилизации. Эти ценности в концентрированном виде проявляются в закономерностях демократической организации общества и государства на основе *триединого баланса власти — собственности — свободы* в режиме верховенства права, признания и защиты прав и свобод человека и гражданина, следования морально-нравственным императивам, сложившимся в обществе и государстве. В более конкретном, схематично структурированном плане конституционализм как философско-правовая, социокультурная и нравственно-этическая категория предстает следующим образом.

Во-первых, в качестве *доктринального конституционализма* как особой *философско-правовой теории*, системы политико-правовых идей и концепций, которые предстают одновременно и как учение о конституции, конституционных основах организации власти, и как определенная система нравственно-этических представлений о справедливости и равенстве, свободе и ответственности, добре и зле и, соответственно, о характере отношений между обществом, государством и личностью в режиме признания (либо непризнания) таких ценностей. Это является своего рода гносеологической составляющей конституционализма. При том, что имеется немало научных разработок о соотношении права и нравственности⁵, вопрос о конкретных механизмах и практике включения духовно-нравственных ценностей в систему действующего законодательства остается весьма актуальным. Пока, надо признать, имеют место лишь отдельные и довольно робкие попытки позитивной юридикации нравственных ценностей и их правового обеспечения как необходимых регуляторов практической жизни⁶.

Во-вторых, данная философско-правовая категория воплощает в себе *нормативно-правовой конституционализм* как систему *конституционного позитивизма*. Эта система представляет собой государственно-иерархическим образом организованное нормативно-правовое пространство конституционализма, основанное на нравственно-этических, социокультурных ценностях народа и подчиненное

⁴ См. об этом, напр.: Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998; Шайо А. Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). М., 1999; Кравец И.А. Российский конституционализм: проблемы становления, развития и осуществления. СПб., 2004; Кутафин О.Е. Российский конституционализм. М., 2008; Рассел Г. Конституционализм: опыт Америки и других стран // <http://www.infousa.ru/government/dmpaper2.htm> (дата обращения: 9 марта 2009 г.).

⁵ См., напр.: Мальцев Г.В. Нравственные основания права. М., 2008; Лукашева Е.А. Право, мораль, личность. М., 1986.

⁶ К ним можно отнести принятие в ряде субъектов Российской Федерации, с учетом их национальных и исторических особенностей, специальных законов об охране личной и общественной нравственности (это, например, Республика Дагестан, Республика Саха (Якутия), Алтайский край, Красноярский край).

конституции как высшему формально-юридическому императиву общества и государства. Конституция выступает в этом случае как своего рода нормативно-правовое ядро конституционализма.

*В-третьих, это онтологический конституционализм, который предстает как конституционно-правовая практика, рассматриваемая в самом широком смысле общественно-политического и государственного развития, включая, естественно, и собственно конституционную — законодательную, административную, судебную — практику. Очевидно, что именно на этом уровне, в практической сфере реализации конституции и законодательства наиболее остро проявляется нравственный кризис современного конституционализма. В частности, в профессиональном правосознании правоприменителей безраздельно господствует юридический позитивизм, что является одним из истоков и показателей нравственного кризиса конституционализма. В конституционном плане есть основания для постановки вопроса не просто о профессиональной юридической этике (следователя, судьи, государственного или муниципального служащего), а о внедрении в профессиональное и общественное правосознание конституционной максимы: *несправедливое решение не может быть конституционным*. Адресатом этой нравственно-этической в своей основе, но имеющей, безусловно, конституционное значение максимы должны быть все правоприменители, включая носителей законодательной, исполнительной, судебной власти, и все общество.*

Наконец, *в-четвертых, конституционализм как философско-правовая и нравственно-этическая категория воплощает в себе характеристики одной из форм общественного сознания, которая отражает единство конституционной психологии и конституционной идеологии, выступает решающей предпосылкой формирования нового типа юридического видения действительности — конституционного мировоззрения. Конституционализм определенным образом оформляет стихийно-правовой опыт в нормативно-концептуальную модель, основанную на ценностях верховенства права, прав человека, социальной справедливости и равенства всех перед законом, социального правового государства, разделения властей, политического, идеологического и экономического плюрализма. В рамках этой модели конституционализм реализует различные функции мировоззренческого, ценностно-ориентационного, нормативно-регулятивного и воспитательно-образовательного характера. В частности, он организует и структурирует общественное и индивидуальное правосознание, правовую философию. В этом плане — как особая сложносоставная аксиологическая, телеологическая и праксиологическая система — конституционализм сам по себе является одной из универсальных нематериальных ценностей цивилизации. В этом качестве он входит в состав мирового культурного наследия всего человечества, с одной стороны, и является национально-культурным достоянием каждого отдельного народа, нации, государства — с другой. Нельзя, однако, не признать, что это, пожалуй, одна из тех сфер конституционализма (особенно если иметь в виду, что к ней тесно примыкает конституционно-правовая политика), которая в наименьшей степени и порой достаточно откровенно склонна «не замечать» нравственные ориентиры, впрочем как и конституционно-правовые регуляторы и ограничители.*

Мнимым оправданием подобной ситуации может служить обстоятельство, что конституционализм нельзя рассматривать как порождение государства и как нахо-

дящееся под государственным контролем явление. Государство не может и не в состоянии «учредить», «декретировать», «установить» своими законами желательный для него образ конституционализма, хотя и безусловно обязано прилагать необходимые усилия к утверждению и развитию конституционализма в целесообразном для себя направлении. *Конституционализм есть объективно складывающийся порядок реальных общественных отношений*, который основан на признанных обществом нравственно-правовых требованиях справедливости и меры достигнутой свободы, недопустимости произвола и насилия. Данный порядок формируется на основе внутреннего содержания этих отношений, что превращает их в носителей справедливости и критерий меры свободы. Тем самым отношения, составляющие конституционализм, обретают способность воплощать в себе определенные требования, нормативные модели поведения граждан, должностных лиц, государственных органов и государства в целом в соответствии с идеалами справедливости и свободы.

Не умаляя значение других ветвей власти, представляется обоснованным отметить важную роль судебной власти, в особенности органов конституционного нормоконтроля, в развитии, в частности, аксиологических начал современного конституционализма, в соединении его формально-юридических, нравственно-этических и культурологических элементов.

3. Конституционное правосудие — генератор судебного («живого») конституционализма.

Реализованная в России на федеральном уровне модель сильной конституционной юстиции является залогом активного влияния КС РФ не только как судебного, правоприменительного, но и как квазиправотворческого органа на развитие и утверждение системы реального российского конституционализма. В этом плане КС РФ не только хранитель, но и преобразователь сложившейся системы конституционализма. Государственно-властная энергетика конституционного правосудия, материальным выражением и нормативным эквивалентом которой выступают *правовые позиции КС РФ* (сформулированные в его решениях по итогам рассмотрения конкретного дела нормативно-доктринальные выводы, оценки и установки), проникает во все компоненты конституционализма, активно воздействует на них.

Посредством конституционного правосудия конституционализм актуализируется с учетом изменяющихся конкретно-исторических условий своего развития, благодаря чему существующее (система реальных отношений) и должное (юридическая конституция) сближаются, превращаясь в «живой» конституционализм. На этой основе становится возможным формирование нового, во многом уникального политико-правового явления конституционной государственности — *судебного конституционализма*.

Исходные начала авторской концепции судебного конституционализма проистекают из сущностных характеристик конституции, с одной стороны, и конституционного назначения судебной власти (в особенности конституционного правосудия) — с другой⁷. Необходимость участия судебной власти в решении конституционно значимых вопросов имеет объективный характер; она обусловлена уже самим по себе признанием судебной власти в качестве одной из основ конституци-

⁷ Подр. см.: Бондарь Н.С. Судебный конституционализм в России в свете конституционного правосудия. М., 2011.

онного строя, призванной обеспечивать верховенство и прямое действие Конституции Российской Федерации. Это подтверждается как национальной, так и зарубежной практикой.

Применительно к России речь идет о всей системе судебной власти — конституционной, общеюрисдикционной, арбитражной. Будучи проявлением правоприменительного компонента конституционализма, судебная практика оказывает значимое воздействие и на его нормативное содержание, и, в конечном счете, на мировоззренческие, социально-философские основы системы реального конституционализма. Не только в странах общего права, но и в романо-германской (континентальной) системе права судебная власть формирует, в частности, прецедентное понимание смысла конституционно-правового регулирования общественных отношений в рамках подведомственных судам дел и тем самым как бы осуществляет его конкретизацию и развитие; выявляет, обосновывает, уточняет, конкретизирует имеющие по сути конституционное значение общие начала (принципы) отраслевого законодательства; устраняет из правовой системы не соответствующие требованиям закона и, в конечном счете, неконституционные нормативные акты с учетом разграничения полномочий между судами различных видов юрисдикций.

Важное значение в этом плане имеют разъяснения по вопросам судебной практики Верховного Суда Российской Федерации и Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (ст. 126 и 127 Конституции Российской Федерации), которые призваны обеспечивать единообразное судебное толкование и применение законодательных норм. Эти суды, реализуя данные задачи, нередко формируют правоположения общерегулятивного характера. Вместе с тем в случае, если суд общей юрисдикции или арбитражный суд в процессе рассмотрения конкретного дела придут к выводу о наличии неопределенности с точки зрения соответствия Конституции Российской Федерации подлежащего применению для разрешения дела закона, они обязаны направить запрос в Конституционный Суд Российской Федерации⁸.

Необходимость участия судов различной юрисдикции в решении конституционно значимых вопросов имеет объективный характер; в наиболее общем виде она обусловлена признанием судебной власти одной из основ конституционного строя (ст. 10 Конституции Российской Федерации), которая призвана обеспечивать верховенство и прямое действие конституции (ст. 15). В то же время очевидно, что особая роль в этих процессах принадлежит конституционному правосудию как специализированному инструменту правовой охраны Конституции Российской Федерации.

Такое значение конституционного правосудия для стран, избравших кельзеновскую (континентальную) модель конституционного нормоконтроля, является на сегодняшний день общепризнанным. Это и понятно: «Конституция, — указывается в Генеральном докладе XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов (Вильнюс, 3–6 июня 2008 г.), — без органа конституционного контроля, обладающего полномочиями констатировать противоречие обычных правовых актов конституции, есть *lex imperfecta*. Конституция становится *lex perfecta* только тогда, когда конституционный суд может признавать обычные законы противоречащими конституции... Только активная позиция конституционного суда обес-

⁸ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П по делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации // СЗ РФ. 1998. № 25. Ст. 3004.

печивает реальную, а не предполагаемую имплементацию принципа верховенства конституции... Роль конституционного суда при обеспечении принципа верховенства конституции является основополагающей. Через конституционный контроль конституция как правовой акт превращается в «живое» право⁹. Добавим: только через конституционный контроль конституционализм превращается в «живой» конституционализм.

Практика конституционного правосудия объективирует и формально-юридическую природу, и социальную сущность Конституции как правового акта высшей юридической силы и прямого действия, выступающего порождением, отражением и универсальным средством разрешения социальных противоречий. В этом плане как раз и становится возможным рассматривать образование КС РФ в качестве одной из важнейших предпосылок утверждения в России реального, «живого», а не декларативного конституционализма. КС РФ служит гарантом неразрывности фактической и юридической конституции, чем как раз и обеспечивается единство должного и сущего в конституционном пространстве.

Учитывая характер конституционного правосудия как специализированного конституционно-контрольного института и одновременно института судебной власти, можно утверждать, что именно образование КС РФ (своего рода материально-организационного, специально-целевого воплощения конституционализма) является решающим шагом на пути формирования качественно нового состояния конституционализма — судебного конституционализма. Исходя из этого, для понимания судебного конституционализма и роли конституционного правосудия в его становлении и развитии одинаково важно учитывать по крайней мере несколько моментов.

Во-первых, решения КС РФ, обладая специфической природой (особые виды актов нормоустановительного характера), являются нормативной правовой основой формирования судебного конституционализма и, соответственно, всей системы российского конституционализма в целом. В этом проявляется их природа и назначение как нормативно-правового компонента судебного конституционализма.

Во-вторых, конституционное правосудие и его решения — один из важных источников развития современной конституционной доктрины, модернизации российской государственности (доктринальный компонент судебного конституционализма, что вытекает из нормативно-доктринальных характеристик решений КС РФ).

В-третьих, КС РФ — генератор конституционной идеологии, творец новой конституционной культуры, конституционного мировоззрения личности и общества (идеологический компонент судебного конституционализма).

В-четвертых, судебный конституционализм есть материализация конституционно-судебной практики, реального воплощения в жизнь требований верховенства конституции, ее прямого действия, материализация конституционных ценностей в обществе и государстве (материальный компонент судебного конституционализма).

Судебный конституционализм способствует утверждению и поддержанию конституционного правопорядка как высшего юридического выражения правовой демократической государственности, что обеспечивается путем придания ей качеств

⁹ См.: Генеральный доклад XIV Конгресса Конференции европейских конституционных судов (Вильнюс, 3–6 июня 2008 года) // Конституционное правосудие. Вестник Конференции органов конституционного контроля стран молодой демократии. Ереван, 2008. Вып. 2–3. С. 110–111.

фактической (практико-прикладной) ценности, проникающей как в публично-властную деятельность, так и в процессы реализации прав и свобод человека и гражданина, во всю систему конституционного правопользования.

Соответственно, конституционное правосудие, т.е. специальный судебный конституционно-контрольный институт, и судебная власть вообще, т.е. кумулятивное воплощение государственно-правового контроля, образуют один из основных каналов и атрибутивных признаков конституционализма, его несущую конструкцию, придают конституционализму необходимую степень устойчивости и динамизма. С этих позиций *судебный конституционализм может быть представлен как политико-правовой режим судебного обеспечения верховенства права и прямого действия конституции*, безусловного судебного-правового гарантирования конституционных ценностей на основе баланса власти и свободы, частных и публичных интересов, единства социокультурных и нормативных правовых факторов конституционализации экономического, социального, политического развития России как демократического правового государства.

Конституционный контроль — прежде всего в форме конституционного правосудия — выступает, таким образом, сущностной чертой судебного конституционализма, проникая во все его составляющие. Учреждение и функционирование института конституционно-судебного контроля преобразует конституционализм, переводит его на качественно новый уровень практической реальности.

Творчески преобразовательная функция конституционного правосудия обеспечивается с помощью различных способов судебного нормоконтроля в рамках определенных Конституцией Российской Федерации полномочий КС РФ. Это, прежде всего, *толкование норм Конституции Российской Федерации* как форма ее преобразования без изменения буквы правотолковательной нормы. С помощью официального толкования Конституции Российской Федерации обеспечивается не только государственно-правовая (конституционная) оценка соответствующих сфер социальной действительности, но и уточняюще-разъясняющее развитие содержания конституционных норм. Одновременно этим придаются дополнительные импульсы конституционному обоснованию отраслевого законодательства, конкретизирующего данные конституционные нормы и институты. Очевидно, что соответствующие решения КС РФ должны вытекать не из политической конъюнктуры, а из требований самой конституции как «метаправового» документа. Толкуя конституцию, суд осуществляет по сути нормативно-доктринальную, квазиправотворческую функцию, когда принимаемые им решения становятся частью конституции, сопоставимыми с ней по юридической силе.

Преобразование конституционных отношений осуществляется также посредством *разрешения конституционно-правовых споров*. Их разрешение — формулирование итогового вывода о конституционности или неконституционности оспариваемого законоположения — требует выявления смысла и существа конституционно-правового подхода к данному вопросу, в том числе в системе действующего правового регулирования. Закономерным результатом такой конституционно-судебной деятельности является уяснение и истолкование прямых и обратных связей между положениями конституции и текущим законодательством, их синхронизация в соответствии с требованиями иерархичности правовой системы, с одной стороны, и обогащение, наращивание нормативного потенциала конституционных принципов и норм — с другой.

Важным способом конституционно-судебного преобразования конституционного регулирования и конституционных отношений является *конституционное истолкование правовых норм отраслевого законодательства*. Деятельность КС РФ, связанная с осуществлением конституционного истолкования законодательных положений, также является особой формой квазиправотворческой деятельности, предполагающей наращивание нормативной энергии положений отраслевых законов за счет конституционных принципов и ценностей, на соответствие которым были подвергнуты проверяемые нормы текущего законодательства.

Выработка КС РФ на основе разрешенных конкретных дел *рекомендаций законодателю по совершенствованию правового регулирования* является следующим способом развития конституционных институтов российской государственности посредством конституционного правосудия. Это вытекает из самой природы, особенностей юридической силы таких рекомендаций. Рекомендации законодателю, выработанные КС РФ на основе разрешенных конкретных дел, не имея непосредственно обязывающего значения для нормотворческих органов, ориентируют их на последовательную и систематическую реализацию конституционных принципов и норм в текущем законодательстве. Следовательно, непринятие во внимание, а тем более игнорирование законодателем соответствующих рекомендаций может привести к противоречивости и рассогласованности законодательства в его сопоставлении с Конституцией Российской Федерации и создать угрозу нарушения конституционных прав и свобод человека и гражданина, публичных интересов и ценностей.

Судебный конституционализм обеспечивает, таким образом, последовательную гармонизацию буквы и духа конституции, приведение ее формально-юридического содержания в соответствие с «социальной нормативностью», в основе которой — реальные отношения политического властвования, экономической и социальной организации общества и государства. Тем самым охрана конституции и ее стабильность поддерживаются в сочетании с динамизмом конституционной системы как живого организма.

4. Философско-мировоззренческий плюрализм в практике конституционного правосудия: сочетание позитивизма и естественного права.

При наличии различных концептуальных подходов квинтэссенцией философско-мировоззренческого осмысления современного конституционализма является реализация в конституционном пространстве современных государственно-правовых систем двух типов правопонимания — позитивизма и естественного права. Внешним, формально-юридическим выражением этих философско-мировоззренческих начал современного конституционализма является соотношение конституции с такими явлениями как право, с одной стороны, и закон — с другой.

Эти два типа правопонимания — позитивизм и естественное право — по-своему важны в системе философско-мировоззренческого восприятия правовой действительности, и для конституционно-правовой науки они означают приблизительно то же, что для философии «линия Платона» и «линия Аристотеля»¹⁰. Речь идет о реализации по этим двум философско-правовым направлениям различных гно-

¹⁰ См.: *Воротилин Е.А.* Естественное право и формирование юридического позитивизма // Государство и право. 2008. № 9; *Рудковский В.А.* Позитивизм и естественное право (философия права) в контексте современного правопонимания // Философия права. 2008. № 5.

сеологических установок, имеющих принципиально важное, методологическое значение, в том числе для всей системы современного конституционализма.

Представляется, что Конституция Российской Федерации 1993 г. может быть охарактеризована в этом плане с позиций философско-мировоззренческого плюрализма, который основан как раз на сочетании естественно-правового и позитивистского подходов. В то же время с формальных позиций философской догмы это может привести к предположению об отсутствии в конституционном пространстве России философско-мировоззренческого монизма и о наличии некой мировоззренческой эклектики, в рамках которой естественно-правовой тип правовопонимания конкурирует с позитивистским. Такие оценки имеют место в научной литературе: в Российской Федерации «конституционная концепция прав человека (и концепция должного закона) *эkleктически* (курсив наш. — Н.Б.) соединяет не-позитивистские представления о правовой свободе с позитивистскими представлениями о правах как законодательно санкционированных притязаниях»¹¹.

Такой подход, очевидно, имеет в своей основе противопоставление естественно-правовых и позитивистских начал, исключает возможность их сосуществования — при признании за этими началами самостоятельной и соотносимой юридической ценности — без ущерба для права как воплощения свободы, равенства и справедливости. Вместе с тем уже опыт античной философии позволяет предположить, что противоположные философские начала могут находиться или быть сведены к такому отношению, когда имеющееся между ними напряжение порождает возникновение нового положительного качества и достижение положительного результата. С этой точки зрения внимательный и непредвзятый анализ Конституции Российской Федерации дает основания полагать, что она, различая в своем идейном базисе доктрины естественного права и позитивизма, не противопоставляет их, не приводит к состоянию антагонистического противоречия, а, напротив, стремится к выработке их синтетического, взаимосогласованного понимания в целях эффективного правоприменения.

Действительно, Конституция Российской Федерации реализует во многом идеи естественно-правовой теории. Так, согласно Конституции человек, его права и свободы являются высшей ценностью (ст. 2); они признаются и гарантируются в Российской Федерации согласно общепризнанным принципам международного права, неотчуждаемы, принадлежат каждому от рождения (ст. 17). В то же время из самой Конституции Российской Федерации вытекает недопустимость противопоставления естественно-правовых начал (вытекающих непосредственно из конституции) последующему законодательному регулированию прав и свобод человека и гражданина. Напротив, полномочия по государственно-правовой регламентации прав человека прямо закрепляются за федеральным законодателем (п. «в» ст. 71), а в ст. 18 Конституции Российской Федерации установлено требование, согласно которому *права и свободы определяют смысл, содержание и применение законов*, т.е. содержащиеся в правах и свободах естественно-правовые начала должны объективироваться в позитивных (принимаемых государством) законах, получать реализацию в правоприменительной деятельности.

¹¹ Четвернин В.А. Российская конституционная концепция правовопонимания // Конституционное право: восточноевропейское обозрение. 2003. № 4. С. 32.

В системе философско-мировоззренческих основ современного российского конституционализма естественно-правовое и позитивистское начала интегрируются в идею *правового закона*. Основным же организационно-правовым механизмом согласования, достижения гармонии между этими двумя философско-мировоззренческими началами российского конституционализма выступает КС РФ.

Для конституционного правосудия эта задача имеет не только практико-прикладное, утилитарное значение, учитывая возможности и объективную необходимость использования соответствующих философских доктрин для формирования юридической логики конституционно-судебного нормоконтроля и выработки надлежащих конституционно-правовых подходов (мотивированных и обоснованных) при разрешении конкретных дел. Философия конституционализма проявляет себя — применительно к сфере конституционного контроля — значительно более широко: как своего рода системообразующая основа, которая определяет сущность самого по себе института конституционного контроля, влияет на его функциональные характеристики и во многом направляет практическую деятельность органа конституционного правосудия. Ведь именно концептуальное различие права и закона, в том числе в их соотношении с конституцией, и стремление на этой основе сформировать правовой закон является решающей предпосылкой для постановки вопроса о правовом содержании законодательных актов, их соответствии конституции, а стало быть, речь идет о самой по себе институционализации данной контрольно-судебной функции.

Напротив, концептуальное отождествление права и закона, придание закону имманентного правового начала, связанного исключительно с волей законодателя, — что свойственно юридическому позитивизму — в принципе исключает возможности для конституционного контроля, поскольку в рамках этой доктрины ключевой является максима «законодатель всегда прав», и оценка правомерности действий законодателя в этом случае бессмысленна.

Опираясь на конституционно-правовую доктрину правового закона, КС РФ в своей практике стремится к сбалансированному сочетанию естественно-правовых и позитивистских начал в национальной конституционно-правовой системе. Учитывая, что право по своему содержанию и генезису имеет «вне-законотворческий» и «до-законотворческий» характер, КС РФ в то же время исходит из необходимости как можно более полного выражения права именно в законе (в широком смысле этого слова). Закон призван обеспечить формальную определенность права, его единообразное понимание и применение, т.е. в конечном счете равноправие граждан.

Соответственно, КС РФ признает существование так называемых *неформальных источников права* и, в частности, активно оперирует при осуществлении конституционного контроля *общими принципами права и правовыми принципами*, ссылаясь на них как на критерий оценки конституционности норм законов. Эти принципы, по мнению КС РФ, обладают высшей степенью нормативной обобщенности, определяют содержание конституционных прав человека, отраслевых прав граждан, носят универсальный характер и в связи с этим оказывают регулирующее воздействие на все сферы общественных отношений. Общеобязательность таких принципов состоит как в их приоритетности перед иными правовыми установлениями, так и в распространении их действия на все субъекты права. Поэтому действия законодателя, правоприменителя и иных субъектов права не должны вступать в

противоречие не только с *буквой*, но и с *духом* Конституции Российской Федерации и содержащихся в ней принципов, включая принципы правового государства, справедливости, баланса частных и публичных интересов и т.д.¹²

Вместе с тем, КС РФ не противопоставляет право и закон и исходит из необходимости использования всех возможных конституционно-правовых средств для обеспечения правового содержания действующего закона, что свидетельствует о бережном отношении КС РФ к закону. Именно с этим связана *презумпция конституционности закона* и такой прием конституционно-судебного контроля, как конституционно-правовое истолкование, выявление в порядке конституционного правосудия правового (конституционного) смысла закона и устранение всех иных — неправовых — его интерпретаций из правоприменительной практики. Если КС РФ установит, что неконституционный смысл придается норме в результате неадекватного Конституции Российской Федерации ее истолкования правоприменителем, он вправе, не устрояя саму норму из правовой системы (поскольку это может повлиять на функционирование правовой системы в целом и создать трудности в правоприменении, в частности обусловленные возникшим пробелом в правовом регулировании), восстановить ее конституционно-правовую интерпретацию, признав не противоречащей Конституции Российской Федерации в выявленном в результате конституционного судопроизводства конституционно-правовом смысле. Решение КС РФ, которым подтверждается конституционность нормы именно в данном им истолковании и тем самым исключается любое иное, т.е. ее неконституционное истолкование, а следовательно, и применение в неконституционной интерпретации, имеет в этой части такие же последствия, как и признание нормы не соответствующей Конституции Российской Федерации¹³.

Главным инструментом согласования естественно-правового и позитивистского правопонимания в механизме конституционного контроля являются конституционные ценности и, соответственно, поиск баланса между властью и свободой, правами человека и безопасностью общества и государства, демократией и централизмом, свободой предпринимательства и социальной защитой граждан и другими конкурирующими ценностями как в нормативном содержании действующих законов, так и непосредственно в правоприменительной практике.

5. Универсальные конституционные ценности — предметно-гносеологический инструмент конституционного правосудия.

Проблема конституционных ценностей может рассматриваться в различных аспектах: с общетеоретических позиций конституционной философии, что связано с выявлением существа, содержания и системы конституционных ценностей, характера их влияния на конституционное мировоззрение. В прагматически-прикладном плане — как элемент не только аксиологии, но и конституционной праксиологии, имея в виду необходимость разработки инструментария применения (реализации) конституционных ценностей в правотворческой, правоприме-

¹² См.: Постановление КС РФ от 27 января 1993 г. № 1-П // СЗ РФ. 1993. № 14. Ст. 508; Постановление КС РФ от 21 декабря 2005 г. № 13-П // СЗ РФ. 2006. № 3. Ст. 336; Определение КС РФ от 27 декабря 2005 г. № 503-О // СЗ РФ. 2006. № 8. Ст. 945.

¹³ См.: Постановление КС РФ от 21 декабря 2011 г. № 30-П // Российская газета. 2012. 11 января; Определение КС РФ от 11 ноября 2008 г. № 556-О-П // СЗ РФ. 2008. № 48. Ст. 5722.

нительной и иных формах практической деятельности при решении конкретных задач государственного и общественного развития.

Уже поэтому конституционные ценности представляют собой и гносеологический, и аксиологический, и одновременно предметно-онтологический эквивалент философии современного конституционализма. В этом находит свое отражение тот факт, что аксиология, сфера ценностей и есть «основная компетенция и ответственность философии»¹⁴. Иными словами, философия конституционализма приобретает практическое значение — в том числе под влиянием конституционного правосудия — как учение о конституционных ценностях, становится преимущественно учением о ценностях.

Имеется в виду, что «ценность» — понятие универсальное и многомерное, оно охватывает все области и уровни социальной жизнедеятельности, в том числе, находящиеся в сфере конституционно-правового воздействия и, в особенности, конституционного правосудия. При этом *конституционные ценности* не только общетеоретическая, доктринально-гносеологическая категория философии конституционализма, но и *категория действующего права*. Особенности ее нормативно-правовых характеристик предопределяются как ее собственными (конституционно-правовыми) свойствами, вытекающими, в конечном счете, из природы конституции как акта прямого действия, так и особенностями деятельности КС РФ, нормативно-доктринальной природой его решений.

Специфика нормативной энергии конституционных ценностей такова, что они имеют предметом (сферой) своего влияния и одновременно формой политико-правового бытия, т.е. нормативными величинами наиболее высокого, абстрактного уровня, такими как общие принципы права, конституционные принципы, декларации, конституционные презумпции, статусно-категориальные характеристики субъектов конституционного права и конституционных явлений. С помощью конституционных ценностей происходит своего рода приращение и актуализация нормативного содержания соответствующих норм, институтов, принципов, а также установление их сбалансированного взаимодействия. В этом плане конституционные ценности — это не только инструментальное средство нормоконтрольной деятельности органов конституционного контроля, но и, в определенной мере, результат такой деятельности.

Нормативно-правообразующее значение конституционных ценностей проявляется и в том, что с их помощью КС РФ выявляет и оценивает правовые модели организации тех или иных сфер общественных отношений, преодолевает пробелы и дефекты в правовом регулировании и одновременно определяет тенденции развития конституционных отношений, обосновывает конституционную стратегию совершенствования законодательства по направлениям, попавшим в сферу конституционного нормоконтроля.

Отражаемые в конституции социальные ценности представляют собой качественные характеристики государственно-правовых явлений высшего порядка, связанные с осознанием обществом — через призму общедемократического опыта и национально-исторической практики — идей человеческого достоинства, добра и справедливости, фундаментальных целей и норм развития, наиболее целесо-

¹⁴ См.: Гусейнов А.А. Философия: между знаниями и ценностями // Философские науки. 2001. № 2. С. 19–20.

образных форм общественного и государственного устройства. Конституционализируясь, соответствующие социальные ценности упорядочиваются, встраиваются в определенную иерархическую систему многоуровневых связей и корреляций, основанную на объективно существующем в государственно-организованном обществе социальном порядке в его социокультурном контексте, поскольку правовой социальный порядок, будучи системой связей прав и обязанностей, свободы и ответственности, выступает одновременно и действительным масштабом социальных ценностей.

Следовательно, конституционные ценности находятся в тесной (имплицитной и эксплицитной) связи с нормативной энергией основного закона. С одной стороны, они выступают социально-правовым генератором этой энергии, обеспечивая перевод фактически (консенсуально) признаваемых обществом в качестве общезначимых правил жизнедеятельности в нормативное содержание общеобязательных конституционных положений. Тем самым сложившиеся в общественной практике конституционные ценности посредством адекватной юридикации (возведения в ранг норм основного закона) не только упрочивают легитимность конституции, но и обретают формально-юридическую нормативность и обязывают всех субъектов права, включая государство в целом.

С другой стороны, с момента конституционной формализации определенной системы социально-правовых ценностей фактические аксиологические конституционные отношения оказываются под воздействием принудительной силы норм основного закона и уже не могут развиваться иначе как посредством коррелирующего взаимодействия с формально закрепленными правилами и нормами. Стало быть, соответствие фактических социально-правовых ценностей формальным удваивает их нормативный потенциал, а противоречие не только уменьшает доверие к конституции и затрудняет реализацию ее положений, но и снижает эффективность всего правового регулирования, поскольку оно проистекает из норм основного закона. Гармонизация фактических и формальных социально-правовых ценностей в нормативном содержании положений действующей Конституции Российской Федерации — стратегическая задача КС РФ в рамках возложенных на него функций и полномочий.

Одной из фундаментальных закономерностей современного этапа развития человечества следует признать глобализацию, процессы которой оказывают прямое влияние на систему конституционных ценностей и их иерархические характеристики.

Общедемократические конституционные ценности — основа процессов правовой глобализации. Правовая глобализация отражает не только пространственные (количественные), но и качественные характеристики интернационализации правовой жизни. В центре ее внимания — нарастание общего, универсального в нормативно-правовых стандартах бытия современной цивилизации. Но особенно важно то, что правовая глобализация является отражением тенденций юридикации, усиления правового нормирования основных сфер социальной действительности. Но это только одна сторона; другая же — правовая глобализация — представляет собой реакцию на возникновение в XXI в. новых глобальных угроз человечеству: международного терроризма, природных и техногенных катастроф, экологического и энергетического кризисов.

Таким образом, процессы правовой глобализации объективно нуждаются в конституционных оценках на уровне национальных государственно-правовых систем, хотя в то же время нельзя не учитывать, что они естественным образом — не только в силу глобальных последствий, но и по самой своей природе — выходят далеко за пределы собственно национальных конституционно-правовых систем. В свою очередь универсализация конституционных ценностей сопровождается их трансформацией из мифологизированных политико-идеологических характеристик сущего в действующие нормативно-правовые императивы должного.

В юридико-глобализационном плане эти процессы могут быть представлены в различных аспектах: а) институциональном, правотворческом, состоящем в сближении правовых систем современности на основе единства их конституционных ценностей; б) правореализационном, где особый интерес вызывает формирование наднациональных юрисдикционных органов по защите общепризнанных ценностей (прежде всего прав и свобод человека); в) в аспекте утверждения новой правовой идеологии, нового типа правосознания и правовой культуры, что выражается, в том числе, в унификации правовых ценностей и сближении фундаментальных характеристик национальных правовых культур; г) в конституционализации общепризнанных принципов и норм международного права и на этой основе в проникновении внутригосударственных юридико-правовых начал в сферу международных отношений и др.

Важное значение в этом плане имеет уяснение ценностных критериев и ориентиров, лежащих в основе правовой глобализации и, соответственно, правового прогресса демократических государств, имея в виду признание в качестве своего рода аксиомы современного правового глобализма, что эти процессы должны развиваться в направлении *юридизации свободы, власти, собственности* как основополагающих компонентов современных социально-политических и экономических систем. В этом плане триада «собственность — власть — свобода» представляет своего рода философско-экзистенциальный троичный образ основ современного конституционализма.

В современном мире главным является поиск баланса между ценностями этого конституционного триединства, а в конечном счете — ценностями публичного характера с одной стороны и частными ценностями — с другой. В формализованном, нормативно-правовом выражении это проблема соотношения суверенной государственной власти (на характеристике власти как «суверенной» делаю акцент) и свободы, которая прямо или косвенно пронизывает всю систему конституционного регулирования, присутствует в каждом конституционном институте, каждой норме и статье Конституции Российской Федерации. В этом смысле нахождение баланса власти и свободы составляет главное содержание теории и практики современного конституционализма.

Таким образом, глобализация напрямую влияет на конституционные системы современных государств, предопределяет новые ценностные критерии их развития, модернизации и защиты с помощью различного рода средств, институтов и механизмов их реализации, в том числе в системе «живого» (судебного) конституционализма.

Л.К. Савюк

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

Портреты ученых-юристов: Иеремия Бентам

В статье предпринят ретроспективный взгляд на воззрения И. Бентама по вопросам государства, права, нравственности, их исторической обусловленности. Рассматривается предположение о восприятии идей мыслителя в направлении обновления политической и правовой жизни современной России, в том числе в области уголовного законодательства.

Ключевые слова: Иеремия Бентам, утилитаризм, юридический позитивизм, законодательные проекты, законодательная техника, аналитический метод, уголовное право, преступление, наказание, помилование.

Обращение к нетленным трудам английского ученого-юриста, социолога, родоначальника одного из направлений в английской философии — утилитаризма — Иеремии (Джереми) Бентама (15 февраля 1748 г. — 6 июня 1832 г., Лондон) не случайно. Он считается основателем и главой школы философских радикалов — направления и движения решительного, бескомпромиссного стремления к коренным изменениям существующего положения; их предшественниками были французские энциклопедисты. Его почитали «учителем учителей», «властителем дум» многие представители либеральной интеллигенции в Европе, Америке и России на рубеже XVIII—XIX вв. Известный немецкий юрист, государственный деятель, политолог Роберт Моль (1799—1875) называл Бентама «героем логики»¹; великий русский юрист и государственный деятель А.Ф. Кони считал его «глубоким мыслителем и юристом»². Воззрения Бентама достойны быть воспринятыми в целях либерализации и демократизации политической и правовой жизни современной России, в том числе в области уголовного законодательства, в которой его взгляды созвучны постулатам классической школы уголовного права.

С точки зрения политической философские радикалы — это демократы. Изначально политический радикализм Бентама, являвшегося сторонником буржуазного либерализма, фундирован пониманием им своей роли в поиске разумного устройства законодательства, необходимостью приведения его в соответствие с институтами утверждающейся капиталистической системы. С точки зрения теоретической философские радикалы восстановили и обновили традиции Т. Гоббса (теоретик эмпиризма; выступал за подчинение церковных институтов светской

¹ Оспаривая учение Бентама в самой его основе и в частности, Моль относился с глубоким уважением и симпатией к британскому мыслителю. См.: *Mohl von R. Geschichte und Literatur der Statswissenschaften*. Т. III. Erlangen, 1858. S. 595–635.

² См.: *Кони А.Ф. Нравственные начала в уголовном процессе (Общие черты судебной этики)* // Кони А.Ф. Собр. соч.: в 8 т. Т. 4. М., 1967. С. 42.

государственной власти; благо народа считал высшим законом государства; автор обширного труда «Левиафан, или Материя, форма и власть государства церковного и гражданского», неоднократно включавшегося в списки запрещенных книг как в Англии, так и за ее пределами; продолжатель традиции позднесредневекового номинализма, признававшего подлинное существование за единичными вещами, связывая понятийное мышление с деятельностью человеческого разума, имеющей конкретное проявление в языке), Лукреция (автор поэмы «О природе вещей», развивавший материалистический взгляд на природу: «Из ничего не творится ничто по божественной воле») и Эпикура (основателя материалистической философской школы «Сад Эпикура», в этике которого важное место занимают категории справедливости, дружбы и мудрости; считавшего основой счастья человека удовлетворение его жизненных потребностей, разумное наслаждение и покой).

Своим аналитическим методом исследования в области морали, права, государственоведения и политики Бентам занял видное место в науке. Он более чем кто-либо другой обладал духом пытливости, был настойчивым «допрашивателем» установившихся вещей и успокаивался лишь тогда, когда доводил свои рассуждения до полной очевидности.

Невозможно оспаривать преобладающее значение его творческого наследия, правового учения, предвосхитившего школу юридического позитивизма (вторая половина XIX — первая половина XX в.; основные принципы — уголовная ответственность за вину; равенство всех перед законом; уголовная противоправность как обязательный признак преступления; необходимость предупреждения преступлений; отмена негуманных наказаний), — направления правовой мысли, отождествляющей право с законом независимо от содержания последнего, привлекавшее внимание исследователей со времени его появления и поныне³. Сущность права и его отличие от других социальных регуляторов позитивисты видят в принудительности и официальности первого.

Позитивизм как философское направление — это парадигмальная гносео-методологическая установка, согласно которой позитивное знание может быть получено как результат сугубо научного (не философского) познания. Поскольку наука может изучать лишь то, что доступно эмпирическому анализу, постольку юридический позитивизм сводит право к текстам источников права в формальном смысле. Строгое следование позитивному праву, исключаящее любые методы оценки норм на основе материальных критериев, привело к отмежеванию правовой науки от иных дисциплин. Позитивизм в праве преобладает и сейчас (и не только у нас); наряду с судебным прецедентом работает статут — законодательные

³ Начало теоретическому обоснованию аналитического позитивизма положил последователь утилитаризма Бентама его ученик Дж. Остин (1790–1859), опубликовавший «Лекции о юриспруденции, или философия позитивного права» (1832). В них развит утилитаристский тезис, что право — это «повеление суверена»; его приказ, снабженный санкцией, и есть, по сути дела, правовая норма — норма позитивного закона. В XX в. теоретические взгляды Остина широко использовались в практике государственного строительства стран с антидемократическими политическими режимами. См.: Мелехин А.В. Теория государства и права: учеб. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2009; Богдановская И.Ю. Понятие источника права в правовой доктрине стран «общего права» // Право и политика. 2007. № 1; Она же. Категория «правовая норма» в правовой доктрине стран «общего права» // Журнал российского права. 2006. № 11.

акты парламента Великобритании, а также высших представительных органов иных стран системы англосаксонского права (Австралия, Канада, Индия и др.)⁴.

Правовое учение Бентама заслуженно стоит в одном ряду с его предшественниками и современниками — выдающимися правоведом Ш.Л. Монтескье, К.А. Гельвецием и Ч. Беккариа (оказавшими, по его собственному признанию, наибольшее влияние на него), адептом чьих идей он был. Его авторитетные воззрения являлись решающими и желанными по теории государства и теории права, конституционному, гражданскому, материальному и процессуальному уголовному праву, криминологии, теории доказательств, судоустройства, пенологии (в части совершенствования системы наказаний) и международному праву. Для каждой из этих отраслей идеи Бентама, отличающиеся направленностью на обновление и гуманизацию законодательства (истинную цель которого он видел в пользе и счастье человечества), повышение его эффективности, имели непреходящее значение. Это неисчерпаемый источник законодательных предположений, из которого можно еще долго освежаться поучениями подлинной государственной мудрости. Говоря современным языком, в трудах Бентама — правоведа-энциклопедиста — демонстрируется комплексный взгляд на проблемы разных отраслей права и государственного управления, уверенные шаги в направлении институционального оформления и дисциплинарной сегментации юридических знаний; подход, который избавляет от порока, емко выраженного в одном из широко известных афоризмов Козьмы Пруткова: «Специалист подобен флюсу; полнота его односторонняя».

Очевидно, что правовые воззрения мыслителя недостаточно востребованы современной отечественной юридической наукой. В дореволюционный период (до 1917 г.) к творчеству Бентама обращались П.Я. Левенсон, П.А. Покровский, А.Н. Пыпин, Б.Н. Чичерин и некоторые другие исследователи⁵. Последний, хотя и отзывался о нем крайне отрицательно (считал, что Бентам «устраняет самое понятие о праве, признавая в человеческих действиях одну только практическую цель», что он совершенно лишен каких бы то ни было философских способностей) и объяснял его популярность низким уровнем философской культуры в Англии, все же признавал масштабы его влияния; полагал, что Бентам не без основания отрицал принципы естественного права, особенно врожденные права человека, однако не признавал и врожденный потенциал человека как носителя прав («правоспособность»), что приводило к прямому отрицанию достоинства человека⁶.

В советскую эпоху наследие Бентама характеризуется исключительно в контексте уничижительной оценки К. Маркса, считавшего буржуазную формацию, основанную на частной собственности на средства производства и эксплуата-

⁴ См.: Зорькин В.Д. Позитивистская теория права в России. М., 1978; Шершеневич Г.Ф. Общая теория права: в 2 т. М., 1995; Воротилин Е.А. Позитивизм юридический // Российская юридическая энциклопедия. М., 2000. Т. X. С. 716, 717; Юридический энциклопедический словарь / гл. ред. О.Е. Кутафин. М., 2003. С. 554, 555.

⁵ См.: Пыпин А.Н. Русские отношения Бентама // Очерки литературы и общественности при Александре I. Пг., 1917; Левенсон П.Я. Иеремия Бентам. Его жизнь и общественная деятельность // <http://az.b.ru/1/lewonsonpj/text1893bentham.shtml>; Покровский П.А. Бентам и его время. Пг., 1916; Ярош К.Н. Иеремия Бентам, его отношение к учению о праве. Харьков, 1886.

⁶ См.: Чичерин Б.Н. История политических учений. Т. 3. М., 1869. С. 256, 280, 289, 294; Валицкий А. Философия права русского либерализма / пер. с англ. О.В. Овчинниковой, О.Р. Пазухиной, С.Д. Чижкова, Н.А. Чистяковой; под науч. ред. С.Д. Чижкова. М., 2012. С. 178–179.

ции формально свободного наемного труда, «последней антагонистической формой общественного процесса», которой «завершается предыстория человеческого общества»⁷. Маркс рассматривал капитал как категорию социального характера, прежде всего как определенные отношения между различными слоями общества; создателем прибавочной стоимости он считал только наемного рабочего. «Классическая политическая экономия, — пишет К. Маркс, — искони питала пристрастие рассматривать общественный капитал как величину постоянную с постоянной степенью действия. Но предрассудок этот застыл в непререкаемую догму лишь благодаря Бентаму⁸ — трезво педантичному, тоскливо-болтливому оракулу прошлого буржуазного рассудка XIX века. Бентам среди философов — то же самое, что Martin Tupper среди поэтов. Оба они могли быть сфабрикованы только в Англии⁹. Иеремия Бентам — явление чисто английское. Ни в какую эпоху, ни в какой стране не было еще философа, ...который с такой помпой извещал бы обыденнейшие банальности. Утилитарный принцип не был изобретен Бентамом. Он лишь бездарно повторял то, что даровито излагал Гельвеций и другие французы XVIII века... Таким хламом этот расторопный господин, девиз которого — «*nulla dies sine linea*» [«хоть строчку в день»], наполнил горы книг. Если бы я, — пишет К. Маркс, — обладал смелостью моего друга Г. Гейне, я назвал бы господина Иеремию гением буржуазной глупости»¹⁰.

Отрицательно относился к Бентаму и В.И. Ленин. Такой подход к оценке мыслителя рекомендовался и педагогам средних образовательных школ¹¹.

В постсоветский период пространное изложение политико-правовых воззрений Бентама осуществлено в рамках курса истории политических и правовых учений О.В. Мартышиным, впервые оспорившим оценку, которую давал К. Маркс. Правовые воззрения Бентама стали предметом специального диссертационного исследования¹². Взвешенный подход к трудам И. Бентама просматривается и в современной энциклопедической литературе¹³.

⁷ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 13. С. 7–8.

⁸ Бентам утверждал, что «система экономических отношений чрезвычайно сложна, и богатство одной части граждан служит источником, из которого другая более многочисленная часть черпает необходимое». См.: Избранные сочинения Иеремии Бентама. Т. I. СПб., 1867. С. 343.

⁹ Здесь К. Маркс дает следующую ссылку: «⁶³ Ср., между прочим, J. Bentham. *Theorie de Peines et des Recompenses*, trad. Et Dumon. 3-eme ed. Paris. 1826. Vol. II, liv, ch. 2. (Теория наказаний и награда)».

¹⁰ Маркс К. Капитал. Т. 1. М., 1935. С. 482 (сноски 63, 64). К. Каутский (редактор и автор предисловия к пятому изданию первого тома «Капитала») писал, что для Бентама: «Личный интерес... — движущая сила всех действий. Но все интересы, если только они правильно поняты, находятся во внутренней гармонии между собою. Правильно понятый интерес индивидуума есть в то же время и общественный интерес. Над английским либерализмом это учение господствовало в такой же мере, как «вульгарное» фритредерство (направление в экономической теории и политике, для которого характерны требования свободы торговли и невмешательства государства в частнопредпринимательскую деятельность. — Л.С.), т.е. фритредерство, опошленное в соответствии с потребностями буржуазной черни». См.: Маркс К. и Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 23. С. 624, прим.

¹¹ См.: Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 38. С. 346; Т. 39. С. 133; Бродский Н.Л. Евгений Онегин. Роман А.С. Пушкина: пособие для учителей средней школы. 2-е изд., перераб. М., 1937. С. 115.

¹² См.: История политических учений / под ред. О.В. Мартышина. Вып. 2. М., 1996. С. 161–167; Остроух А.Н. Учение Бентама о праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002.

¹³ См.: Борисова И.В. Бентам (Bentham) Иеремия // Большая российская энциклопедия: в 30 т. / Председатель Науч.-ред. совета Ю.С. Осипов; отв. ред. С.Л. Кравец. Т. 3. М., 2005. С. 326, 327.

Позитивисты в лице Бентама (отклонившего теорию общего права) и его сторонники основывались на утилитаристском понимании права, стремящегося к реализации конкретных социальных целей. Они явились предтечей современного экономического анализа права вообще и уголовного права в частности. Этот подход основывается на использовании экономических методов, позволяющих прогнозировать последствия применения нормативных правовых актов. Указанные последствия могут и должны являться предметом эмпирического анализа.

Классический утилитаризм Бентама сегодня приобретает новое содержание в юридической плоскости: видеть легитимность уголовного-правового запрета лишь в легальной установке было бы непростительной ошибкой; как уголовное, так и гражданское законодательство — продукты не только экономического анализа права. Согласованность указанных источников права, легитимация репрессии происходит с использованием традиционных юридических конструкций, получающих, однако, в современных условиях совершенно новое звучание. Экономический анализ межотраслевого взаимодействия делается на совсем иной почве, чем в прошлые века, когда легитимация уголовного наказания основывалась на императивах о свободе выбора, осознанной необходимости и т.д.¹⁴

О научной смелости и глубине погружения Бентама в проблематику правоведения и государствоведения свидетельствует анонимно изданное сочинение «Fragment of Government» («Отрывок об управлении», 1776). В нем он оживленно дискутировал с одним из авторитетных юристов XVIII в. У. Блэкстоном (1723—1780), критикуя последнего за антиреформистские настроения, выступая против его политических взглядов о религиозной терпимости, смешивания понятий сущего и должного¹⁵. В более позднем трактате («Введение в основания нравственности и законодательства») Бентам обстоятельно анализирует влияние различных мотивов (физического желания, любви к богатству, к покою, к жизни и страха страдания, мщения и др.) на вредные деяния, вновь возвращается к мотиву религии, религиозной вражды и нетерпимости. «Фанатизм никогда не спит; он никогда не может насытиться; его никогда не останавливает человеколюбие, потому что подавлять человеколюбие он считает своей заслугой... фанатизм не имеет против себя ничего»¹⁶.

Не отвергая религию вообще, Бентам считал, что подлинная, естественная религия должна быть подчинена принципам деонтологии (раздел этики, в котором изучаются проблемы долга и должного), призывал не только к веротерпимости, но

¹⁴ Заметны успехи экономического анализа права в правовой науке США, где весьма устойчивы утилитаристские традиции. Подр. см.: *Грехениг К., Геллер М.* Трансатлантические различия в правовой мысли: американский экономический анализ права против немецкого доктринализма // Вестник гражданского права. 2010. № 6; *Алимов Р.Н.* Развитие однородных связей между нормами уголовного и гражданского права: экономический подход // Право и политика. 2006. № 10. В соответствии с поручением Президента Российской Федерации от 28 ноября 2009 г. № ПР-3169 коллективом видных юристов и экономистов подготовлена Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере. См.: Москва: Фонд «Либеральная миссия», 2010.

¹⁵ См.: *Blackstone W. Commentaries on the Law of England (1765—1769); русский перевод С.Е. Десницкого «Истолкование Английских законов г. Блэкстона»* (М., 1780—1782). Этот и другие труды У. Блэкстона широко использовались Екатериной II в ее реформах и соответствующих законодательных актах.

¹⁶ Избранные произведения Иеремии Бентама. Т. I. С. 123, 129, 149.

и к подлинной свободе совести — к отделению церкви от государства и превращению религии в частное дело. Он утверждал, что коммерциализация церкви, участие ее в политике, вмешательство в судебные дела аморальны.

Заметен вклад Бентама в развитие вопросов политической экономии и философии. Исходя из того, что люди всегда жили в обществе, в своих произведениях он резко критиковал теорию общественного договора. Исходившая из наличия у индивидов прав, которые отчуждаются при его заключении, она, по мнению мыслителя, лишена исторических оснований: правление (а значит, государство) устанавливается либо как результат исторически сложившихся обстоятельств, либо посредством применения силы. С позиций юридического позитивизма Бентам критикует и естественное право, поскольку его содержание неопределенно и всеми толкуется по-разному; считая его несостоятельным, Бентам признавал реальным лишь то право, которое установлено государством, — совокупность законов (повеление суверена), изданных или одобренных им для регулирования класса лиц, находящихся под его властью.

Будучи убежденным в несостоятельности метафизических представлений о праве, положенных в основу учений естественного права, он отказывается от врожденных отвлеченных начал морали и законодательства и пытается выстроить всеобщую теорию человеческих действий на основании неоспоримых опытных данных. В качестве предмета законодательства Бентам видит общее благо (которое он с утилитарных позиций просто определил как пользу большинства, устранив тем самым полностью всяческие призывы к объективной справедливости), а общая польза должна быть принципом в рассуждениях законодателя. «Законодательство, — говорит он в трактате «Prinzi pes de legislation» («Принципы законодательства»; т. 1. Изд. Дюмона, 1789), — имеет тот же центр, что и мораль, но оно не имеет той же периферии».

Приверженец и творец утилитаризма (*лат.* *utilitas* — польза, выгода), предтечей которого были Гельвеций и другие французские просветители XVIII в., Бентам приспособил философию утилитаризма к потребностям обычного «разумного» английского буржуа, интересы которого он трактовал как общечеловеческие ценности. Ученый ставит этот этический принцип в основу действия человека, ценность поведения которого определяется доставляемым им удовольствием или страданием: к первому человек стремится, второго избегает. Рассуждая об удовольствиях и страданиях, Бентам классифицирует их по разным основаниям; им даже разработаны правила «морального счета», где добро — «приход», зло — «расход». Именно этот принцип (человек — рационально действующий индивид, стремящийся к максимизации полезности своих действий) позволяет оценивать всякое действие в соответствии с тем, способствует ли последнее увеличению или уменьшению счастья лиц, которых оно затрагивает («каждый делает сам себя судьей своей пользы... тот, кто не судит о том, что ему полезно, меньше, чем ребенок, это идиот»). Бентам ратовал за создание нравственного термометра, который показывал бы все степени счастья и страдания; обладание им есть недостижимое совершенство, но тем не менее надо стремиться к нему)¹⁷. Возможно, под влиянием его идей и появился в Англии парадокс аддитивности счастья: что лучше — большая группа людей, жи-

¹⁷ См.: Избранные сочинения Иеремии Бентама. Т. I. С. 20, 328.

вущая сносной жизнью, или небольшая, живущая счастливо? Эта ситуация — свойство величин, состоящее в том, что значение величины целого объекта равно сумме величин его частей, — может существовать в реальности, но не имеет логического объяснения.

Счастье определяет и конечную цель законодательной и вообще государственной деятельности — «возможно большая сумма счастья для возможно большего числа людей» — учение, названное им теорией максимации (maximum), т.е. использования всех пригодных средств, чтобы создать наилучшие условия для возможного счастья общества¹⁸. Общественное благополучие, составляющее задачу законодательства, складывается из заботы о средствах к существованию, о довольстве, равенстве и безопасности. Исходя из посыла, что закон — мера политическая, Бентам усматривает различие между политикой и моралью в том, что «одна руководит действиями правительств, другая — поступками отдельных лиц; но цель их одна и та же — счастье. То, что политически хорошо, не должно быть нравственно дурно, если только арифметические правила, верные для больших чисел, должны быть верны и для маленьких»¹⁹.

Спустя два века эта идея актуализировалась. Британский исследовательский центр New Economic Foundation с 2006 г. выводит мировой сравнительный индекс счастья (МИС), отражающий благосостояние людей и состояние окружающей среды в разных странах мира. Для его ранжирования используются три показателя: субъективная удовлетворенность жизнью людьми, ожидаемая ее продолжительность и так называемый экологический след. В последнем исследовании, охватывающем 143 страны, Россия заняла 108 место, опередив США и ОАЭ; самыми «счастливыми» странами оказались островные государства — Доминиканская Республика и Ямайка, а самыми «несчастливыми» признавались Зимбабве и Танзания.

Есть еще китайский «индекс счастья», рассчитываемый по 16 индикаторам: располагаемый доход населения, госрасходы на научные исследования, образование, культуру и спорт, а также метраж жилой площади на человека, число врачей на тысячу жителей, площади лесных насаждений и даже отношение объема эмиссии углекислого газа к размеру ВВП.

Уже несколько лет индекс валового национального счастья рассчитывают и в Королевстве Бутан: он определяет конечную цель большинства людей — не быть богатыми, а быть счастливыми и здоровыми²⁰. По утверждению экспертов, такой подход помогает учитывать социальные и экологические издержки экономической деятельности, т.е. «цену», которую приходится платить за рост ВВП (рассчитываемый как рыночная стоимость всех конечных товаров и услуг, но не учитывающий факторы, влияющие на уровень жизни, например вклад человеческого капитала), а также выяснить, что в итоге получает гражданин, как складывается его жизнь, становится ли он счастливее.

¹⁸ См.: Энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона // http://dic.academic.ru/dic.nsf/brokgauz_efron/11770/%D0%91...

¹⁹ Избранные сочинения Иеремии Бентама. Т. I. С. 19.

²⁰ Инициатива Бутана рассмотрена на «круглом столе» в штаб-квартире ООН и предложена к обсуждению на Всемирном саммите по устойчивому развитию «Рио плюс 20». См.: Зыкова Т. Как проиндексировать счастье? // Российская газета. 2012. 5 апреля // <http://xn--d1abbgfaiiy.xn--p1ai/refnotes/946>

Хотя феномен счастья — состоявшаяся самореализация личности, результат достойной жизни и исполнения нравственного долга — понятие субъективное, коррелирует региональным, географическим, социальным, психологическим особенностям, не учитывать его для измерения благосостояния — явное упущение. Как отмечает В. Миронов, для сырьевой экономики, основанной на извлечении ресурсов, ориентиры на индексы «валового национального счастья» становятся более актуальными; они помогут понять, какое место занимает экономика России без нефти и газа²¹.

Развитие теории утилитаризма осуществлено последователем Бентама Дж.С. Миллем (1806—1873) в таком направлении, что его, в сущности, уже трудно стало отличать от системы так называемой интуитивной или независимой морали²². Отец последнего — Д. Милль, один из ярких представителей классической теории ассоциативной психологии (ассоцианизм — совокупность психологических концепций и школ XX—XXI вв., в которых ассоциация считалась главным или даже единственным механизмом работы сознания), познакомился и сблизился с Бентамом, разделявшим его воззрения.

Принадлежа по рождению к зажиточной адвокатской семье, по окончании Оксфордского университета и Лондонской адвокатской школы Бентам, однако, отказывается от престижной карьеры адвоката (занятие адвокатурой считалось фамильной деятельностью, переходившей из поколения в поколение по наследству): он считал себя неспособным к компромиссам. В дальнейшем он занялся вопросами, связанными с реформой права, которое было интересно для него не практической стороной — правоприменением, а философской. Его идеи и проекты обсуждались в правительствах и законодательных собраниях, однако этим, как правило, все и заканчивались. Себя лично Бентам не видел в роли настоящего законодателя, облеченного внешним авторитетом. Участие в гласном обсуждении законодательных вопросов, не терпящих канцелярской тайны (гласность держит людей в пределах их долга, постоянный контроль публики — «суд более действительный, чем все суды, вместе взятые», а тайна — убежище для всех злоупотреблений)²³, участие наряду с каким угодно законоведом, участие открыто, на глазах какой угодно критики, служение идее, что истинная цель законодательства заключается в пользе и счастье человечества, — вот идеал и лейтмотив всех его произведений.

²¹ Несчастливыми себя ощущают лишь 13% опрошенных россиян; большинству из них очень мало надо для счастья: 11% россиян достаточно зарабатывать 5 тыс. руб. в месяц, чтобы считать себя небедным человеком; до 10 тыс. руб. достаточно 28% опрошенных, чтобы избежать бедности; почти 20% уверены, что 15 тыс. руб. в месяц должно хватать на самое необходимое; еще 16% просят не более 20 тыс. руб. и лишь 9% считают, что нужно зарабатывать от 30 тыс. руб. и выше. См.: *Выжуртович В.* Счастливы как никогда // Российская газета. 2012. 5 апреля; 18 мая.

²² Развивая утилитаристскую этику в своей работе «Утилитаризм» (пер. с англ., СПб., 1900), Дж.С. Милль признает не только эгоистические, но и бескорыстные стремления; в общественной жизни люди должны учитывать взаимные интересы, что дисциплинирует их эгоизм. См.: *Трахтенберг О.В.* Очерки по истории философии и социологии Англии XIX века. М., 1959; *Ассоциативная психология.* М., 1998; *Ждан А.Н.* История психологии. От античности к современности. М., 2002.

²³ Вместе с тем Бентам уверял: «Гласность не мешает ни проявлениям бесстыдства, ни цинизму, ни бесчеловечности. Привычка к гласности вырабатывает даже особый тип ораторов, утверждающих публично вещи, которые стыдно даже слушать». Цит. по: Бентам (Bentham), Иеремия // Энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауза и И.А. Ефрона: в 12 т. Библиографии / отв. ред. В.М. Карев, М.Н. Хитров. М., 1992. Т. 2. С. 98.

Его научные интересы поражают своей широтой²⁴. Он не только чутко прислушивался к требованиям практической жизни и довольствовался только пропагандой своих взглядов и теорий, но и изыскивал способы, говоря современным языком, их внедрения в жизнь. Со своими проектами Бентам обращался к правительствам многих стран. К правительству Великобритании — с проектом замены ссылки и плавучих тюрем паноптикумом (1794)²⁵ — тюрьмой, построенной так, чтобы можно было иметь все тюремное население под постоянным надзором. Паноптикум создавался на началах обязательной работы арестантских артелей, пользующихся известной степенью самоуправления, но под строгим, хотя и невидимым надзором тюремной администрации. Бентам ратовал за раздельное содержание осужденных, цель тюремного заключения видел в их исправлении путем труда как обязательного условия отбывания наказания, настаивал на проявлении заботы о здоровье осужденных, сочетании кротости и строгости в обращении с ними; отсюда девиз проекта — «Милосердие, справедливость, бдительность». Он разработал также проект английской избирательной реформы (Bentham's radical reform bill. L., 1819), включающей необходимость ежегодных выборов, равных избирательных округов, широкого избирательного права и тайного голосования; вносил предложения относительно шотландских судов и судов справедливости (equity courts), поскольку английская судебная система того периода страдала от коррупции.

Он обращался к правительствам Франции, выступал перед французами за отмену смертной казни («On death punishment». L., 1831), с предложениями о наилучшем устройстве парламентской деятельности и изменении судостроительства²⁶; Испании — изложил предложения на внесенный в 1821 г. в испанские кортесы уголовный кодекс; США — состоял в переписке с президентом Дж. Медисоном (одним из авторов Билля о правах 1789 г.) и губернатором Пенсильвании (1811–1817). Под влиянием его идей складывалось законодательство Нью-Йорка (с 1821 г.), Южной Каролины (с 1826 г.), Луизианы (с 1830 г.); принцип «наибольшего счастья» был воспринят как цель политики права — Т. Джефферсон (автор Декларации независимости США 1776 г. и третий президент США) положил в основу деклара-

²⁴ См.: *Бентам И.* Полн. собр. соч. («The Works of Jeremy Bentham, published by John Bowring». Эдинбург, 1838–1843. Т. 1–11). **В собрание не вошли два мелких сочинения Бентама и «Деонтология или Наука о морали»** («Deontology or the Science of morality». Vol. 1–2. L., 1834), которая помещена в менее полном французском собрании сочинений «*Ouvresde I. Bentham*» (6 т. Брюссель, 1829–1834). Отдельные сочинения Бентама уже в 1804 г. появились в «С.-Петербургском журнале»: статьи о распространении познания законов, о пользе просвещения, о безопасности и др. В 1805 г. вышел на русском языке первый том сочинений Бентама «Рассуждение о гражданском и уголовном законоположении. С предварительным изложением начал законоположения и всеобщего начертания полной Книги Законов и с присовокуплением опыта о влиянии времени и места относительно Законов. Соч. англ. юрисконсульта И. Бентама. Изданное в свет на франц. языке Степ. Дюмоном, по рукописям, от автора ему доставленным. Переведенное М. Михайловым, с прибавлением дополнений, от г-на Дюмона сообщенных» (т. I. По Высочайшему повелению, СПб., 1805; т. II. СПб., 1806; т. III. СПб., 1811); «Защита лихоы» (Defence of usury, рус. пер. 1865); «О судебных доказательствах». К., 1876; «Тактика законодательных собраний». СПб., 1907; The works. N.Y., 1962. Vol. 1–11; Correspondence. Oxf. 1968–2000. Vol. 1–11; Collected works. L., 1967.

²⁵ В связи с признанием Англией независимости США (1783) стало некуда ссылать преступников.

²⁶ Его заслуги были оценены: Декретом Национального собрания Франции 26 августа 1792 г. Бентаму даровано французское гражданство.

ции концепцию неотъемлемого права людей «на жизнь, свободу и стремление к счастью»²⁷.

Бентам обращался и к правительству России (во время пребывания в нашей стране и зародилась его идея «паноптической» тюрьмы («Panopticon, or the inspection house». Лондон, 1791)) — предлагал свое участие в подготовке кодексов гражданских и уголовных законов (Бентам следовал плодотворной идее единства гражданского и уголовного права). В связи с этим он состоял в переписке с Александром I²⁸. С трудами Бентама (на языке оригинала и французском) уже при его жизни знакомы были не только российские царедворцы, но, по-видимому, следуя им, и столичный бомонд — пишущая и читающая публика, либерально настроенная молодежь, будущие декабристы²⁹. В России того времени была мода на Бентама и незнание его работ считалось дурным тоном в высшем свете. Об этом свидетельствует А.С. Пушкин, когда пишет: «Хоть, может быть, иная дама / Толкует Сея и Бентама, / Но вообще их разговор — / Несносный, хоть невинный вздор» («Евгений Онегин». Гл. 1, XLII); «На все есть мода, вкус: бывало, например, / У нас в большой чести Бентам, Руссо, Вольтер» («Послание цензору»)³⁰.

Гипотетически допустимы исторические параллели, если иметь в виду, что современная Россия по сути становится раннекапиталистическим обществом, пройдя по второму кругу: «трансформационный кризис, в начале которого произошла смена институционального ядра экономики: от государственной собственности, директивного планирования, отвергающего свободный обмен и конкуренцию, патерналистского государства к частной собственности, свободному рынку и государству, стремящемуся сбалансировать свои ресурсы и обязательства»³¹. Такой переход (от регулируемой экономики к рынку) может занимать определенный исторический отрезок времени; это касается и идеологии, и политической сферы. Имея тяжелое наследство, полученное от продолжавшегося более 70 лет тоталитарного строя, Россия на этом пути пережила последовавший за ним десятилетний период «бандитского капитализма»³². Наше общество движется в направлении к капиталистической формации, хотя таким его не считают, утверждая, что это индустриальное или постиндустриальное общество, рассматриваемое как одна из стадий исторического процесса эволюции социальных систем³³.

²⁷ Уместно отметить, что сочинения Бентама нередко цитировались в решениях американских судов, в том числе Верховного Суда США, в которых упоминается принцип «наибольшего счастья». См.: *Грехениг К., Гелтер М.* Указ. соч.

²⁸ Она вошла в полное собрание сочинений И. Бентама 1843 г.

²⁹ В библиотеке декабриста Ф.П. Шаховского были сочинения Сэя, Бентама, А. Смита. См.: *Семевский В.И.* Политические и общественные идеи декабристов. П., 1909; *Пытин А.Н.* Русские отношения // *Очерки литературы и общественности при Александре I*. Пг., 1917.

³⁰ *Пушкин А.С.* Соч. / ред., библиогр. очерк и примеч. Б. Томашевского; вступ. ст. В. Десницкого. Л., 1936. С. 108, 358.

³¹ *Мау В.А., Ясин Е.Г.* Двадцать лет рыночных реформ и новая модель экономического роста: Доклад к XIII международной научной конференции по проблемам развития экономики и общества. Москва, 3–5 апреля 2012. М., 2012. С. 4.

³² См.: *Воробьев В., Куриц С.* Новая модель Конституции // *ЭЖ-Юрист*. 2012. № 12.

³³ См.: *Марченко М.Н.* Наша задача думать // *Московский юрист*. 2011. № 2(3); *Элбрейт Дж.* Новое индустриальное общество. М., 1969; *Полякова Н.Л.* XX век в социологических теориях общества. М., 2004; *Иноземцев В.Л.* Современное постиндустриальное общество: природа, противоречия, перспективы. М., 2000.

Самая чувствительная для современной России проблема — угрожающе большое социальное неравенство («чем равномернее распределение богатств, — считал Бентам, — тем больше общая сумма счастья»³⁴), провоцирующее классовые противоречия, осложняющее наше движение к демократии, критерием которой всегда и везде является возможность народа путем участия в выборах оказывать влияние на государственную власть, на ее состав и проводимую политику³⁵. Бентам полагал, что «сила общественного мнения зависит от его объема и его интенсивности: его объем измеряется числом подаваемых голосов; его интенсивность — степенью порицания или одобрения»; самое могущественное средство, которым можно совершить важный переворот в общественном мнении, состоит в том, чтобы поразить ум народа каким-нибудь великим примером³⁶.

Вспомним: время активной творческой жизни Бентама пришлось на резкое увеличение влияния национальной прессы (чему способствовал технический прогресс), выход на политическую арену рабочего класса, положение которого полностью соответствовало тезису Ф. Энгельса, что Англия — это страна, где одновременно живут два совершенно разных народа! Таково было вопиющее социальное неравенство британского общества³⁷. Рефлексия Бентама была определенной: будучи лишены покровителей и средств к существованию, преданные всем искушениям бедности, «эти классы, остающиеся в большей части государств в абсолютном пренебрежении, становятся рассадником преступления». При этом он считал, что «в человеческом сердце нет врожденной и неизлечимой испорченности, что множество преступлений происходит только от ошибок законодательства, которые легко могут быть исправлены, и что самое зло, происходящее от них, может быть различными способами исправляемо»³⁸.

Англия из аграрной страны становилась «мастерской всего мира» с развитыми капиталистическими отношениями, способствовавшими повышению общественного статуса промышленной буржуазии и ее роли в политической жизни. С промышленным переворотом и изменением социальной структуры общества страна устремляется к более широкому и явственному внедрению буржуазных принципов

³⁴ Избранные сочинения Иеремии Бентама. Т. I. С. 329–332.

³⁵ Чрезмерное неравенство «порождает атмосферу недоверия, препятствующую модернизации, кооперативному поведению, а значит, сплочению общества для решения общих задач». См.: Ясин Е.Г. Сценарии для России на долгосрочную перспективу. Новый импульс через два десятилетия: Доклад к XIII международной научной конференции по проблемам развития экономики и общества. Москва, 3–5 апреля 2012. М., 2012. С. 16. Идея модернизации и заключается в ликвидации вопиющего неравенства. По официальной статистике, 13,1% населения живет сегодня за чертой бедности (т.е. с доходами ниже прожиточного минимума) — это более 18 млн чел. Минимальная зарплата у трети работников — менее 1,5 прожиточного минимума, а у каждого пятого — ниже одного прожиточного минимума. Почти 40% россиян называют себя бедными людьми. См.: Российская газета. 2012. 18 мая; 25 июня.

³⁶ В качестве таких примеров Бентам ссылается на Петра Великого, который сам медленно прошел весь ряд чинов, научил свое дворянство нести иго военной субординации, и Екатерину II, победившую народный предрассудок против оспопрививания, не пробуя его на преступниках, как делала королева Анна, а подвергшись ему сама. См.: Избранные сочинения Иеремии Бентама. Т. I. С. 641, 642.

³⁷ Цит. по: Исаев М.А. История государства и права зарубежных стран: учеб. для бакалавриата. М., 2011. С. 662, 663.

³⁸ Избранные сочинения Иеремии Бентама. Т. I. С. 655, 673.

в право (основой английского права был феодализм, который сопровождался целой системой идей, явно противных ходу новейшей цивилизации), к закреплению решающего участия буржуазии в политической власти. Переход к машинному производству стал причиной массовых увольнений рабочих, вызвал движение луддитов в 1811–1816 гг., бунты в Спа-Филдс и сопровождался другим народным недовольством: растет пролетариат, начинаются его выступления. В 1790-х годах под влиянием Французской революции XVIII в. активизировалось демократическое движение, возникли организации, выступавшие за изменение системы парламентского представительства, расширение избирательных прав граждан.

Уже в 1760 г. в Англии существовали названия партий, но самих партий не было. Право избирать и быть избранным было связано с собственностью³⁹. В 1830 г. партии и выборы уже были, но не повсеместно; в крупных промышленных центрах шла отчаянная борьба за демократическое представительство в парламенте. Демократизация выглядела как сражение между богатыми и бедными. Правительство Великобритании прибегло к репрессиям: в 1794 г. приостановлено действие Habeas corpus акта (официальное наименование — «Акт о предупреждении заточения за морями»; возобновлен в 1801 г., имеет юридическую силу до сих пор)⁴⁰, начались аресты участников демократического движения, в 1799 г. введен запрет на создание рабочих союзов. В 1815–1816 и 1819 гг. Великобританию потрясли экономические кризисы, в 1825 г. разразился первый мировой циклический кризис, нанесший удар по всем отраслям британской экономики. В 1830-х годах правительство приняло ряд законов, имевших немаловажное значение для дальнейшего развития страны; был взят курс на умеренные преобразования⁴¹.

Эти и другие процессы становления капитализма в Великобритании нашли живой отклик в работах Бентама, содержащих своеобразную концепцию права, государства и нравственности⁴² (его идеи повлияли, например, на характер первой

³⁹ См.: *Норт Д., Уоллис Д., Вайнгаст Б.* Насилие и социальные порядки. Концептуальные рамки для интерпретации письменной истории человечества. М., 2011. С. 360–361.

⁴⁰ Habeas corpus акт (Habeas Corpus Act) устанавливал, например, что любой задержанный полицией должен быть доставлен к судье, который решает, отправить его в тюрьму или отпустить под залог до рассмотрения дела судом. Незаконное задержание может повлечь за собой уплату значительных сумм в виде вознаграждения. Отсюда становится понятной строгая безукоризненность действий английских полицейских. Не случайно Англия, пожалуй, единственная страна в Европе, где полиция пользуется популярностью. Этого нельзя сказать об отечественной полиции. Несмотря на permanently проводимые реформы, уровень доверия к полиции — и всех граждан, и малого бизнеса — самый низкий в Европе. Недалеко ушла и судебно-правовая система.

⁴¹ О правовой сущности старого правопорядка, основах и принципах обычного права, о состоянии материального уголовного и гражданского права, нерациональности системы наказаний, о положении тюрем, о правовом значении судебных решений, социально-политической и идеологической обстановке в Англии XX–XXI вв. см.: *Покровский П.А.* Бентам и его время. Пг., 1916 (сочинение, опубликованное в «Записках юридического факультета Императорского Петроградского университета»).

⁴² Отказавшись от идеи монархического абсолютизма, Бентам и его последователи сохранили верность доктрине абсолютизма государства, преобразовав ее в теорию неограниченного суверенитета; единственным источником права становится государство в любой его форме, власть которого не может быть ограничена правовым путем. Для иллюстрации этой теории используется шокирующий пример: поскольку любое распоряжение, вышедшее от высшей законодательной власти, есть закон, поэтому если бы Британский парламент потребовал, чтобы были убиты все младенцы с голубыми глазами, то это абсурдное и чудовищное требование приобрело бы обязательную силу закона. См.: *Новгородцев П.И.* Государство и право. Ч. 1 // Вопросы философии и психологии. 1904. Т. 74. № 4. С. 411.

парламентской реформы (1832), на программы чартизма — массового революционного движения английских рабочих (1830—1848), борющихся за политические права и улучшение экономического положения, на принятый в 1834 г. закон о бедных). На закон о бедных существенное влияние оказали воззрения Бентама, изложенные в основных началах гражданского кодекса (гл. XIV «Спорные случаи» §1 «О бедности»)⁴³. В его представлении «под бедными следует разуметь нуждающихся в необходимом». Бентам осознавал бедность в качестве социальной проблемы, как и социальное неравенство, существовавшее для определенной части населения всегда («бедность есть первоначальное состояние человечества»), морально признаваемой формой бытия, отражавшей количественно-качественные отличия между различными слоями общества по доходу или другим значимым индикаторам жизни. С развитием индустриально-рыночных отношений (капитализма) в XIX в. бедность фундировалась в качестве неизбежного, но социально неприемлемого феномена: она становилась необходимым условием богатства, поскольку действие закона возвышения потребностей и отсутствие гарантий прожиточного минимума способны были поддержать экономический рост и либеральный рынок.

Осознавая, что такая ситуация вызывает социальную деградацию («бедность есть центр, к которому в силу инерции тяготеет судьба каждого смертного»), настраивает общество против безусловной свободы рынка, Бентам полагал: «Положить конец этому злу существуют только два средства помимо законов: *бережливость и добровольные приношения*». На этот счет, сообщал он, есть много поучительных сочинений, но нет такого трактата, который бы охватывал вполне весь вопрос: он сам «должен был бы начать с теории бедности, т.е. с классификации бедных и с классификации причин, производящих бедность, и потом указать соответственные меры предотвращения и врачевания»⁴⁴.

Сегодня пожелания мыслителя — непрерывная забота международного общества о бедных странах, одной из целей которой является снижение к 2015 г. в два раза доли населения с доходами меньше 1 долл. США в день: с 28 до 14%. Сложилось представление о бедности как о системном, многомерном явлении, постоянно меняющейся величине, коррелятами которой наряду с материальным достатком являются и другие индикаторы уровня развития человеческого потенциала⁴⁵. Очевидно, развивающуюся исторически социальную дифференциацию нельзя уничтожить, но ее последствия можно смягчать и делать терпимыми для самых бедных слоев общества, стран, находящихся в неблагоприятных природных условиях, обеспечить всем международно-признанные стандарты качества жизни, питания и потребления, достижимые при данном уровне цивилизации.

В последующих работах, посвященных политической экономии, Бентам защищал либеральный принцип *laissez-faire, laissez passer* (свободного рынка и свобод-

⁴³ Избранные сочинения Иеремии Бентама. Т. 1. С. 339, 351.

⁴⁴ Там же. С. 352, 355, 356, 357. Бентам замечал: в Шотландии наибольшую помощь бедным оказывают именно те классы общества, которые сами близки к бедности. Вообще жалость, милосердие и деятельная помощь бедным неизменно осознаются как одно из важнейших требований христианской нравственности. В ходе переписи населения Великобритании 2001 г. верующими назвали себя 77% опрошенных; среди верующих 93% — христиане // Большая российская энциклопедия: в 30 т. Т. 5. М., 2006. С. 14.

⁴⁵ См.: Ярошенко С.С. Бедность // Большая российская энциклопедия: в 30 т. Т. 3. М., 2005. С. 159, 160.

ной, ничем не стесненной конкуренции в социальной и экономической сферах, что, по его мнению, должно обеспечить спокойствие общества, справедливость и равенство)⁴⁶, но допускал вмешательство государства в экономическую деятельность граждан(!).

Ретроспективный обзор трудов Бентама убеждает: они фундированы происходящими в Великобритании его времени трансформационными процессами, которые гипотетически по отдельным признакам сходны с общественно-историческими переменами, проистекающими в последние 20 лет в нашей стране. Именно в этом качестве творения мыслителя представляют значительный интерес для осмысления отечественного правопонимания и его регулятивного воздействия; не инстинкту разрушения подчинился Бентам, а справедливому желанию, основанному на глубоком знании дела, обновить жизнь, дать новые начала английскому государственному строю и правопорядку. Не нами подмечено: любое новое — это забытое хорошее старое. Как писал Ю.Г. Жуковский в предисловии к сочинениям И. Бентама, повторять в настоящее время буквально советы, данные законодателю в свое время, было бы странно. Важно помнить: что было возможно в одно время, то часто столь же возможно и в другое время (от себя добавим — и в другой стране)⁴⁷.

В расцвете своих научных потенций Бентам совершил три путешествия на континент: самое значительное — в Россию (1784–1787) к брату Самуэлю, служившему инженером в российской армии (через Францию, Италию и Константинополь). Здесь он написал известные письма о лихве — проценте в экономике с юридической точки зрения (опубликованные под названием «*Défen se de L'usury*» (рус. пер. «Защита процентов с капитала», 1865) и работал над «Паноптиконом». В первой работе, рассуждая о законодательном регулировании процента и о противодействии эксплуатации ростовщиком нужды и, пожалуй, легкомыслия, автор заключает: «Ни один человек, достигший разумного возраста и душевно здоровый, действующий совершенно свободно и с знанием всех обстоятельств дела, не должен встречать препятствий, даже в видах собственной его выгоды, в заключении каких ему угодно условий при получении денег займы; равным образом, никому не следует препятствовать вступать с таким человеком в договор займа на условиях, какие будут найдены желательными»⁴⁸. Бентам считал, что законы, ограничивающие величину процента на даваемые займы деньги, не оправданы ни с экономической, ни с юридической точек зрения.

Аналитическим методом «истошающей классификации» (ее истоки обнаруживаются, например, в основных правилах метода Декарта, рационализм которого явился одним из источников философии Просвещения⁴⁹) исследования вопросов

⁴⁶ *Laissez-faire, laissez passer* — принцип невмешательства (*фр.* позвольте сделать; позволять, не мешать, «пусть все идет, как идет») — экономическая доктрина, согласно которой государственное вмешательство в экономику должно быть минимальным; экономика — такая саморегулирующаяся система, которая сама находит эффективное равновесие, вмешательство государства искажает получаемые экономическими агентами сигналы и эффективное равновесие оказывается недостижимым. *Laissez-faire* — идеально-мысленная конструкция, не встречающаяся в реальном мире, но являющаяся базисом, на котором строится микроэкономическая теория. <http://ru.wikipedia.org/wiki/Laissez-faire>

⁴⁷ Избранные сочинения Иеремии Бентама. Т. 1. С. LVI.

⁴⁸ Энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауз и И.А. Ефрон. Биографии. 1992. Т. 2. С. 96.

⁴⁹ Считая необходимым положить в основу философского мышления принцип очевидности,

морали, законодательства и политики Бентам занял видное место в науке. Своими трудами он блестяще иллюстрирует его применение, что более убедительно, чем самый глубокомысленный трактат о пригодности метода подробностей, исследования целых величин путем дробления на части, разложения отвлечений на факты, классов и общих понятий — на элементы, их составляющие, и т.п. Из этого строгого метода вытекала его бесконечная классификация, точнейшее доказывание признанных истин. Бентам, призывавший ничего не принимать на веру, только тогда признает, что убийство, например, есть действие вредное, когда путем анализа получит три довода, доказывающих его вредность: а) жертве преступления и его близким; б) опасность примера и смуты, чувство небеспеченности, порождаемое убийством; в) обескуражение, угнетение промышленности и полезной деятельности, вытекающее из смуты, а также беспокойство и издержки на устранение опасности.

Значительное внимание Бентам уделяет законодательной технике; его даже называли Ньютоном законодательства. В сочинении «*Tactique des assemblées politiques délibérantes*», 1791 (рус. пер. в изд. Л.А. Велихова «Тактика законодательных собраний». СПб., 1907), написанном по результатам наблюдения работы политических учреждений Франции, наряду с изложением способов их действия анализируются методы выработки законов в законодательных собраниях. Регламент, рассуждал он, конечно, не может научить ни логичности изложения, ни связыванию идей, ни необходимому совершенству выражений; но есть известные недостатки, которые можно предупредить путем некоторых легко осуществляемых условий: 1) сжатость текста статей (это актуально и сегодня, в том числе для российского уголовного закона, имеющего «нормы-монстры» — ст. 141-1, 142, 185-5 Уголовного кодекса Российской Федерации и др., объемом более страницы каждая); 2) простота положений; 3) полное изложение всех частей закона; 4) ясное выражение воли; при этом последнее должно быть без примеси соображений, мнений и чувств, не связанных с этой волей⁵⁰.

Основным требованием, предъявляемым к языку закона, Бентам считал его доступность для понимания каждым, от которого ожидается соблюдение этого закона. В процессе криминализации может возникнуть трудность, связанная с достаточно ясным и точным определением «идеи преступного действия». Она может зависеть отчасти от того употребления языка, которое способен делать законодатель; отчасти от того употребления языка, которое, по мнению законодателя, расположен делать из него суд, действующий по своему усмотрению в пределах закона. В первом случае эта трудность будет зависеть от степени совершенства, до которого язык дошел в нации вообще, во втором — у самого законодателя в частности. Осознание этой трудности объясняет ту осторожность, с которой большинство законодателей воздерживается от криминализации таких действий, которые подходят под понятие, например, грубости, или предательства, или неблагодарности. В ряду оценочных суждений Бентам упоминает и английский закон о диффамации, кото-

или непосредственной достоверности, Декарт обращался к разуму и самосознанию, что предполагало отказ от всех суждений, принятых когда-либо на веру. Он был убежден, что на истину «натолкнется скорее отдельный человек, чем целый народ», — классическое выражение принципа субъективной достоверности, означавшего установку не на усвоение чужих мнений, а на создание собственных. См.: *Декарт Р.* Избранные произведения. М., 1950. С. 271; *Он же.* Рассуждение о методе. С приложением: «Диоптрика», «Метеоры», «Геометрия». М., 1953.

⁵⁰ См.: *Бентам И.* Тактика законодательных собраний. СПб., 1907. С. 75–76.

рый при малейшем недостатке в своей редакции или при малейшем недостатке в его применении судьями может стать орудием одной (т.е. обыкновенно сильнейшей) политической партии против другой и в особенности подорвать свободу слова и печати⁵¹.

Стремясь к точности и определенности законодательства, заботясь об очищении от всех ошибок умственных операций в процессе обсуждения законопроектов, об устройстве разумного законодательства таким образом, чтобы оно исключало бы необходимость в уловках адвокатов⁵², Бентам устраняет из аргументации доводы, не имеющие оснований в их пользу: 1) древность закона; 2) религиозный авторитет; 3) упрек в новшестве; 4) произвольное определение; 5) метафора; 6) фикция; 7) воображаемое правило. Он подробно рассматривает часто употребляемые в законодательных обсуждениях софизмы (вывод, который только формально кажется правильным, но основан на преднамеренно неправильном подборе исходных положений), посредством которых реформы откладываются до более удобного времени (*sophismes dilatoires*): «мера вовсе не требуется»; «общество совершенно спокойно» (софизм спокойствия, *sophisme du quietisme*); «не пришло еще время» (софизм несвоевременности); «нужно действовать постепенно»; «нельзя достигнуть совершенства» (софизмы утешения) и т.д.

Критикуя тезис Эшгерста о том, что «по счастью для нас, мы связаны лишь теми законами, относительно которых всякий человек имеет средство узнать их», Бентам отмечал, что вряд ли какой-либо человек узнает двадцатую долю законов, которыми он связан. Оба вида законов (*Statute Law* и *Common Law*) «весьма удачно и заботливо» защищены от того, чтобы стать известными народу, первый вид — в силу формы закона, второй — в силу свойств этих законов. Обычное право создается судьями. Но как создается? Точно так же, как какой-нибудь человек создает законы для своей собаки. Если человек хочет отучить свою собаку от чего-либо, он ждет, пока она не сделает того, от чего он хочет отучить ее, и тогда ее бьет. Точно так же обстоит дело и с правом, создаваемым судьями. Судьи не говорят заранее, чего мы не должны делать; они ждут, пока мы сделаем это, и тогда нас вешают. И каким путем можем мы сколько-нибудь приспособиться к этому собачьему праву? Только наблюдая за прецедентами, только отмечая поступки, за какие были повешены, или посланы в тюрьму, или лишены своего имущества лица, совершившие их.

Сами судьи не публикуют прецедентов; если же кто другой опубликует их, это будет названо неуважением к суду и лицу, решившееся на опубликование, может попасть в тюрьму. Законы запутаны до того, что сами судьи не могут знать их. Как же могут знать их рядовые граждане-обыватели. Более чем 100 лет назад, — замечал Бентам, — глава юстиции лорд Хейль имел честность признаться, что он не настолько знает, чтобы определить, что такое кража, что, однако, не мешало ему вешать за кражу. Ненормальное, немислимое положение, вытекающее из того, что в действительности все обстоит совсем иначе, чем это хочет представить Эшгерст⁵³.

⁵¹ См.: Избранные сочинения Иеремии Бентама. Т. I. С. 296 (сноска 1).

⁵² Уместно отметить, что столь же неодобрительно о деятельности адвокатского сословия в России отзывались и Екатерина II, и Николай I, и граф В.Н. Панин (министр юстиции). См.: *Уортман Ричард*. Властители и судии. Развитие правового сознания в императорской России. М., 2004.

⁵³ См.: *Bentham J. Truth versus Ashhurst*. *Vovog.*, 1792. С. 231–237 («Истина против Эшгерста, или Право, как оно есть, в противопоставлении с его общепринятым пониманием»). Цит. по: *Покровский П.А.* Бентам и его время. Пг., 1916. С. 317–322.

В вопросах уголовного права Бентам исходил из опыта своих предшественников, в первую очередь Ч. Беккариа⁵⁴ (стоявшего наряду с Монтескье, Вольтером и Дж. Локком у истоков направления классической школы в уголовном праве), который подверг устаревшие уголовно-правовые положения глубокому пересмотру. В своих работах Бентам творчески развил идеи классической школы, обосновав предложения, которые могут быть признаны вполне современными и перспективными. Фактически его вниманием не обделен ни один институт уголовного права, что должно побуждать криминалистов к исследованию наследия Бентама. Вслед за великим итальянцем, исходя из принципа полезности, Бентам считал, что законодатель должно заботиться более о предупреждении преступлений, нежели о карании их; оно должно более исправлять, нежели уничтожать. Этого можно достичь политическими и правовыми реформами либерального толка. При этом он никогда не терял надежды принять участие в практических реформах и в какой-нибудь стране увидеть торжество своих идей.

В самом общем плане Бентам определяет уголовное право как совокупность средств, необходимых для осуществления и защиты целей, намечаемых нормами гражданского права⁵⁵. Если нормы последнего устанавливают определенные права (личной безопасности, чести, собственности, право на получение помощи в случае нужды) и налагают определенные обязанности на членов государственного общества, то нормы уголовного закона заботятся о том, чтобы установленные таким образом права и обязанности были в жизни защищены от нарушений (учение о таких нарушениях, именуемых обычно преступлениями, является основой всей науки уголовного права), чтобы они уважались и признавались как обязательные. Закон не может создавать права, не создавая в то же время соответствующих обязанностей, не может создавать право и обязанности, не создавая в то же время преступлений. Создать преступление — значит превратить какое-нибудь действие в преступление, значит запретить какое-либо действие и через это придать ему качество преступности.

Бентам выражает формально-материальный подход к определению преступления (так называется запрещенное действие, причиняющее вред): чтобы заставить уважать эти запреты, необходимо установить наказания. «Под *преступлением*, —

⁵⁴ См.: *Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях / сост. и предисл. В.С. Овчинского. М., 2004. VI (Библиотека криминолога)*. Его идеи современники называли откровением свыше и пророчеством будущего (опасаясь преследований, некоторые мысли Беккариа старался излагать туманно). Он доказал, что суровые наказания, ожесточая нравы, только увеличивают преступность в народе и что политическая мудрость требует постоянного смягчения системы наказаний, выразил глубокое негодование против возмутительных пыток и варварских наказаний своего времени и первым открыто восстал против смертной казни. На памятнике в его родном городе — Милане — Беккариа изображен в тот момент, когда, остановившись с пером в руке, он готовится написать: «Но если я докажу, что смертная казнь не оправдывается ни пользой, ни необходимостью, то дело человечества будет выиграно». Он наметил новые основания для политики в сфере борьбы с преступностью: отделил круг действительных преступлений от воображаемых и мнимых; причины преступности видел в экономическом строе общества и в устаревшем механизме государства, от которых преступления неизбежно размножаются; выразил убеждение, что нельзя оправдать наказания, пока для предупреждения преступлений общество и закон не приняли иных наилучших мер, какие возможны при данных условиях народной жизни.

⁵⁵ Не случайно в одном фолианте — *Избранные сочинения Иеремии Бентама. Т. I. СПб., 1867* — издатель поместил три органично взаимосвязанных трактата: *Введение в основания нравственности и законодательства; Основные начала Гражданского кодекса; Основные начала Уголовного кодекса*.

писал он, — разумею здесь акты, которые, как ему (законодателю. — *Л.С.*) кажется, имеют стремление произвести вред», который «заключается в его стремлении разрушить у тех и других лиц те или другие удовольствия (Бентам выделяет их 14 родов. — *Л.С.*), или причинить им те или другие страдания (13 родов. — *Л.С.*), а это и составляет основание к наказанию... И если преступник должен быть наказан, он может быть наказан только причинением одного или больше из этих страданий»⁵⁶.

Верный своему принципу классификации, Бентам дает два различных определения преступления. Во-первых, если дело идет «о системе установленных законов, *преступление* есть все то, что законодатель запрещает основательно или неосновательно» (формальный аспект). Во-вторых, в доктринальном смысле, «для открытия возможных лучших законов, соответствующих принципу пользы, то *преступлением* называется всякий акт, который считают нужным запрещать по причине зла, которое оно производит или стремится произвести» (материальный аспект). В последнем значении «это — единственный смысл, в котором это слово употребляется во всем ходе настоящего труда»⁵⁷. Очевидно, Бентама интересует не то, что есть, а то, что должно быть, т.е. с этой точки зрения преступлением будет все, результатом чего является зло.

По сути он выделил господствующие в современной отечественной доктрине уголовного права и уголовном законе конститутивные признаки преступления: общественная опасность, противоправность, наказуемость; скрупулезно исследовал такие элементы состава преступления, как объективная и субъективная сторона; указал на цели наказания: возмещение ущерба, предупреждение преступлений, исправление преступника, возмездие (в качестве побочной цели). При этом полагал, что наказание есть зло и цель его есть устранение какого-нибудь большего зла, поэтому оно не должно быть допустимо: 1) когда оно неосновательно; 2) недействительно; 3) неприбыльно; 4) не нужно⁵⁸.

Он не только разъяснил конечное основание наказания с утилитаристской точки зрения, но и разработал цельную систему преступлений⁵⁹ и отдельных видов наказания (пропорцию между наказаниями и преступлениями — правило соразмерности). Сообразно целям — общей (предотвращение вреда) и второстепенным (в современном понимании — специальным) — Бентам изложил главнейшие правила этой, как он выражался, моральной арифметики: 1) сделайте так, чтобы зло наказания превосходило выгоды преступления. Для предупреждения преступления необходимо, чтобы мотив удерживающий был сильнее мотива соблазняющего; страх наказания должен быть сильнее желания преступления; 2) чем слабее наказание с точки зрения неверности его наступления, тем больше ему нужно прибавить в строгости. Если бы каждый преступник знал, что будет наверняка лишен плодов преступления, он не совершил бы его; при этом нужно, чтобы наказание

⁵⁶ Там же. С. 29–37, 161, 162, 174 (сноска 1).

⁵⁷ Речь идет о работе «Основные начала Уголовного кодекса» // Избранные сочинения Иеремии Бентама. Т. I. С. 473–474.

⁵⁸ См.: Там же. С. 168, 541–543.

⁵⁹ Осуществленная Бентамом подробнейшая классификация преступлений по различным основаниям, позволяющая глубже познать их юридическую природу ввиду ее сложности и особой значимости, заслуживает самостоятельного исследования, значительно выходящего за рамки настоящей статьи.

было сколь можно ближе к преступлению, поскольку его впечатление ослабляется с отдалением от него, и притом отдаленность наказания увеличивает его сомнительность, давая новые шансы ускользнуть от него; 3) при совершении двух преступлений более вредное должно подвергнуться более строгому наказанию для того, чтобы преступник имел мотив остановиться на наименьшем. Равное наказание за неравные преступления часто бывает мотивом для совершения более вредного преступления; 4) чем тяжелее преступление, тем суровее должно быть наказание, чтобы иметь шанс предупредить его. Наложить суровые наказания на сравнительно легкие преступления есть избыточная плата за шанс избавиться от легкого вреда; 5) одно и то же наказание не следует налагать одинаково на всех преступников без исключения за одно и то же преступление. Нужно принимать во внимание обстоятельства, оказывающие влияние на чувствительность (здоровье, сила, пол, возраст, общественное положение, воспитание, вероисповедание, богатство, родство и т.п.)⁶⁰.

Одно и то же наказание может быть для одного величайшей жестокостью, для другого — ничтожнейшим неудобством. Резюмирует этот сюжет Бентам следующим образом: «Не следует заботиться о слишком математической пропорциональности и делать законы мелочными, сложными и темными. Есть более высокое достоинство закона — краткость и простота»⁶¹, — оставляя тем самым простор судейскому усмотрению в целях индивидуализации наказания.

Поучительны суждения Бентама о помиловании, если иметь в виду полемику на этот счет в юридической литературе (вызывается ли помилование политическими соображениями или является средством коррекции правосудия и исправления судебных ошибок; допустимые пределы применения Президентом Российской Федерации этого конституционного полномочия, может ли он при издании акта о помиловании руководствоваться одним лишь собственным усмотрением; если оно основано на справедливости, выражением которой служат законы, должно быть употребляемо с величайшей осторожностью, дабы не поколебать закон, или это обыкновенное средство государственного управления; не является ли помилование компенсацией несовершенства уголовного закона, его чрезмерной и (или) не соответствующей времени жестокости; о возможности осуществления помилования при иных видах ответственности: административной, в том числе налоговой, таможенной или дисциплинарной; не следует ли институт помилования вообще отменить и т.п.)⁶². Английский мыслитель полагал, что в просвещенном обществе его времени право помилования, представляя охрану против кровожадной суро-

⁶⁰ Бентам выделял 32 обстоятельства, которые могут иметь влияние на действие всякой «возбуждающей причины расположения человека чувствовать то или другое количество удовольствия или страдания»; как нельзя рассчитать движение корабля, не зная обстоятельств, имеющих влияние на его скорость (сила ветра, сопротивление воды, форма корабля и т.п.), точно так же нельзя действовать с уверенностью в законодательстве, устанавливающим ответственность за преступления, не рассмотрев всех обстоятельств, оказывающих влияние на чувствительность. Бентам находил в этом поразительную аналогию между искусством законодателя и искусством медика. См.: Там же. С. 37–65.

⁶¹ Там же. С. 546.

⁶² См.: *Елинский А.В.* Помилование и его пределы // Российский следователь. 2011. № 24; *Рыбьяков А.С.* Конституционно-правовое регулирование помилования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Тюмень, 2009; *Саженьков Ю.В., Селиверстов В.И.* Правовые проблемы помилования в России. 2-е изд., доп. М., 2008 и др.

ности законов, становится сравнительным благом, и люди не спрашивают, не составляет ли это мнимое лекарство новой болезни. «Драгоценнейшее преимущество короны», «первая добродетель монарха» — помилование — уместно, «если преступление заключается только в нарушении его самолюбия, если дело идет о сатире, направленной против него или против его любимцев, то умеренность монарха есть большое достоинство, помилование, которое он дает, есть победа его над самим собой». Оно перестает быть актом милосердия, когда дело идет о преступлении против общества.

В тех случаях, где наказание сделало бы больше зла, чем добра, после восстаний, заговоров, общественных беспорядков помилование есть не нарушение, а исполнение закона. В этом случае оно не только полезно, но даже необходимо, и не воспользоваться им — прямое нарушение монархом своей обязанности. Исключение составляет убийство: «Тот, кто имел бы право миловать это преступление, тот имел бы власть над жизнью всех». Этот тезис издатель сопроводил ремаркой: «Чтобы ограничить злоупотребление этого права, достаточно было бы подвергнуть пользование им обязательству указывать его мотивы. Везде, где употребительна смертная казнь, лучше было бы сохранить право помилования, даже неограниченное, чем уничтожить его совершенно». Но это мнение издателя. Как «гений логики», Бен-там резюмирует: «Если законы слишком суровы, право помилования есть необходимое их исправление; но это исправление есть все-таки зло. Сделайте хорошие законы и не делайте магического жезла, который имеет силу уничтожать их. Если наказание необходимо, его отменять не следует; если оно не необходимо, его не следует назначать»⁶³.

⁶³ Избранные сочинения Иеремии Бен-тама. Т. I. С. 570–572.

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

Путь и перспективы правового учения Ойгена Эрлиха

В работе приводятся основные биографические факты о жизни и творчестве известного австрийского правоведа, основателя социологии права Ойгена Эрлиха (1862–1922). Подчеркивается важность научного проекта Эрлиха для последующего развития социологии права, раскрываются основные моменты развития его теории, дается краткая характеристика проблематики этой теории. Особый акцент сделан на вопросах взаимосвязи государства и права в социолого-правовой перспективе, на роли социологии права в процессах правоприменения.

Ключевые слова: Эрлих, социология права, живое право, правовой плюрализм, юриспруденция интересов, социальный порядок, правоприменение.

Ойген Эрлих (14 сентября 1862 г. — 2 мая 1922 г.) известен прежде всего как основатель социологии права. Социолого-правовое наследие Эрлиха обширно, ему посвящено множество научных работ, включая русскоязычные¹. В настоящей работе мы остановимся на описании основных биографических деталей жизненного пути мыслителя, которые еще не получили должного освещения в русскоязычной научной литературе, на тех вопросах, которые возникают при изучении взаимосвязи государства и права в перспективе социологического подхода, а также на значимости теории Эрлиха для решения отдельных вопросов правоприменения.

О первых годах жизни Ойгена Эрлиха известно немного. В автобиографии, написанной в 1894 г. для нужд делопроизводства Венского университета, Эрлих указывает следующие сведения: «Я родился 14 сентября 1862 года в Черновцах на Буковине. Я учился в гимназии города Самбор, где мой отец, ныне покойный доктор Симон Эрлих, был адвокатом. Я окончил университет в Вене, где 8 апреля 1886 года был аттестован как доктор права. С тех пор я нахожусь в Вене в качестве стажера адвоката. Я занимаюсь преимущественно изучением современного общего права, а также историей римского права (времен первой республики). Это последнее направление исследований привело меня к вопросам древнего права»². К этому

¹ В советской литературе основным источником была работа украинского исследователя проф. Марчука: *Марчук В.П.* Свободное право в буржуазной юриспруденции. Критика концепции Е. Эрлиха. Киев, 1977.

² *Rehbinder M.* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. Berlin, 1967. S. 11.

можно добавить, что в своих университетских анкетах в качестве родного языка Эрлих указывал польский, в качестве исповедуемой религии — католицизм³. При рождении Эрлих был наречен именем Элия (Элиас), но уже в годы учебы перешел из иудаизма в католичество, изменив свое иудейское имя на немецкое Ойген, с тем чтобы лучше ассимилироваться в немецкоговорящую культурную и академическую элиту Австро-Венгерской империи⁴.

После окончания школы в Самборе Эрлих поступил в 1879 г. в Львовский университет, где проучился два года на юридическом факультете. В 1881 г. он переводится на юридический факультет Венского университета, который заканчивает в 1883 г. После окончания обучения начинает заниматься адвокатской деятельностью, одновременно продолжая обучение и защитив в 1886 г. кандидатскую диссертацию. Затем Эрлих окончательно решает посвятить себя научным исследованиям и после защиты габилитационной диссертации «О молчаливом волеизъявлении» в 1894 г.⁵ получает должность приват-доцента римского права в Венском университете, некоторое время (до 1896 г.) совмещая преподавание с адвокатской деятельностью. В 1896 г. молодой ученый получает должность профессора (сначала экстраординарного, а с 1900 г. — ординарного) римского права в Черновицком университете (императорском университете Франца-Йозефа). В том же 1896 г. Эрлих возвращается в Черновцы, на Буковину, принадлежавшую тогда Австро-Венгерской империи.

Австрийское культурное влияние в этой отдаленной части империи не имело решающего значения, немецкоговорящая часть населения составляла меньшинство, а официальное имперское право практически не использовалось в гражданском обороте — люди в своей повседневной жизни следовали фактически сложившейся практике, не связывая ее с нормами государством установленного права. Теоретик права должен был объяснить себе и окружающим это положение дел, понять те силы и институты, что двигали людьми в юридических ситуациях, в которых люди вступали в правоотношения, выстраивая их на основании правил, существовавших параллельно, а иногда и вопреки официальному праву.

Этот факт побудил Эрлиха в рамках нового учебного курса по живому праву изучить фактическое право народов Буковины и создать «Институт изучения юридических фактов» для исследования фактической юридической практики, существовавшей в регионе. Собственно термин «живое право» ассоциировался у научной общественности того времени с популярными философскими направлениями — здесь можно вспомнить «философию жизни» Генриха Риккерта, Вильгельма Дильтея, Георга Зиммеля, Фридриха Ницше, Анри Бергсона. Эрлих был далек от того, чтобы вкладывать в это понятие антиэтатистское содержание: «живое» как противопоставляемое «мертвому» официальному (государственному) праву. Речь шла лишь об изучении права в его динамике, противопоставляемом статичному изучению права в традиционной юридической догматике, о необходимости исследования правосознания как конечного источника всего права через конкретные эмпирические исследования⁶. С этой точки зрения, как подчеркивал сам Эр-

³ См.: *Rehbinder M.* Op. cit. S. 19.

⁴ См.: *Ehrlich E.* The National Problems of Austria. The Hague, 1917. P. 44.

⁵ См.: *Ehrlich E.* Die stillschweigende Willenserklärung (1893). Aalen, 1970.

⁶ См.: *Ehrlich E.* Das Lebende Recht der Völker in *der Bukowina (1912)* // *Ehrlich E. Recht und Leben.* Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freiheitslehre. Berlin, 1967. S. 48.

лих, возможно социологическое исследование и законодательного, и, особенно, судебного права⁷.

К этому эмпирическому исследованию права народов Буковины Эрлих подошел с учетом имевшегося у него научного багажа — опыта преподавания римского права и обширных цивилистических знаний⁸. Первое убеждало мыслителя в том, что право может твориться не только государственными чиновниками, но и самими правоведами, юристами, практиками. Из цивилистической доктрины Эрлих не мог не почерпнуть идей популярного в те годы движения «свободного нахождения права», которое отстаивало принцип судейской свободы в нахождении, фиксации и применении права вне связи с издаваемыми государством законами. Достаточно рано Эрлих начинает интересоваться идеями юридической антропологии, которая воспринималась им и его современниками как образец эмпирической науки о праве, основанной на фактах.

В воздухе носились идеи еще одной «позитивной науки об обществе» — социологии, основы которой к тому времени уже были научно обоснованы Э. Дюркгеймом. Мысли о приложении социологической методы к изучению права также не были новы — эти мысли можно было без труда найти на страницах работ Дюркгейма, а сам термин «социология права» уже был придуман в конце XIX в. итальянцем Д. Анцилотти. К этому набору интеллектуальных факторов можно добавить неподдельный интерес Эрлиха к английскому праву, где процессы правотворчества и судопроизводства не были разделены. Весь этот сплав идей, а также непосредственный жизненный опыт Эрлиха стал той критической массой, которая привела правоведа к попытке переосмыслить догматический образ права и призвать к созданию «эмпирической науки о праве»⁹.

Одним из решающих обстоятельств для формирования этого нового подхода становится занятие ученым высокой административной должности в Черновицком университете — с 1901 г. он был деканом юридического факультета, а в 1906–1907 гг. — ректором университета. Это позволяет Эрлиху осуществлять некоторые нововведения в учебных программах юридического факультета. Введение прикладных методов обучения юристов Эрлих провозгласил своей программной задачей в декабре 1906 г. при вступлении в должность ректора¹⁰. В 1910 г. Эрлих вводит на юридическом факультете Черновицкого университета новый учебный курс по живому праву, в рамках которого пытался совместить преподавание правовой теории с психологией, социологией и экономикой. Студентам-юристам он поручил ведение полевых социологических исследований и, прежде всего, анкетирования населения. Сами результаты исследования стали для ученого разочаровывающими — далеко не по всем анкетам удалось добиться ответов респондентов, а разнообразие правовых явлений оказалось слишком пестрым даже для самого Эрлиха. Для обра-

⁷ Ср.: Антонов М.В. Социология права Ойгена Эрлиха // Правоведение. 2008. № 6. С. 128–137.

⁸ В этом смысле можно отметить студенческое исследование квазисудебных процедур по урегулированию конфликтов на Венской бирже. Ehrlich E. Die Borschiedsgerichte // Neue Revue. 1895. № VI.

⁹ Антонов М.В. Интеграция знания о праве и обществе в творчестве Ойгена Эрлиха // Государство и право. 2011. № 1. С. 79–87.

¹⁰ См.: Ehrlich E. Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Inaugurationsrede (1907) // Ehrlich E. Recht und Leben.

ботки и истолкования этого эмпирического материала требовалась основательная методологическая база, которую юриспруденция того времени предложить не могла. К поиску такой методологической базы мыслитель приступает в своем главном произведении «Основоположение социологии права», написанном в том же году.

Здесь необходимо сделать оговорку. Мировой научной общественности Эрлих известен преимущественно этим произведением, остальные его работы привлекают внимание только узкого круга специалистов, изучающих творческое наследие этого мыслителя, и кроме того, они преимущественно доступны лишь на немецком языке. Вместе с тем «Основоположение» было задумано Эрлихом отнюдь не как основная работа по правовой проблематике — в системе обширной трилогии по социологии права оно было лишь первым, вводным сочинением, в котором автор формулировал саму проблематику (необходимость расширения кругозора юристов за счет прикладных социологических и антропологических исследований)¹¹. В двух других сочинениях своего социолого-правового цикла, опубликованных уже после «Основоположения»¹², австрийский ученый развивает проблематику юридической доктрины и судейского толкования права, под влиянием критики корректируя изначально высказанные в «Основоположении» радикальные тезисы, предлагая конкретные пути для введения социологических методов в сферу науки о праве¹³.

Тем не менее, выход в свет в 1913 г. «Основоположения» большинство исследователей считают датой основания новой научной дисциплины — социологии права; мысли, высказанные Эрлихом, привлекли внимание и вызвали реакцию (как позитивную, так и негативную) не только в немецкоговорящих странах, но и в США, Франции, Англии¹⁴. Трудно сказать, ожидал ли сам Эрлих того резонанса, какой вызвала в 1913 г. публикация «Основоположения». Ничего ни в этом труде, ни в других произведениях Эрлиха, написанных в тот период времени, не указывает, что мыслитель с окраин Австро-Венгерской империи рассчитывал на успех, на внимание научного сообщества.

Отметим, что исследованиям живого права были посвящены две важные работы Эрлиха, вышедшие накануне публикации «Основоположения»¹⁵, в которых мыслитель изложил свою программу интеграции науки о праве с жизненной практикой юристов¹⁶. Юридическое сообщество Австрии тогда не обратило внимания на оригинальные идеи мыслителя, который в глазах австрийских и немецких

¹¹ См. об этом: Антонов М.В. Социология права: рождение новой научной дисциплины // Эрлих О. Основоположение социологии права. СПб., 2011. С. 9–63.

¹² Это «Юридическая логика» (Ehrlich E. Die Juristische Logik. Tübingen, 1918) и «Теория судейского нахождения права» (в 1917 г. были опубликованы только четыре главы этого труда, см. их перевод: Эрлих О. Судейское нахождение права на основании правового предложения // Эрлих О. Основоположение социологии права. С. 520–579).

¹³ Ср.: Антонов М.В. Запоздавшая реплика: об одной из последних работ Ойгена Эрлиха // Российский ежегодник теории права. 2009. № 2. С. 320–331.

¹⁴ См. об этом: Rehinder M. Einleitung // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 8 usw.

¹⁵ Ehrlich E. 1) Die Erforschung des lebendes Rechts (1911) // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 12 usw.; 2) Das Lebende Recht der Völker in der Bukowina (1912) // Ibid. S. 47 usw.

¹⁶ Эрлих поставил данный вопрос перед австрийским научным сообществом в выступлении на съезде немецких юристов в 1911 г. Ehrlich E. Was kann geschehen, um bei der Ausbildung das Verständnis der Juristen für psychologische, wirtschaftliche und soziologische Fragen in erhöhtem Masse zu fördern? // Ehrlich E. Recht und Leben. S. 61–79.

правоведов стоял в ассоциативном ряду с Г. Канторовичем, Ф. Жени и другими теоретиками движения свободного права. Возможно, резкий и порой категоричный тон¹⁷ филиппик Эрлиха в адрес традиционной юридической догматики, которыми пестрит «Основоположение», в немалой степени объясним раздражением ученого против молчания юридического сообщества (как теоретиков, так и практиков) и имел целью разбудить это сообщество, привлечь его внимание к оторванности господствующей юриспруденции от жизни. Если такова была цель Эрлиха и если именно такое желание он загадал в ночь на Рождество 1912 г., когда закончил «Основоположение»¹⁸, то нужно признать, что этой цели он, несомненно, достиг — желание привлечь внимание было исполнено.

Но в этом случае Эрлих стал жертвой своего успеха. «Основоположение» подверглось резкой, во многом основательной критике за смелые, но недостаточно обоснованные идеи, изложенные на страницах книги. Особенно жесткую отповедь автор получил от восходящей звезды австрийского правоведения Ганса Кельзена. Доводы Кельзена создали впечатление действительно уничтожающей критики, на которую автору «Основоположения», по складывающемуся впечатлению, нечего было ответить. Из формулировок «Основоположения» Кельзен искусно выводил, что Эрлих отдаст безусловное предпочтение социальному праву перед правом официальным, отрицая действительность последнего в случаях коллизии с живым правом, а применительно к правоведению ставит под сомнение нужность догматических исследований, правовых концепций и вообще норм права¹⁹. Этого современная Эрлиху европейская теория права простить не могла — его идеи, после непродолжительного оживленного обсуждения, на многие десятилетия подверглись забвению.

Росту интереса ученых к социолого-правовой проблематике не способствовало и начало Первой мировой войны, которое означало конец нормальной научной деятельности для всей австрийской научной общественности. В связи с военными действиями на Буковине Эрлих был вынужден перебраться в Вену, а затем и в Швейцарию, где продолжил научные исследования. Небольшое финансовое дотирование австрийского правительства было прекращено после развала Австро-Венгерской империи в 1919 г., так что мыслитель остался в Швейцарии без средств к существованию и был вынужден вести очень скромную жизнь, находясь почти в нищенских условиях²⁰. В Швейцарии мыслитель тщетно пытался получить должность в Цюрихском университете, пройти габиталитацию на звание профессора,

¹⁷ Вместе с тем, как удачно подмечает Литтлфилд, Эрлих не использует в «Основоположении» слова «никогда», «всегда», не делает окончательных суждений о правовой материи и о ведущей роли в ней живого, социального права. Его формулировки при внимательном прочтении не позволяют сделать вывод, что Эрлих претендует на универсальность своих выводов, ср.: *Littlefield N.O. Eugen Ehrlich's Fundamental Principles of the Sociology of Law // Maine Law Review. 1967. № 19. P. 13.* Если правовед действительно задумывал это произведение как своего рода рекламную акцию, с помощью которой рассчитывал привлечь внимание к социолого-правовой проблематике, которая должна быть развита в последующих работах трилогии (см. выше), то такая стратегия вполне объяснима.

¹⁸ См.: Эрлих О. Основоположение социологии права. С. 64.

¹⁹ См.: Дискуссия Г. Кельзена и О. Эрлиха // Эрлих О. Основоположение социологии права. С. 595–652. См. также: *Antonov M. History of Schism: the Debates between Hans Kelsen and Eugen Ehrlich // International Constitutional Law. 2011. № 5. P. 5–21.*

²⁰ См.: *Rehbinder M. Eugen Ehrlich als Rechtslehrer // Проблеми філософії права. 2005. Т. III. № 1–2. С. 143–145.*

но это ему не удалось²¹. Эрлиху не остается иного выбора, как возвратиться в Австрию, где у него, по меньшей мере, было профессорское звание.

Но Эрлих был не одинок в этом стремлении. После окончания войны и развала империи большинство из немецкоговорящих профессоров предпочло покинуть университеты на территориях, обретших национальную независимость, и перебраться в Австрию и Германию. Эрлиха ждало разочарование — его попытка получить хоть какое-то место в Венском университете потерпела неудачу. Пришлось возвращаться в Черновцы, где за Эрлихом сохранялось профессорское место, но где его не мог ждать радушный прием из-за твердой позиции мыслителя против сепаратистских движений в прежней Австро-Венгерской империи. Эрлих был и оставался убежденным сторонником сохранения империи, он трудно мирился с окружающей действительностью, которая свидетельствовала о гибели империи как в политическом, так и в идеологическом отношении²².

Что же ждало мыслителя в Черновцах? Этот город вместе с Буковиной отошел к Румынии по условиям Версальского мира. К концу 1919 г. стало ясно, что университет будет сохранен, хотя преподавание будет вестись не на немецком, а на румынском языке²³. Своими германофильскими высказываниями в годы войны Эрлих также вызвал негодование румынских студентов, а его предшествующие призывы к закрытию Черновицкого университета с переводом профессорского состава в университет Зальцбурга не могли получить положительной оценки у нового университетского руководства. Ситуация всячески препятствовала возвращению мыслителя к преподаванию²⁴. Эрлих едет в Бухарест, где добивается создания в Черновицком университете специально для него кафедры философии и социологии права²⁵. Но и это не помогло ученому преодолеть сопротивление и начать преподавание²⁶.

В конце 1921 г. Эрлих принял решение о повторной поездке в Бухарест, где надеялся получить правительственную поддержку своему проекту основания Общества исследований живого права. С декабря 1921 г. Эрлих находится в Бухаресте, где работает в Институте социологии при Румынской академии наук, занимается чтением лекций и подготовкой публикаций, ему даже удается получить румынское гражданство²⁷. Между тем состояние его здоровья резко ухудшается (ученый в течение нескольких лет страдал от тяжелой формы диабета) и Эрлих срочно переезжает для лечения в Вену. По приводимым М. Ребиндером сведениям, болезнь ученого была вызвана тяжелой формой диабета, которая повлекла заражение крови, а последующая неудачная операция по ампутации ноги стала непосредственной причи-

²¹ См.: *Rehbinder M.* Neues über Leben und Werk von Eugen Ehrlich // Festschrift für Helmut Schelsky. Berlin, 1978. S. 403.

²² См.: *Kommersell P.* Эрлих на окраине Империи: центры и периферии в правовых исследованиях // Российский ежегодник теории права. 2008. № 1. С. 546–564.

²³ Хотя Эрлих знал румынский, и само по себе изменение языка преподавания не могло служить препятствием для продолжения его работы в Черновицком университете. См.: *Rehbinder M.* Nachwort // Ehrlich E. Karl Marx und die soziale Frage. Berlin, 2006. S. 20.

²⁴ См. об этом: *Rehbinder M.* Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät der Franz-Josephs-Universität in Chernowitz // Проблемы философии права. 2005. Т. III. № 1–2. С. 135–139.

²⁵ См.: *Rehbinder M.* Neues über Leben und Werk von Eugen Ehrlich. S. 403–414.

²⁶ См.: *Rehbinder M.* Aus den letzten Jahren im Leben und Schaffen von Eugen Ehrlich // Festschrift für Ernst-Joachim Lampe. Berlin, 2003. S. 208.

²⁷ См.: *Rehbinder M.* Eugen Ehrlich als Rechtslehrer. S. 140.

ной смерти Эрлиха²⁸. 5 мая 1922 г. Ойген Эрлих умирает в одной из венских клиник. Столь ранняя смерть (в 59-летнем возрасте), как небезосновательно отмечает Карл Реннер (известный философ права, первый канцлер Австрийской республики), вызвана теми переживаниями, которые Эрлих испытал в военное и послевоенное время: «Эрлих — жертва мировой войны и развала Австро-Венгерской империи. Бывший профессор немецкоговорящего университета в Черновцах на Буковине, Эрлих был вынужден сменить место своей работы после окончания мировой войны. Но венское правительство могло предложить ему лишь такую финансовую помощь, которую могла себе позволить разгромленная Австрия. Эрлих умер, так и не дождавшись приглашения из какого-либо немецкоговорящего университета»²⁹.

Каков сегодня научный потенциал социолого-правового учения Эрлиха? В течение длительного времени это учение воспринималось научной общественностью через призму кельзеновской критики как предостережения против смешения нормативного и фактического измерений права. Созданную Эрлихом концепцию живого права с подачи Кельзена принято рассматривать как противовес «мертвому», официальному праву, как попытку теоретически отстранить государство от создания права³⁰. Мыслителю не удалось убедить своих современников в неправильности такой трактовки его социологии права³¹. Подобная интерпретация нередко воспроизводится в современной научной литературе.

Эрлиховская концепция живого права зачастую представлялась как идея, что нормы образуются непосредственно в межличностном общении. Норма не есть результат соглашения между людьми, не продукт воли властителя, не способ согласования интересов, а стройный мирный порядок ассоциаций людей, внутренняя фактическая упорядоченность жизни социальных союзов в таком виде идея живого права описывается критиками Эрлиха, начиная с Г. Кельзена и заканчивая некоторыми современными исследователями³². Этот строй идей совпадает с направлением, которое в современной юридической литературе обычно обозначается понятием «правовой плюрализм»³³.

Ценность такой постановки вопроса действительно сомнительна, а результаты подобной идеализации правовой действительности с трудом вписываются в картину реального правопорядка, которую составляет себе работающий в этом правопорядке юрист. Но творческий замысел Эрлиха был куда более глубоким. Обратимся к «Основоположению» и вспомним знаменитый эпиграф этого произведения: «Центр тяжести развития права... лежит не в законодательстве... а в самом

²⁸ См.: *Rehbinder M.* Aus den letzten Jahren im Leben und Schaffen von Eugen Ehrlich. S. 199–203.

²⁹ *Renner K.* Eugen Ehrlich // *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik.* 1930. № 63. S. 185.

³⁰ Об этом, к примеру, пишет Ганс Кельзен в своей полемике с Эрлихом. *Кельзен Г.* Основоположение социологии права // Эрлих О. Основоположение социологии права. С. 623–630. Противоположность между живым и официальным правом также гипертрофируют Г.Д. Гурвич и Н.С. Тимашев. *Гурвич Г.Д.* Теория источников права Ойгена Эрлиха и идея социального права // Там же. С. 653–666; *Тимашев Н.С.* Рецензия // Там же. С. 667–672.

³¹ См.: *Rehbinder M.* Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich. 2 Aufl. Berlin, 1986. S. 119 usw.

³² Ср.: *Webber J.* Naturalism and Agency in the Living Law / *M. Hertogh (ed.). Living Law: Reconsidering Eugen Ehrlich.* Oxford, 2009. P. 201–221.

³³ Ср. краткое изложение развития этого направления: *Griffiths A.* Legal Pluralism / *R. Banakar, M. Travers (eds).* An Introduction to Law and Social Theory. Oxford, 2002. P. 289–310.

обществе»³⁴. По этому эпиграфу нетрудно догадаться, какие цели ставил перед собой автор. Эрлих и не скрывает, что опровержение мифа о доминирующем значении государства и его законов в правовой жизни является основной целью его работы. Для этой цели мыслитель обращается не только к обычному и торговому праву, к истории и антропологии права — он ссылается на доктрину и судебную практику, которые доказывают несостоятельность данного мифа. Тут даже нет нужды давать ссылку на какое-то место в «Основоположении», где ученый формулирует эту цель, — ее можно легко обнаружить, открыв наудачу любую страницу данного произведения.

Принуждение играет вторичную роль в существовании права; в своем бытии право по большей части независимо от государства и его аппарата принуждения. Правовые явления латентно присутствуют в социальных практиках и как бы только ожидают социологически подкованного юриста, который извлечет их и сформулирует в форме норм решения (прецедентах) или правовых предложений (кодексах обычного права, законах и т.п.), — таким выглядит бытие права в описании Эрлиха. Очевидно, что подобные представления о праве вступали в конфликт не только с догмами юридической науки начала XX в., но и с основной идеей философско-правовой мысли Европы Нового времени, в рамках которой право принято было искать не в средневековой системе партикулярных соглашений и практик, а в унифицированных нормативных порядках, зиждущихся на едином начале (воле суверена, правильном разуме, народном духе и т.п.). В этом аспекте эрлиховские идеи бросали вызов всей сложившейся системе юридической науки, и в этом проект Эрлиха внутренне близок идеологическому проекту чистого учения о праве его оппонента — Ганса Кельзена.

Но если Кельзен сосредоточил свою критику на концептуальном аппарате современной ему науки о праве, то Эрлих критиковал теоретическое правоведение за неспособность постичь социальные реалии, за догматизацию права как орудия реализации государственной политики, за счет чего в поле зрения юриспруденции попадала лишь незначительная часть правовой жизни, связанная с деятельностью государственных чиновников. В этой перспективе Эрлих расходился с Кельзеном и оспаривал тезис о необходимости определения права исключительно как принудительного порядка, установленного и поддерживаемого государством. Большая часть правовых отношений протекает без какого-либо вмешательства государства, причем субъекты этих правоотношений даже не задумываются о том, чтобы обратиться к государству для регламентации их семейной, хозяйственной, религиозной жизни, хотя бы государственный правовой порядок и допускал подобное обращение³⁵. При этом Эрлих отнюдь не пытался стереть границы между правом и иными социальными регуляторами, а социальный анархизм (в смысле надежды на спонтанный порядок, обнаруживающийся в рациональной самоорганизации

³⁴ Эрлих О. Основоположение социологии права. С. 64.

³⁵ Другое дело, что государство и его порядок могут составлять незримый фон этих отношений, оставляя субъектам правоотношений возможность апелляции не только к социальному, но и к официальному праву; возможность моделировать свои отношения по образу и подобию государственного правового регулирования. Этот момент, к сожалению, был оставлен Эрлихом без внимания на страницах «Основоположения».

общества³⁶), к которому приводит последовательный правовой плюрализм, содержательно противоречил тому воззрению на право, которое защищал Эрлих³⁷. Роль государства в правовой жизни значительна, особенно в обществах современного типа, и австрийский мыслитель был далек от того, чтобы это отрицать³⁸.

Эрлих не исключает возможность для государственного права обрести социальную действенность, стать реальным руководством к действию для субъектов права, иными словами, получить статус живого права³⁹. Во-первых, государственное право не тождественно закону в широком смысле, а «государственные правовые нормы редко отличаются от социальных»⁴⁰, поскольку возникновение и тех, и других обусловлено общественной необходимостью. Эрлих достаточно ясен и последователен в этом вопросе и не отрицает правовой природы (т.е. организационной роли при регламентации социальной жизни) государственных установлений. Он признает: «То, что государство здесь, как и во всем, может многим распорядиться или испортить своим прямым вмешательством и решениями своих ведомств, конечно, бесспорно»⁴¹. Но вчитаемся в следующие слова: «Бесспорно и то, что оно [государство. — М.А.] в состоянии запустить в движение или, наоборот, остановить целое общественное развитие»⁴².

Эрлих был далек от утверждения полной независимости социальной жизни от официального права. Другое дело, что социальная жизнь не строится только на основе норм официального права и юридической доктрины (на «правовых предложениях»), а развивается преимущественно вне прямой связи с ними, — фактические правовые отношения предшествуют деятельности законодателей по фиксации норм права. Яркими историческими примерами этому служат римское право и общее право Англии, откуда Эрлих обильно черпает примеры для обоснования данного элементарного тезиса. С этой точки зрения Эрлих далек от противопоставления живого права праву официальному. Даже если он говорит о существовании двух правопорядков — создаваемого обществом и формируемого в результате деятельности юристов и судей, — то речь идет о чисто аналитических конструкциях, которые мыслитель вводит для того, чтобы показать — реальное право образуется как единство этих двух правопорядков.

³⁶ Типичным представителем подобного анархизма является известный экономист Фридрих фон Хайек, который, наряду с собственно экономическими сюжетами, рассматривал на страницах своих произведений и философско-правовые вопросы. Ср.: Хайек Ф. Право, законодательство и свобода: Современное понимание либеральных принципов справедливости и политики. М., 2006.

³⁷ См. противоположное мнение: *Tamanaha B.Z. A Vision of Socio-Legal Change: Rescuing Ehrlich from 'Living Law' // Law and Social Inquiry. 2011. № 1. P. 297–318.*

³⁸ См. детальный разбор и критику представлений о том, что социология права Эрлиха якобы имела своей целью ослабление государства и права: *Vogl S. Soziale Gesetzgebungspolitik, Freie Rechtsfindung und Soziologische Rechtswissenschaft bei Eugen Ehrlich. Baden-Baden, 2003. Как показывает автор, в критике Эрлихом существующей догматической юриспруденции и центральной роли государства в правовой жизни следует видеть не отрицание правовой догмы и государственного правотворчества, а попытку пересмотреть их в ракурсе нового вектора развития правовой жизни в Европе начала XX века.*

³⁹ См.: Эрлих О. Основоположение социологии права. С. 179 и далее.

⁴⁰ Там же. С. 376 и далее.

⁴¹ Там же. С. 397.

⁴² Там же.

Профессор из Черновцов действительно подчеркивает, что создание и применение права во многом обусловлено неправовыми факторами (этнической и религиозной принадлежностью, социальным происхождением, нравами, обычаями, социальной средой в широком смысле — но кто с этим будет спорить?), и призывает юристов изучать эти факторы⁴³. Если Эрлих и описывает факторы, которые способствуют институционализации обычаев через предоставление им судебной защиты, он все равно не отождествляет эти факторы и обычаи с нормами, согласно которым судьи должны решать споры⁴⁴. В этом отношении профессор из Черновцов говорил только о наличии у социальных союзов и ассоциаций способности к саморегулированию вне зависимости от государственной регламентации, а не о том, что такое саморегулирование всегда осуществляется или должно осуществляться вне рамок официального права. Если взять предложенную Джоном Гриффитсом классификацию⁴⁵, эрлиховская социология права принадлежит к «слабой» версии правового плюрализма.

Другое характерное обвинение в адрес концепции живого права Эрлиха сводится к тому, что в социолого-правовой теории австрийского мыслителя норма отождествляется с фактом⁴⁶, а фактическое усмотрение судьи заменяет собой нормы права при решении споров. В том, что это совершенно не так, можно убедиться, прочитав эрлиховскую «Юридическую логику» 1918 г. В частности, там Эрлих пишет, что задачей социологии права действительно является установление, а не оценка фактов, но при этом социология права не вменяет судье обязанность применять эти социальные факты вместо норм законодательства⁴⁷. Отвергая «вульгарное этатистское воззрение на право»⁴⁸, мыслитель направляет свою критику против

⁴³ Эта идея, близкая «праву в действии» Роско Паунда, была развита в рамках многочисленных исследований по юридической антропологии и социологии права США и Англии середины XX в. («изучение права в контексте», т.е. юридических практик и документов). О существенных различиях между «живым правом» Эрлиха и «правом в действии» Паунда см.: *Nelken D. Law in Action or Living Law? Back to the Beginning in Sociology of Law // Legal Studies. 1984. № 4. P. 157–174.*

⁴⁴ Как справедливо указывает Нил Литтлфилд, «Эрлих просто описывает то, что судьи делают сегодня и что они делали на ранних стадиях развития права», но при этом «не говорит о том, что судьи должны заняться свободным нахождением права». *Littlefield N.O. Eugen Ehrlich's Fundamental Principles of the Sociology of Law. P. 14.*

⁴⁵ См.: *Griffiths J. What is Legal Pluralism? // Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law. 1986. № 24.* Гриффитс в программной для этого движения статье определяет правовой плюрализм как ситуацию, когда в обществе есть более чем одна система права (*Griffiths J. What is Legal Pluralism? P. 1*), либо как такое «состояние, в котором поведение человека подчиняется более чем одному правовому порядку» (*Ibid. P. 2*). Центральной задачей так понимаемого правового плюрализма для Гриффитса была борьба с идеей, «согласно которой право существует только в единственном числе, только как некое единство, как исключительный иерархический нормативный порядок, зависящий от государственной власти» (*Ibid. P. 5*). Такую борьбу можно вести двумя способами. С одной стороны, через допущение того, что наряду с официальным правом существует и право неофициальное, т.е. множество правовых порядков, конкурирующих с правовым порядком государства (плюрализм в строгом смысле слова). С другой — через признание того, что существуют различные нормативные порядки, которые могут обрести статус правовых после их интеграции в государственный порядок (плюрализм в слабом смысле). Истинным является для Гриффитса только плюрализм в строгом смысле.

⁴⁶ Этот упрек впервые был высказан в критике Г. Кельзена, на что Эрлих активно и достаточно убедительно возражал, обвиняя Кельзена в приписывании ему чужих мнений, ср.: *Кельзен Г. Основное положение социологии права. С. 615–623; Эрлих О. Возражение. С. 638–644.*

⁴⁷ *Ehrlich E. Die juristische Logik. Wien, 1918. S. 389.*

⁴⁸ *Ibid. S. 82.*

дедуктивистской модели юридического мышления, где судья мыслился как безликое передаточное звено обширного механизма правоприменения, автоматически извлекающее логическое содержание из правовых текстов и распространяющее это содержание на лежащие перед ним общественные отношения. Эрлих лишь призывал к тому, чтобы в правовых высказываниях (законодательных текстах) искать не только объективное логическое содержание, но и конкретные интересы, которые имели в виду законодатели (в широком смысле — включая безымянных создателей юридических обычаев и традиций), когда формулировали эти высказывания. С этой точки зрения социология права Эрлиха была направлена не на отрицание официального права, а, наоборот, на связывание судей реальной волей законодателя⁴⁹.

Если судья (правоприменитель в широком смысле слова) не будет осознавать, почему он отдает предпочтение тому или иному интересу при толковании правовых текстов (поскольку эти тексты дают только общие правила, которые судья заполняет конкретным содержанием в каждом конкретном деле), он будет либо творить произвол либо защищать интересы более сильного. Это очевидно не соответствует идеалу справедливости, с которым в европейской правовой традиции принято увязывать право. Но где судья может найти справедливость? Эрлих убежден, — и в этом истинный смысл его вводных слов к «Основоположению», — что объективное содержание справедливости судья может найти только в тех тенденциях и направлениях, которые обнаруживаются в социальной жизни. Для объективного (т.е. научного) толкования и применения права необходим сбор и изучение эмпирических данных, и не только социологических анкет, а всего фактического материала из истории, антропологии, этнографии, который дает представление, что значит для людей справедливость в конкретных жизненных ситуациях. В первую очередь речь идет об изучении правовых документов (договоров, соглашений, решений, сочинений юристов и т.п.)⁵⁰.

Вместе с тем те данные, которые дает судье социолого-историческое исследование, и выявленные судьей факты не есть прямое руководство к действию. Для Эрлиха недопустимо обуславливать нормативную действительность права его социальной действительностью, отсылая правоприменителя в случаях пробелов в позитивном праве к абстрактным принципам (вроде «исторического духа» или «социальной закономерности») ⁵¹. Эта иллюзия не способна снять с судьи груз ответственности за принимаемые решения. Он не сможет объективно установить содержание таких принципов ни в позитивном, ни в социальном (живом) праве — в любом случае та-

⁴⁹ В связи с этим символично, что одно из недавних российских исследований по проблематике правосудия имеет в качестве своего эпиграфа известное высказывание Эрлиха, что центр тяжести развития права находится в обществе. См.: Горбуз А.К., Краснов М.А., Мишина Е.А., Сатаров Г.А. Трансформация российской судебной власти. Опыт комплексного анализа. СПб., 2010.

⁵⁰ «Взгляд на современную правовую жизнь убедительно демонстрирует, что там господствует не закон, а хозяйственные документы. Право оказывается производным от содержания таких документов. Живое право нужно искать не в параграфах законов, а в брачных договорах, соглашениях о купле-продаже, аренде, кредите, ипотеке, в завещаниях, завещательных поручениях, в уставах союзов и хозяйственных обществ... Оценка значения современных документов для правоправедения и юриспруденции является совершенно новой задачей... Мы должны стремиться к тому, чтобы работать с источниками как с частью живого права, чтобы получать из их содержания живое право точно так же, как римляне поступили с их наследственным и договорным правом». Эрлих О. Основоположение социологии права. С. 485–486.

⁵¹ См.: Vogl S. Eugen Ehrlich's Linking of Sociology and Jurisprudence and the Reception of his Work in Japan. P. 119–120.

кие принципы, во-первых, останутся субъективными, во-вторых, будут относиться не к науке, а к политике. Если судья хочет, чтобы его решение претендовало на объективность, но не хочет скрываться за идеологией законности (любая жизненная ситуация урегулирована правом, и судье остается лишь найти в праве готовый ответ), то ему следует обратиться к правовой жизни и найти в ней то право («живое право»), которое законодатель (в широком смысле — включая юристов-практиков, создающих доктрину; народ, создающий обычай; судей, создающих прецеденты и т.п.) предположительно намеревался установить для случаев, подобных тому, что лежит в конкретном деле перед судьей. Правильность такого предположения может, как полагал Эрлих, быть проверена путем социологического анализа соответствующего фактического материала.

Вопреки распространенному заблуждению задачей эрлиховской социологии права не является предоставление судье материала для заполнения пробелов в законодательстве; как показано выше, мыслитель уверен, что судья не должен вставать на место законодателя, а факты не могут заменить недостающих слов. Социология права позволяет найти конкретное правило, уравнивающее конкретные интересы в данном деле, применительно к тому общему балансу интересов, который защищается правовым порядком⁵². Такой метод для Эрлиха является основной гарантией справедливости судебного процесса — ведь социолого-исторический поиск дает судье более широкую перспективу социальных интересов: не только тех, что сталкиваются в споре, но и тех, которые законодатель когда-то решил защитить либо которые судья защитил бы на месте законодателя (к чему призывает, например, ст. 1 Швейцарского гражданского уложения, предлагающая судье встать на место законодателя при необходимости решить дело при отсутствии применимой нормы права). Тем самым судья побуждается к справедливому решению, которое, как полагал Эрлих, может быть обеспечено только там, где будут научно выявлены и взвешены все интересы⁵³.

Основной пафос и значение социолого-правовой концепции Эрлиха заключаются именно в обосновании необходимости использования результатов эмпирических исследований в процессах правоприменения (разумеется, как и в процессах законотворчества, но Эрлих здесь не оригинален — вспомним хотя бы Монтескье⁵⁴), чтобы дать правоприменителю научный ориентир в толковании позитивного права. Эта задача остается актуальной и для современного правоведения, а труды Эрлиха достойны того, чтобы их читали и перечитывали не только теоретики права, но и праведы, занятые в отраслевых юридических дисциплинах.

⁵² См.: *Ehrlich E. Freie Rechtsfindung und freie Rechtswissenschaft*. S. 190.

⁵³ См.: *Ehrlich E. Die juristische Logik*. S. 309. В этом аспекте Эрлих развивает и ставит на новую методологическую базу юриспруденцию интересов Р. Иеринга.

⁵⁴ Ср.: *Ehrlich E. Montesquieu and Sociological Jurisprudence* // *Harvard Law Review*. 1915–1916. Vol. 29. Показательно и то, что Эрлих далек от оптимизма сторонников исторической школы по отношению к правовому обычаю. В частности, одна из работ австрийского правоведа посвящена именно критике применения торгового обычая в гражданских правоотношениях. *Ehrlich E. Das zwingende und nichtzwingende Recht. Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutschen Reich*. Jena, 1899. С другой стороны, именно за возведение обычая в ранг высшего источника права Эрлих последовательно критикует историческую школу юристов. В этом плане возражение, впервые выдвинутое Паундом и потом получившее широкое распространение в англо-американской литературе, против живого права Эрлиха за «неоправданное возвеличивание роли обычая» (*Pound R. An Appreciation of Eugen Ehrlich* // *Harvard Law Review*. 1922. № 36. P. 130) оказывается безосновательным.

О.М. Олейник

профессор,
заведующая кафедрой
предпринимательского
права Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»,
доктор юридических наук

Лицензирование предпринимательской деятельности: проблемы теории и практики

В статье рассматриваются общетеоретические проблемы лицензирования отдельных видов предпринимательской деятельности. Основной проблемой в данном случае является неопределенность понятия «вид деятельности» в его соотношении с предметом лицензирования. Общетеоретические проблемы проиллюстрированы практическими примерами, связанными с лицензированием розничной продажи алкоголя в магазинах беспошлинной торговли. Анализируется соотношение различных видов государственного контроля, в частности лицензирования и таможенного контроля.

Ключевые слова: лицензирование, предпринимательская деятельность, вид деятельности, правовой режим, розничная торговля, беспошлинная торговля, соотношение мер государственного контроля.

1. Цели и задачи лицензирования отдельных видов деятельности

Институт лицензирования предпринимательской деятельности в российском праве появился относительно недавно. В начале декабря 1990 г. была установлена специальная норма о лицензировании банковской деятельности, а затем сформулирована общая возможность лицензирования отдельных видов деятельности. Дальнейшее развитие этого института носило и носит стремительный характер: за прошедший период принято огромное число законов, подзаконных нормативных актов, появилась серьезная судебная практика. При этом, как справедливо отмечает Е.И. Спектор, существующий механизм лицензирования отдельных видов деятельности постоянно подвергается критике ввиду его очевидных недостатков¹.

В мае 2011 г. принят закон о лицензировании отдельных видов деятельности № 99-ФЗ, который является уже третьим по счету и в который уже четыре раза внесены изменения и дополнения. Такая динамика законотворческой деятельности

¹ См.: Спектор Е.И. Правовые иллюзии и реалии Федерального закона «О лицензировании отдельных видов деятельности» // Законодательство и экономика. 2011. № 7.

может объясняться двумя причинами: плохим качеством законодательной деятельности и сложностью, важностью регулируемых отношений. Оставив в стороне первую причину, обратимся к содержанию отношений в сфере лицензирования, а также его целям и задачам. Именно эти вопросы вызывают больше всего споров и дискуссий ввиду неоднозначного их понимания и нечеткой законодательной формулировки.

Общие цели института лицензирования в современном российском праве закреплены законом о лицензировании отдельных видов деятельности (ст. 2): лицензирование отдельных видов деятельности осуществляется в целях предотвращения ущерба правам, законным интересам, жизни или здоровью граждан, окружающей среде, объектам культурного наследия (памятникам истории и культуры) народов Российской Федерации, обороне и безопасности государства, возможность нанесения которого связана с осуществлением юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями отдельных видов деятельности. Осуществление лицензирования отдельных видов деятельности в иных целях не допускается.

При этом задачами лицензирования отдельных видов деятельности являются предупреждение, выявление и пресечение нарушений юридическим лицом, его руководителем и иными должностными лицами, индивидуальным предпринимателем, его уполномоченными представителями требований, которые установлены указанным федеральным законом, другими федеральными законами и принимаемыми в соответствии с ними иными нормативными правовыми актами Российской Федерации. Соответствие соискателя лицензии этим требованиям является необходимым условием для предоставления лицензии, их соблюдение лицензиатом обязательно при осуществлении лицензируемого вида деятельности.

Следует согласиться с высказанным Н.В. Субановой мнением, что действующий закон, как и ранее существовавшее законодательство, не решает проблемы оснований признания той или иной деятельности подлежащей лицензированию². Именно эта нерешенная проблема порождает множество вопросов и сложных ситуаций.

Первое, на что необходимо обратить внимание, — это отсутствие единого полного перечня видов деятельности, подлежащих лицензированию. Беда в том, что законодатель и не стремится создать такой перечень, провозглашая общую цель сокращения лицензируемых видов деятельности. В ст. 12 закона о лицензировании на момент подготовки данной статьи названы 50 видов деятельности, подлежащих лицензированию. Но при этом необходимо иметь в виду, что п. 2 ст. 1 назвал еще 11 видов деятельности, к которым анализируемый закон не применяется, а п. 4 этой же статьи приводит три вида деятельности, особенности лицензирования которых, в том числе в части, касающейся порядка принятия решения о предоставлении лицензии, срока ее действия и порядка продления такого срока ее действия, приостановления и возобновления действия лицензии, могут устанавливаться федеральными законами. При этом в ст. 12 указано, что введение лицензирования отдельных видов деятельности возможно только путем внесения изменений в предусмотренный законом перечень. Вряд ли можно считать логически последовательной такую позицию законодателя.

² См.: Субанова Н.В. Разрешительные полномочия органов исполнительной власти в Российской Федерации // Юриспруденция. 2012.

Ситуацию усугубляют дополнительные указания закона, что лицензирование отдельных видов деятельности прекращается:

- со дня вступления в силу федерального закона, предусматривающего замену лицензирования отдельных видов деятельности обязательным страхованием гражданской ответственности;
- в силу федерального закона, предусматривающего установление аккредитации и (или) саморегулирования этого вида деятельности;
- со дня вступления в силу технического регламента, устанавливающего обязательные требования.

В итоге получается, что в соответствии с действующим законом (точно так же, как и ранее) составить перечень лицензируемых видов деятельности можно только на каждую конкретную дату.

И это с учетом того, что законодательство закрепляет общую идею и тенденцию создания одного исключительного перечня видов деятельности, подлежащих лицензированию! Так, закон устанавливает, что Правительство Российской Федерации предусматривает утверждение исчерпывающих перечней работ (услуг), составляющих конкретные виды деятельности, а также исчерпывающие перечни лицензионных требований и документов, представление которых необходимо для получения лицензии. Таким образом, при сокращении общего количества лицензируемых видов деятельности расширяется возможность выбора хозяйствующим субъектом конкретных работ и услуг, которые он планирует осуществлять при получении лицензии. Соответственно, сокращаются его издержки, связанные с необходимостью получения нескольких лицензий и выполнения всего комплекса лицензионных требований, предъявляемых к виду деятельности в целом.

Однако практика показала, что эта общая идея плохо реализуется в российской теории и практике. На наш взгляд, одной из причин такого состояния является теоретическая неразработанность понятия «вид деятельности». Несмотря на то что указанное понятие включено в название закона, оно не находит своего содержательного определения в этом законе. Определение, данное в п. 3 ст. 4, может рассматриваться как образец полного отсутствия содержания и в таком своем изложении недостойно даже критики. Напомним, там сказано, что *лицензируемый вид деятельности — это вид деятельности, на осуществление которого на территории Российской Федерации требуется получение лицензии.*

2. Понятие вида деятельности и предмета лицензирования

Понятие «вид деятельности» в современном российском праве оказалось одной из самых употребляемых и самой неразработанной категорией. Прежде всего следует отметить, что современное российское законодательство, то ли вследствие небрежности, то ли в результате отсутствия опыта такого регулирования применительно к юридическим лицам, включило ссылку на вид деятельности в понятие правоспособности (ст. 49 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)). Этот вывод следует из простого сопоставления названия статьи «Правоспособность юридического лица» и ее текста, в котором наряду с иными проблемами речь идет и о лицензировании отдельных видов деятельности. Применительно к гражданскому законодательству проблема состоит в том, что содержание поня-

тия «вид деятельности» не получило в дальнейшем ни развития, ни определения. ГК РФ установил, что отдельными видами деятельности можно заниматься на основании лицензии, но что такое вид деятельности, сколько таких видов деятельности может быть и как эти виды соотносятся с правоспособностью юридического лица — осталось за пределами гражданско-правового регулирования.

Дело в том что вид деятельности — это определенная часть экономической активности, фактические действия, совершаемые хозяйствующим субъектом по поводу конкретных объектов гражданского оборота. В отличие от этого правоспособность есть способность приобретать права и обязанности. Иными словами, вид деятельности — это строительство домов, железнодорожная перевозка, производство обуви или иных товаров, т.е. фактическое содержание того, что делает предприниматель. Отдельные виды деятельности осуществлялись и будут осуществляться независимо от того, урегулировано это законом или нет и насколько адекватным и эффективным будет такое регулирование. По существу вид деятельности — это не правовое, а экономическое понятие, поскольку перечень видов деятельности является практически перечнем отраслей экономики, или (как обозначали раньше) отраслей народного хозяйства. Более того, в силу экономического характера данного понятия невозможно представить себе сколько-нибудь полный перечень видов деятельности, хотя попытки их систематизации предпринимаются постоянно и столь же безуспешно.

Этот краткий обзор оставляет открытым вопрос, существует ли правовое содержание у понятия «вид деятельности». В поисках юридического смысла данного понятия первое, на что следует обратить внимание, — содержание и признаки самого понятия «деятельность».

В правоведении при широком употреблении названного термина практически нет сколько-нибудь состоятельного его определения. Даже в тех случаях, когда речь идет о регулировании конкретных видов деятельности (например, банковской, инвестиционной, биржевой), законодатель дает только общее описание этого феномена, а не его понятие. В лучшем случае, в частности применительно к банковской деятельности, закон дает перечень операций, которые образуют эту самую деятельность. Хотя и здесь остается немало вопросов о содержании самой деятельности. Скажем, обязан ли каждый банк совершать все виды операций, чтобы считаться банком, или только три их вида, образующих конституирующее понятие банка?

В то же время практика в последнее время все чаще сталкивается с необходимостью разграничения понятий «действие» и «деятельность». Так, необходимость определения деятельности через признак систематичности подчеркивали судебные органы. Верховный суд Российской Федерации в Постановлении от 30 июня 2006 г. по делу № 53-ад06-2 отметил, что отдельные случаи продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг лицом, не зарегистрированным в качестве индивидуального предпринимателя, не образуют состав административного правонарушения при условии, если количество товара, его ассортимент, объемы выполненных работ, оказанных услуг и другие обстоятельства не свидетельствуют о том, что данная деятельность была направлена на систематическое получение прибыли.

Дальнейшее исследование понятия «деятельность» в юриспруденции наталкивается на то, что в современном российском праве нет ни самой дефиниции, ни правил формирования понятия «деятельность». Более того, некоторые авторы счи-

тают данный признак надуманным, что означает непонимание проблем разграничения правовой квалификации отдельных действий и их совокупности, например в случаях привлечения к ответственности определенных субъектов³.

Поэтому необходимо пользоваться философским и экономическим понятиями деятельности как базовыми, с тем чтобы в дальнейшем сформулировать правовое понятие. В соответствии с рядом высказываний можно представить, например, предпринимательскую деятельность как совокупность постоянно или систематически осуществляемых действий по производству и реализации на рынке материальных и нематериальных благ, по выполнению работ или оказанию услуг и использованию имущества.

Из изложенного можно сделать вывод, что с правовой точки зрения деятельность всегда предполагает длительность и постоянство осуществления отдельных видов действий, которые в совокупности позволяют достичь поставленной цели — получения прибыли.

На наш взгляд, понятие «вид деятельности» можно юридизировать за счет нескольких юридико-технических приемов, используемых в соответствии с целями права и социально-экономического назначения правовых норм. В таком качестве могут быть рассмотрены:

- определение круга объектов прав, которые могут находиться в ведении хозяйствующего или иного субъекта;
- ограничение характера и видов сделок и договоров, которые данный субъект может совершать;
- определение пределов свободы воли субъекта в части выбора отдельных видов деятельности.

Из этих теоретических положений следует вывод, что лицензированию подлежат не отдельные операции, а их совокупность, образующая понятие «вид деятельности». В содержание лицензируемой деятельности должны включаться все необходимые для ее осуществления действия, договоры, сделки. Противоположный вывод приведет к тому, что на один и тот же вид деятельности нужно будет получать несколько видов лицензий.

3. Практические проблемы реализации

Для того чтобы приведенные суждения не казались только теоретическими положениями, обратимся к практике реализации требования о лицензировании на одном из актуальных судебных примеров. Речь идет о лицензировании розничной продажи алкогольной и спиртосодержащей продукции магазинами беспрошпальной торговли.

ООО «АэроТрейдСервис» (далее — Общество) обратилось в Арбитражный суд г. Москвы с заявлением о признании незаконными писем Федеральной службы по регулированию алкогольного рынка, к которому Общество обратилось с просьбой дать разъяснение по поводу лицензирования розничной продажи алкоголя. Росалкогольрегулирование, рассмотрев обращение Общества, сообщило о том, что закупка по импорту алкогольной продукции для ее последующей реализации долж-

³ См.: Коммерческое право: учеб. / под ред. В.Ф. Попондопуло и В.Ф. Яковлевой. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2002. С. 14.

на осуществляться с соблюдением требований федерального закона от 22 ноября 1995 г. № 171-ФЗ при наличии лицензии, предоставляющей право осуществления деятельности по закупке, хранению и поставкам алкогольной продукции.

По мнению Общества, закупка алкогольной продукции по импорту для последующей реализации в розничной сети через магазины беспошлинной торговли не подлежит лицензированию для закупки, хранения и поставки алкогольной и спиртосодержащей продукции. Общество считает, что деятельность магазинов беспошлинной торговли регулируется таможенным законодательством Таможенного союза и Российской Федерации, а органом, регулирующим ввоз в Российскую Федерацию алкогольной продукции, является ФТС России. Все арбитражные суды отказали Обществу в удовлетворении его требований. Отказывая в удовлетворении заявленного требования, суды исходили из того, что содержащееся в оспариваемом письме разъяснение законодательства соответствует его положениям; письмо от 14 октября 2010 г. носит информационный характер и не содержит положений властно-административного характера⁴.

Но вопрос здесь не в характере актов Росалкогольрегулирования, а в том, что в розничной торговле алкоголем в магазинах беспошлинной торговли подлежит лицензированию или что образует понятие «вид деятельности» применительно к розничной торговле.

4. Понятие розничной торговли и ее соотношение с иными видами деятельности

Для ответа на этот вопроса нужно прежде всего обратиться к тексту Федерального закона от 28 декабря 2009 г. № 381-ФЗ «Об основах государственного регулирования торговой деятельности в Российской Федерации». Закон дает несколько ведущих понятий, которые необходимо рассматривать в совокупности:

- торговая деятельность — вид предпринимательской деятельности, связанный с приобретением и продажей товаров;
- оптовая торговля — вид торговой деятельности, связанный с приобретением и продажей товаров для использования их в предпринимательской деятельности (в том числе перепродажи) или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним или иным подобным использованием;
- розничная торговля — вид торговой деятельности, связанный с приобретением и продажей товаров для использования их в личных, семейных, домашних и иных целях, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности

Как видим, понятие торговли, отличаясь по целям, в любом случае включает в себя приобретение и продажу. Иначе и быть не может, поскольку невозможно представить розничную продажу товаров без их предварительного приобретения. Причем если речь идет о деятельности, то приниматься во внимание должны все виды действий и операций, необходимых для ее осуществления.

К сожалению, российская практика знает немало случаев, когда отдельные виды деятельности дробились на более мелкие операции. При этом осуществляющему их субъекту предлагалось получать несколько лицензий. Так было с ремонтом ав-

⁴ См.: Определение ВАС РФ от 3 июля 2012 г. № ВАС-8530/12.

томобилей, когда для каждого отдельного вида работ устанавливалось требование получения лицензий. Аналогичные требования были в строительных работах, когда строительство делилось на несколько видов операций. Всю эту практику следует считать незаконной, но нетрудно заметить, что под тем или иным видом эта практика стремится вернуться и завоевать свое место под солнцем.

Применительно к розничной продаже алкоголя магазинами беспощинной торговли нужно сопоставить этот вид торговой деятельности с видами лицензий, которые предусмотрены законом о государственном регулировании оборота алкогольной продукции. В соответствии со ст. 18 этого закона лицензии выдаются на осуществление следующих видов деятельности:

- производство, хранение и поставки произведенного этилового спирта, в том числе денатурата;
- производство, хранение и поставки произведенной алкогольной и спиртосодержащей пищевой продукции;
- хранение этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей пищевой продукции;
- закупка, хранение и поставки алкогольной и спиртосодержащей продукции;
- производство, хранение и поставки спиртосодержащей непищевой продукции;
- розничная продажа алкогольной продукции.

Далее указанный закон предусматривает, что лицензированию подлежат производство и оборот произведенных этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции по каждому поставляемому или поступающему в розничную продажу виду произведенной продукции, выделяя пищевые и непищевые товары, требуя определенных условий выдачи лицензии и распределяя полномочия по ее выдаче. Отдельно указано, что лицензии на розничную продажу алкогольной продукции выдаются органами исполнительной власти субъектов Российской Федерации. Полномочия на лицензирование розничной продажи алкогольной продукции могут быть переданы субъектом Российской Федерации органам местного самоуправления.

Указанные формулировки закона нуждаются в толковании и сравнении. Обратимся для этого прежде всего к филологическому толкованию. В наименованиях всех лицензий на отдельные виды деятельности употребляется союз «и», который, как известно, является соединительным. Это означает, что лицензия выдается одновременно на все виды операций, указанных в том или ином пункте. Например, если речь идет о закупке, то она является элементом оптовой торговли и соединена с такими операциями, как хранение и поставка. В ином смысле получение лицензии только на одну операцию лишено смысла. Трудно себе представить ситуацию, при которой хозяйствующий субъект получает лицензию только на закупку и больше ничего не делает.

Иначе вопрос необходимо решать при рассмотрении деятельности по хранению алкогольной продукции. Хранение алкогольной продукции подлежит лицензированию, если оно осуществляется как самостоятельный вид деятельности. Поэтому если хранение алкогольной продукции является неотъемлемой частью деятельности по розничной продаже указанной продукции, на такое хранение не требуется получения самостоятельной лицензии.

Данный вывод подтверждается Постановлением Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 23 мая 2001 г. № 14пв-2001, в котором отмечено

следующее: «Из смысла положений статьи 18 Федерального закона от 22 ноября 1995 года № 171-ФЗ (ред. от 07.01.1999), регулирующей подлежащие лицензированию виды деятельности, следует, что хранение алкогольной продукции подлежит лицензированию, если оно осуществляется как самостоятельный вид деятельности... Из материалов дела следует, что основным видом хозяйственной уставной деятельности ООО «Ронк» является торговля алкогольной продукцией. Хранение алкогольной продукции к предмету предпринимательской деятельности общества не относится. Судебная коллегия по гражданским делам Магаданского областного суда пришла к правильному выводу о том, что хранением алкогольной продукции как самостоятельным видом лицензионной деятельности ООО «Ронк» не занимался». В данном случае хранение алкогольной продукции являлось неотъемлемой частью деятельности по розничной продаже. На такое хранение отдельной лицензии не требовалось».

Кроме того, если попытаться толковать закон от противного и исходить из того, что на каждое действие (подчеркнем — не вид деятельности, а именно *действие*) необходима лицензия, то в условиях получения лицензии на розничную продажу, которые установлены актами субъектов Российской Федерации, должно было бы быть наличие лицензии на закупку, без которой осуществление продажи невозможно, а также на хранение. Но, как известно, в региональных правилах лицензирования розничной продажи здравого смысла нет и быть не может.

Если предположить, что при розничной продаже необходима лицензия на закупку, то получится, что один и тот же вид деятельности — розничная торговля — обеспечивается двумя или даже тремя видами лицензий, учитывая хранение, да еще и выдаваемыми на разных уровнях (федеральном и субъектов Российской Федерации).

Следовательно, лицензированию подлежат виды деятельности, а не отдельные операции. Понятие «розничная продажа» является синонимом розничной торговли и включает в себя как собственно продажу, так и приобретение продаваемых товаров. Конечно, в данном случае, скорее всего, можно говорить об ошибке законодателя. Следовало в последнем пункте наименований лицензий указать «приобретение и розничная продажа» или «розничная торговля». Но ошибки законодателя ни в какой системе рассуждений не могут рассматриваться как основание для бессмысленного и одиозного толкования правовых норм в противоречии с значением права.

5. Правовой режим беспошлинной торговли

Для решения вопроса о необходимости лицензировать тот или иной вид деятельности в целом и розничную торговлю алкоголем магазинами беспошлинной торговли в частности необходимо уяснить ее правовой режим. В соответствии со ст. 302 Таможенного кодекса Таможенного союза (далее — ТК ТС) беспошлинная торговля — это таможенная процедура, при которой товары реализуются в розницу в магазинах беспошлинной торговли физическим лицам, выезжающим с таможенной территории Таможенного союза, либо иностранным дипломатическим представительствам, приравненным к ним представительствам международных организаций, консульским учреждениям, а также дипломатическим агентам, консульским должностным лицам и членам их семей, которые проживают вместе с

ними, без уплаты таможенных пошлин, налогов и без применения мер нетарифного регулирования.

В этом легальном определении чрезвычайно важным является то, что магазины беспошлинной торговли осуществляют эту деятельность:

- как таможенную процедуру;
- продают товары для вывоза за пределы таможенной территории;
- осуществляют продажу без уплаты таможенных пошлин и налогов;
- к данной процедуре не применяются меры нетарифного регулирования.

Под таможенную процедуру беспошлинной торговли могут помещаться любые товары, за исключением товаров, запрещенных к ввозу на таможенную территорию Таможенного союза, вывозу за пределы таможенной территории Таможенного союза, а также товаров, запрещенных к обороту на территориях государств — членов Таможенного союза. Товары Таможенного союза помещаются под таможенную процедуру беспошлинной торговли путем подачи таможенной декларации.

Требования к магазину беспошлинной торговли определяются на национальном уровне и касаются:

- порядка функционирования магазинов беспошлинной торговли;
- требований к расположению, обустройству, оборудованию магазинов беспошлинной торговли;
- правил реализации товаров в магазинах беспошлинной торговли;
- порядка ведения учета и предоставления отчетности в отношении товаров, помещенных под таможенную процедуру беспошлинной торговли.

Федеральный закон от 27 ноября 2010 г. № 311-ФЗ «О таможенном регулировании в Российской Федерации» установил довольно жесткие требования к обустройству, оборудованию и месту расположения магазина беспошлинной торговли:

1) помещения магазина беспошлинной торговли могут состоять из торговых залов, подсобных помещений, складов. Указанные помещения должны быть оборудованы таким образом, чтобы обеспечить продажу товаров исключительно в торговых залах магазина беспошлинной торговли, сохранность товаров и возможность проведения в отношении них таможенного контроля;

2) подсобные помещения и склад магазина беспошлинной торговли должны быть обустроены и оборудованы таким образом, чтобы исключить доступ к находящимся в этих помещениях товарам посторонних лиц, а также обеспечить возможность наложения на указанные помещения средств таможенной идентификации;

3) к обустройству, оборудованию и месту расположения магазина беспошлинной торговли также предъявляются специальные требования, анализ которых не входит в предмет настоящей статьи.

Достаточно зафиксировать, что в целом правовой режим торговой деятельности магазинов беспошлинной торговли определяется специальными нормативными актами. При этом следует еще раз подчеркнуть, что приобретение товаров магазинами беспошлинной торговли осуществляется за пределами Российской Федерации и указанные товары во внутреннем обороте также не участвуют, поскольку вывозятся гражданами.

Завершается таможенная процедура беспошлинной торговли реализацией товаров, помещенных под эту таможенную процедуру, в розницу в магазинах беспошлинной торговли указанным лицам либо помещением этих товаров под иные

таможенные процедуры. В случае прекращения деятельности магазина беспошлинной торговли товары, помещенные под таможенную процедуру беспошлинной торговли, подлежат помещению под иную таможенную процедуру в течение одного месяца со дня, следующего за днем прекращения деятельности указанного магазина.

Как видим, в отношении магазинов беспошлинной торговли осуществляется довольно серьезный и практически сплошной таможенный контроль, который обеспечивает как интересы государства, так и потребителей. Этот контроль является более чем достаточным, но может возникнуть вопрос о соотношении разных видов контроля и лицензирования.

6. Соотношение лицензирования и иных видов контроля. Таможенный контроль

Вынесенную в подзаголовок тему следует, на наш взгляд, предварить несколькими теоретическими положениями. Они состоят в том, что современное российское законодательство, являясь довольно динамичным социальным явлением, на протяжении последних 10 лет развивается в направлении снижения административных барьеров для бизнеса. Это четко зафиксировано в Концепции снижения административных барьеров и повышения доступности государственных и муниципальных услуг на 2011–2013 гг., утвержденной распоряжением Правительства Российской Федерации от 10 июня 2011 г. № 1021-р. Здесь прямо сказано, что лицензирование, являясь самым формализованным и наиболее жестким механизмом государственного регулирования, связанным с допуском предпринимателей к осуществлению различных видов деятельности, должно применяться только в тех случаях, когда невозможно в силу разных причин выделить определенные качества субъекта или объекта, в результате чего появляется риск нанесения ущерба при осуществлении деятельности широкому кругу третьих лиц.

В случае если такого механизма государственного регулирования не требуется, необходимо перейти к иным формам регулирования. В соответствии с этой тенденцией и задачей закон о лицензировании отдельных видов деятельности (п. 3 ст. 2) предусматривает, что лицензирование необходимо тогда, когда регулирование не может осуществляться иными методами, кроме как лицензированием.

Для теоретического и практического решения этого вопроса необходимо обратиться к проблеме определения компетенции органов исполнительной власти, а точнее к ее распределению. Этот вопрос давно и достаточно подробно обсуждается в российской юридической литературе. Очень остро он стоит и на практике, особенно в сфере государственного контроля. Здесь неоднократно фиксировалось дублирование одних и тех же функций, параллельное осуществление одной и той же деятельности. При этом очень часто возникают непримиримые споры между органами исполнительной власти.

Для понимания сути спора о компетенции между органами власти, как справедливо отмечает К.Б. Власова, необходимо определить, что представляет собой компетенция, какие элементы входят в содержание данного понятия⁵. Дело в том

⁵ См.: Власова К.Б. Споры о компетенции между органами публичной власти // Конституционное и муниципальное право. 2011. № 3. С. 47.

что законодательство Российской Федерации не содержит в себе легального определения компетенции. Ранее такое определение было в законе от 24 июня 1999 г. «О принципах и порядке разграничения предметов ведения полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъектов». В теории часто принимается определение, предложенное Ю.А. Тихомировым: «компетенция есть комплекс легально установленных способов осуществления публичных функций»⁶.

Не вдаваясь в сколько-нибудь серьезный анализ теории компетенции, хотелось бы отметить, что применительно к лицензированию вопрос о надлежащем субъекте является чрезвычайно важным. Теоретически решение этого вопроса является производным от определения компетенции того или иного органа. Для такого решения также важно подчеркнуть, что недопустимым является двойной контроль одной и той же деятельности. Если для органов власти это приводит только к спору между ними, то для хозяйствующего субъекта означает дополнительные существенные издержки, непроизводственные затраты и замедление экономического оборота.

При этом споры о компетенции между органами публичной власти давно уже стали неотъемлемой частью российской действительности. Более того, немалая часть юридических противоречий, возникающих в нашем обществе, обусловлена именно нарушениями органами власти своей компетенции⁷. Как отмечает П.В. Лазарев, «такие споры могут быть связаны с вторжением одного органа в компетенцию другого, присвоением чужих полномочий посредством издания акта (нормативного или правоприменительного) или совершения действия правового характера, с уклонением органа от осуществления собственной компетенции или игнорированием компетенции другого органа при решении вопроса совместного ведения»⁸.

Применительно к работе магазинов беспощинной торговли следует отметить, что вся их деятельность находится под постоянным таможенным контролем. Нужно иметь в виду, что и закон о госрегулировании признает приоритет таможенного законодательства. Так, ст. 13 Федерального закона от 22 ноября 1995 г. № 171-ФЗ «О государственном регулировании производства и оборота этилового спирта, алкогольной и спиртосодержащей продукции и об ограничении потребления (распития) алкогольной продукции», посвященная регулированию экспорта и импорта алкогольной продукции, прямо устанавливает, что вывоз из Российской Федерации или ввоз в Российскую Федерацию алкогольной продукции осуществляется организациями в порядке, установленном таможенным законодательством Таможенного союза и (или) законодательством Российской Федерации о таможенном деле, с соблюдением требований, предусмотренных указанным федеральным законом. Можно предположить, что именно по причине наличия таможенного контроля в ранее действовавшем таможенном законодательстве лицензирование импорта было отменено, а современное законодательство такого лицензирования не предусматривает.

⁶ Тихомиров Ю.А. Теория компетенции. М., 2001. С. 55.

⁷ См.: Власова К.Б. Указ. соч.

⁸ Комментарий к Конституции Российской Федерации / общ. ред. Ю.В. Кудрявцева. М., 1996. С. 503.

Согласно ст. 100 ТК ТС таможенный контроль осуществляется при обороте товаров, ввезенных на таможенную территорию Таможенного союза, в целях проверки сведений, подтверждающих факт выпуска таких товаров в соответствии с требованиями и условиями таможенного законодательства Таможенного союза, в том числе проверки наличия на товарах маркировки или иных идентификационных знаков, используемых для подтверждения легальности ввоза товаров на таможенную территорию Таможенного союза. К тому же нужно учесть, что при проведении таможенного контроля таможенные органы имеют право получать значительный объем информации как о товарах, перемещаемых через таможенную границу, так и о лицах, осуществляющих такое перемещение (ст. 106 ТК ТС).

В связи с этим может возникнуть вопрос о необходимости защиты прав потребителей при беспошлинной торговле. Действительно, потребительское законодательство предусматривает ряд мер, гарантирующих права потребителей при приобретении товаров. Но поскольку права потребителя могут быть нарушены и при беспошлинной торговле, то для решения вопроса о взаимодействии государственных органов и общественных организаций в этой сфере следует использовать ст. 103 ТК ТС. Она предусматривает возможность взаимодействия между таможенными органами и контролирующими государственными органами на таможенной границе. Здесь сказано, что при проведении таможенного контроля товаров, перемещаемых через таможенную границу и подлежащих контролю другими контролирующими государственными органами, таможенные органы обеспечивают общую координацию таких действий и их одновременное проведение в порядке, определяемом законодательством государств — членов Таможенного союза. В целях повышения эффективности таможенного контроля товаров, перемещаемых через таможенную границу, таможенные органы и контролирующие государственные органы обмениваются информацией (сведениями) и (или) документами, необходимыми для проведения таможенного и иных видов государственного контроля, с использованием информационных систем и технологий.

Иное с учетом режима территории, на которой осуществляется беспошлинная торговля, трудно было бы себе представить, поскольку свободный доступ на эту территорию невозможен и осуществлять какой-либо еще контроль, кроме таможенного, на данной территории также невозможно. Следовательно, если таможенные органы обнаружат нарушения, затрагивающие компетенцию других государственных органов, они вправе направить соответствующие документы компетентному государственному органу.

Кроме того, нужно принять во внимание, что владельцы магазинов беспошлинной торговли, являясь участниками внешнеэкономической деятельности, не ввозят приобретаемые товары во внутренний оборот Российской Федерации и, как правило, не приобретают товары на внутреннем российском рынке. Иными словами, их деятельность не влияет на состояние товарного рынка, цены и прочие его параметры. Эти товары находятся за пределами таможенной территории Российской Федерации и не участвуют во внутреннем обороте на территории Российской Федерации. Товары, реализуемые в магазинах беспошлинной торговли, находятся под постоянным таможенным контролем, который в состоянии обеспечить решение всех задач, связанных с государственным контролем. Закон о госрегулировании алкогольной продукции в нескольких случаях подчеркивает, что он регулирует

внутренний товарный оборот, указывая на исключения операций, связанных с импортной торговлей.

Следовательно, в случае розничной продажи алкогольной продукции в магазинах беспошлинной торговли имеет место двойной государственный контроль, что является избыточным, затратным и неэффективным. Применение к этим отношениям закона о государственном регулировании оборота алкогольной продукции неправомерно, поскольку порождает излишний контроль.

С учетом изложенного можно по поводу режима беспошлинной торговли сформулировать вывод, что беспошлинная торговля является постоянно осуществляемой деятельностью, состоящей из приобретения и продажи товаров. Розничная продажа товаров без их приобретения невозможна как вид деятельности. Она является одной из таможенных процедур, которая полностью контролируется таможенными органами. Никаких дополнительных мер государственного воздействия в данном случае не требуется. Более того, умножение форм контроля за деятельностью магазинов беспошлинной торговли приводит к излишней трате государственных средств, конкуренции видов контроля и создает нестабильность и непредсказуемость в экономическом обороте.

7. Теоретические выводы, имеющие практическое содержание

Все вышеизложенное позволяет сформулировать два принципиально важных теоретических вывода, которые могут предопределить решение практических задач.

1. В соответствии с общей моделью лицензирования и содержанием деятельности в определенной сфере лицензированию подлежит только такой вид деятельности, которые не охвачен, не перекрывается иными формами контроля; следовательно, не следует требовать не только получения лицензии на закупку, хранение и поставку алкоголя, но даже и на розничную торговлю; лицензирование в сфере беспошлинной торговли является в принципе излишним механизмом, влекущим необоснованные затраты сил и средств и ограничение прав предпринимателей.

2. В любом случае нельзя лицензировать часть деятельности или требовать несколько лицензий на осуществление одного и того же вида деятельности; поэтому предъявление требований о получении дополнительных лицензий, например на приобретение или хранение алкоголя, является формированием дополнительных административных барьеров для осуществления предпринимательской деятельности, что противоречит принятым Правительством Российской Федерации нормативным правовым актам.

Алексеевская Е.И.

ведущий научный сотрудник
Института проблем
правового регулирования
Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики», кандидат
юридических наук

Гутникова А.С.

директор Института проблем
правового регулирования
Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики», кандидат
юридических наук

Комментарий к Постановлению Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей»

В статье прокомментировано Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей». Авторами рассматриваются новеллы толкования законодательства о защите прав потребителей высшим судебным органом в системе судов общей юрисдикции, а также приводятся пояснения к отдельным положениям комментируемого постановления, которые не были в достаточной степени обоснованы при разъяснении вопросов правильного уяснения и применения закона Российской Федерации «О защите прав потребителей».

Ключевые слова: потребитель, услуга, товар, изготовитель, исполнитель, продавец, претензии, иски.

Институт проблем правового регулирования Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» принимал участие в рабочей группе по подготовке Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 28 июня 2012 г. № 17 «О рассмотрении судами гражданских дел по спорам о защите прав потребителей» (далее — Постановление). Принятое Постановление восприняло положения прежнего Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 сентября 1994 г. № 7 «О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей», а также включило в свое содержание новые разъяснения вопросов судебной защиты прав потребителей. К сожалению, часть

разъяснений не вошла в комментируемое Постановление, в связи с чем возникает необходимость прокомментировать его новые положения, а также восполнить некоторые пробелы в обосновании правовой позиции по отдельным положениям правильного уяснения и применения закона Российской Федерации «О защите прав потребителей».

Прежде чем приступить к освещению обозначенных положений Постановления, полагаем возможным подчеркнуть его весьма удачную структуру, которая состоит из ряда тематических разделов: «Отношения, регулируемые законодательством о защите прав потребителей», «Существенный недостаток товара (работы, услуги), недостаток технически сложного товара», «Процессуальные особенности рассмотрения дел о защите прав потребителей», «Способы защиты и восстановления нарушенных прав потребителей». Такое изложение разъяснений Верховного Суда Российской Федерации по вопросам судебной защиты прав потребителей не только позволяет хорошо ориентироваться в содержании комментируемого Постановления, но и способствует единообразному уяснению правоположений, что в конечном результате обеспечивает единство судебной практики.

Первый раздел Постановления «Отношения, регулируемые законодательством о защите прав потребителей» содержит общие положения. В нем Пленум Верховного Суда Российской Федерации напоминает нижестоящим судам, что отношения, одной из сторон которых выступает гражданин, использующий, приобретающий, заказывающий либо имеющий намерение приобрести или заказать товары (работы, услуги) исключительно для личных, семейных, домашних, бытовых и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, являются отношениями, регулируемыми Гражданским кодексом Российской Федерации (далее — ГК РФ), законом Российской Федерации «О защите прав потребителей» (далее — Закон о защите прав потребителей), другими федеральными законами и принимаемыми в соответствии с ними иными нормативными правовыми актами Российской Федерации. К числу последних следует отнести специальные законы, принятые для регулирования отношений с потребителями и содержащие нормы гражданского права, например об участии в долевом строительстве, о личном и имущественном страховании, энергоснабжении и т.д.

Закон о защите прав потребителей применяется в части, не урегулированной специальными законами.

Комментируемое Постановление значительно расширило круг лиц, на отношения с которыми распространяется действие Закона о защите прав потребителей. Наряду с потребителем тем же объемом прав обладают граждане, которые имеют намерение возмездно заказать или приобрести либо заказывающие, приобретающие товары (работы, услуги), а также граждане, использующие приобретенные (заказанные) вследствие таких отношений товары (работы, услуги) на законном основании (члены семьи потребителя, а также наследник либо лицо, которому вещь была отчуждена впоследствии). К лицам, на отношения с которыми распространяется Закон о защите прав потребителей, относятся граждане, имеющие право на государственную социальную помощь и использующие товары или услуги, которые им предоставляются в рамках этой помощи, а также лица, получающие медицинские услуги, оказываемые медицинскими организациями по программам добровольного и обязательного медицинского страхования.

Таким образом, потребителем является не только лицо, которое приобрело или заказало для себя товар (работу, услугу) исключительно для личных, семейных и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, но и лицо, не состоявшее с продавцом (изготовителем, исполнителем) в договорных отношениях.

Данный вывод основан на идее законодателя определить категорию «потребитель» по критерию целевого использования (а равно намерения приобрести, заказать) товара (работы, услуги) — некоммерческое использование, т.е. использование, не связанное с осуществлением предпринимательской деятельности (абз. 3 преамбулы Закона о защите прав потребителей).

Такое понимание отразилось и на изложении содержания иных понятий: «товар», «работа», «услуга», «финансовая услуга». В отношении понятия «финансовая услуга» следует заметить, что позитивным аспектом раскрываемого термина является его уточнение, которое указывает на случаи привлечения не только денежных средств потребителя, но и их эквивалентов. Такое уточнение не случайно, оно учитывает терминологию, используемую как в российском законодательстве, например в Налоговом кодексе Российской Федерации, федеральных законах «О национальной платежной системе», «О противодействии легализации (отмыванию) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма», так и в Международном стандарте финансовой отчетности (IAS) 7 «Отчет о движении денежных средств», а также практику реализации товаров (работ, услуг) с помощью накопительных систем (бонусов, баллов) продавцов, изготовителей, исполнителей.

Понятие «финансовая услуга», данное в Постановлении, существенно отличается от законодательных дефиниций финансовых услуг, что нельзя признать целесообразным. В частности, согласно ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции», финансовая услуга — это банковская услуга, страховая услуга, услуга на рынке ценных бумаг, услуга по договору лизинга, а также услуга, оказываемая финансовой организацией и связанная с привлечением и (или) размещением денежных средств юридических и физических лиц. Постановление сужает определение финансовой услуги до услуги, оказываемой физическому лицу в связи с предоставлением, привлечением и (или) размещением денежных средств и их эквивалентов, выступающих в качестве самостоятельных объектов гражданских прав (предоставление кредитов (займов), открытие и ведение текущих и иных банковских счетов, привлечение банковских вкладов (депозитов), обслуживание банковских карт, ломбардные операции и т.п.), не включая в число финансовых услуг страховые услуги, услуги на рынке ценных бумаг, услуги по договору лизинга, заказчиками которых достаточно часто выступают граждане-потребители.

Содержание термина «финансовая услуга» значительно шире, что отмечалось в юридической литературе¹. Поэтому приведенные в Постановлении примеры оказания финансовой услуги не являются исчерпывающими, а только иллюстрируют некоторые возможные варианты, которые необходимо иметь в виду при разрешении дел этой категории споров.

¹ См.: Защита прав потребителей финансовых услуг / отв. ред. Ю.Б. Фогельсон. М.: Норма, Инфра-М, 2010.

Новационным является положение п. 5 Постановления, согласно которому на отношения по приобретению товаров (работ, услуг) по возмездному договору, если цена в таком договоре не указана, распространяются положения Закона о защите прав потребителей. Данное положение сформулировано с учетом судебной практики и является последовательным с точки зрения доведения до нижестоящих судов правовой позиции, изложенной в Определении Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 1 ноября 2011 г. № 35-В11-6, а также в Обзоре Верховного Суда Российской Федерации по отдельным вопросам судебной практики о применении законодательства о защите прав потребителей при рассмотрении гражданских дел, утвержденном Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 1 февраля 2012 г. В определении сделан вывод, что если в договоре о предоставлении комплекса услуг по продаже и приобретению недвижимости, заключенном между гражданином и агентством недвижимости, отсутствует условие о стоимости услуг агентства, это не свидетельствует о недействительности такого договора, а лишь порождает у исполнителя право требовать от заказчика оплаты своих услуг согласно п. 3 ст. 424 ГК РФ.

В случаях, когда в возмездном договоре цена услуги не предусмотрена и не может быть определена, она должна быть оплачена исполнителю по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные товары, работы или услуги в месте исполнения. Следует отметить, что Постановление при определении термина «работа» несколько непоследовательно ограничивает данный термин только возмездными отношениями. На выполнение работ по гарантийному обслуживанию распространяется действие Закона о защите прав потребителей, о чем указано в Постановлении, однако в общей дефиниции работ возможность безвозмездного их выполнения по каким-то причинам отсутствует.

Одновременно Пленум Верховного Суда Российской Федерации уточнил, что на ряд общественных отношений не распространяется правовое регулирование Закона о защите прав потребителей. К числу таких общественных отношений относятся:

- отношения по совершению нотариусом нотариальных действий;
- отношения по оказанию профессиональной юридической помощи адвокатами;
- отношения граждан с товариществами собственников жилья, жилищно-строительными кооперативами, жилищными накопительными кооперативами, садоводческими, огородническими и дачными некоммерческими объединениями граждан, если эти отношения возникают в связи с членством граждан в этих организациях. При этом на отношения по поводу предоставления жилищно-строительными кооперативами, жилищными накопительными кооперативами, садоводческими, огородническими и дачными некоммерческими объединениями гражданам, в том числе и членам этих организаций, платных услуг (работ) распространяется Закон о защите прав потребителей.

Полагаем, было бы логично дополнить это разъяснение указанием, что на отношения, вытекающие из предоставления публичных услуг органами исполнительной власти и органами местного самоуправления населению, не распространяются положения Закона о защите прав потребителей.

Отношения, связанные с оказанием публичных услуг органами исполнительной власти и органами местного самоуправления, регулируются публичным пра-

вом, в основу которого положен императивный метод. Именно он предопределяет природу этих общественных отношений, властеотношений, которая не допускает равенства субъектов, поэтому Закон о защите прав потребителей не распространяется на названные общественные отношения.

Отношения по совершению нотариусом нотариальных действий также не подпадают под действие Закона о защите прав потребителей, поскольку защита прав и законных интересов граждан посредством совершения нотариусами предусмотренных законодательными актами нотариальных действий от имени Российской Федерации также является публичной функцией. Следует отметить, что лишь нотариальные действия, оплачиваемые по ставкам государственной пошлины, установленные ст. 333²⁴ Налогового кодекса Российской Федерации, и по размерам нотариального тарифа, предусмотренным ст. 22¹ Основ законодательства Российской Федерации о нотариате, не подпадают под действие Закона о защите прав потребителя. На иные действия нотариуса (например, техническая подготовка документа и взимание за нее платы) действие Закона о защите прав потребителя должно распространяться, тем более что злоупотребления в виде навязывания услуг гражданам совершаются нотариусами именно при совершении нотариальных действий за рамками установленных тарифов.

Однако это уточнение «выпало» из содержания Постановления, хотя его наличие способствовало бы правильному разрешению дел по спорам о защите прав потребителей судами общей юрисдикции. Особенно это представляется актуальным в преддверии введения в действие нового гражданского кодекса, предполагающего более широкое применение такого способа обеспечения прав граждан, как совершение нотариусами предусмотренных законодательными актами нотариальных действий, и, следовательно, возрастания числа случаев нарушения прав граждан.

Что касается отношений по оказанию профессиональной юридической помощи адвокатами, то они регулируются федеральным законом «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». Данное разъяснение является своевременным, поскольку на практике нередко возникают вопросы о возможности применения к этим отношениям Закона о защите прав потребителей в связи с тем, что ожидаемый гражданином результат не совпадает с имеющимся итогом. Поэтому граждане, полагая, что юридическая помощь была оказана некачественно, обращаются в суд с заявлением о применении мер ответственности, предусмотренных Законом о защите прав потребителей. Этот же вопрос возникает и в отношении лиц, не являющихся адвокатами, но представляющих интересы граждан в суде и в органах государственной власти по доверенности.

Отношения по оказанию юридической помощи возникают в связи с реализацией права на судебную защиту либо реализацией прав в органах государственной власти, органах местного самоуправления. Осуществление этих прав граждан в органах государственной власти регламентировано законодательством, поэтому оказание юридической помощи возможно только лишь по правилам, предписывающим совершение тех или иных действий в соответствующих органах власти. Поскольку общественные отношения по оказанию юридической помощи протекают во взаимосвязи с функционированием государственных институтов, то результат правовой помощи не может зависеть от желания (воли) гражданина, заключившего договор на оказание юридической помощи. Поэтому недостижение ожидаемого

гражданином результата юридической помощи не означает, что юридическая помощь была оказана некачественно. Эта же правовая позиция изложена в постановлениях Конституционного Суда Российской Федерации от 23 декабря 1997 г. № 21-П, от 23 февраля 1999 г. № 4-П, от 28 марта 2000 г. № 5-П, от 23 января 2007 г. № 1-П.

Однако представляется обоснованным применение Закона о защите прав потребителей к отношениям по оказанию юридической помощи в случаях, когда такой «помощник» нарушил правила совершения тех или иных действий в органах государственной власти (например, подал апелляционную жалобу с нарушением процессуального срока на ее подачу).

Также новым является положение Постановления, согласно которому к отношениям по приобретению товаров (работ, услуг) у граждан, осуществляющих предпринимательскую деятельность без образования юридического лица в нарушение требований действующего законодательства, применяется Закон о защите прав потребителей. Отсутствие статуса индивидуального предпринимателя не освобождает гражданина от ответственности, которая предусмотрена указанным законом. При этом он не вправе ссылаться на то, что не является предпринимателем.

Логика правоположения высшего судебного органа заключается в том, что правовые гарантии защиты прав потребителей обеспечиваются каждому физическому лицу независимо от того, обладает ли продавец (изготовитель, исполнитель) соответствующим статусом или нет. В противном случае восстановление нарушенного права потребителя зависело бы от соблюдения гражданином требований действующего законодательства по его регистрации в качестве индивидуального предпринимателя, что недопустимо в свете ст. 2, 18, 45, 46 Конституции Российской Федерации.

Следует отметить, что комментируемое положение учитывает данное ранее разъяснение Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (п. 13), согласно которому гражданин, занимающийся предпринимательской деятельностью, но не прошедший государственную регистрацию в качестве индивидуального предпринимателя, не приобретает в связи с занятием этой деятельностью статуса предпринимателя. Споры с участием таких лиц, в том числе связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, в соответствии со ст. 25 ГПК РСФСР подведомственны суду общей юрисдикции.

Данное положение сохраняет актуальность и при действии Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ).

Второй раздел Постановления разъясняет понятия «существенный недостаток товара (работы, услуги)», «недостаток технически сложного товара».

Закон о защите прав потребителей предусматривает различные последствия выявления существенных и несущественных недостатков товаров, работ и услуг, определение которых дано в его преамбуле. Существенный недостаток товара (работы, услуги) определяется как неустранимый недостаток или недостаток, который не может быть устранен без несоразмерных расходов или затрат времени, или выявляется неоднократно, или проявляется вновь после его устранения, или другие подобные недостатки. Закон о защите прав потребителей не содержит закрытого перечня существенных недостатков товаров, работ и услуг.

К числу положительных черт Постановления можно отнести четкое определение в п. 13 каждого вида существенных недостатков: неустранимых недостатков товара (работы, услуги), недостатков товара (работы, услуги), которые не могут быть устранены без несоразмерных расходов, недостатков товара (работы, услуги), которые не могут быть устранены без несоразмерной затраты времени, недостатки товара (работы, услуги), выявленные неоднократно. Четкое определение указанных видов существенных недостатков товара (работы, услуги) должно способствовать единообразному применению норм одного из самых важных разделов Закона о защите прав потребителей — о последствиях продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг ненадлежащего качества.

Однако закрытый перечень существенных недостатков, изложенный в п. 13 Постановления, может повлечь вынесение ошибочных судебных актов, которые не будут соответствовать букве и духу Закона о защите прав потребителей.

В п. 14 Постановления содержится определение недостатка технически сложного товара, наличие которого позволяет потребителю реализовать права, указанные в п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей. Под недостатком технически сложного товара, согласно Постановлению, понимаются различные недостатки товара, на устранение которых в совокупности затрачивается время, приводящее к невозможности использования товара (работы, услуги) более чем 30 дней в течение каждого года гарантийного срока.

На наш взгляд, подобную дефиницию нельзя признать удачной, так как не совсем понятно, каким образом возможно ее реализовать по правилам п. 1 ст. 18 Закона о защите прав потребителей. Согласно этому правилу в отношении технически сложного товара потребитель в случае обнаружения в нем недостатков вправе отказаться от исполнения договора купли-продажи и потребовать возврата уплаченной за такой товар суммы либо предъявить требование о его замене на товар этой же марки (модели, артикула) или на такой же товар другой марки (модели, артикула) с соответствующим перерасчетом покупной цены в течение 15 дней со дня передачи товара потребителю. По истечении этого срока указанные требования подлежат удовлетворению в одном из следующих случаев:

- обнаружение существенного недостатка товара;
- нарушение установленных указанным законом сроков устранения недостатков товара;
- невозможность использования товара в течение каждого года гарантийного срока в совокупности более чем 30 дней вследствие неоднократного устранения его различных недостатков.

Третий раздел Постановления «Процессуальные особенности рассмотрения дел о защите прав потребителей» разъясняет вопросы подведомственности и подсудности дел по спорам, связанным с нарушением прав потребителей, а также порядок обращения за судебной защитой. Следует отметить, что вопросы подведомственности дел являются одними из наиболее острых в судебной системе, поэтому уделенное им внимание вполне оправдано с точки зрения обеспечения прав потребителей правосудием и необходимости формирования единства судебной практики. Нарушение правил подсудности и подведомственности дел влечет вынесение незаконного решения как не соответствующего ч. 1 ст. 47 Конституции Российской Федерации.

С целью разграничения подведомственности дел по спорам, связанным с нарушением прав потребителей, Пленум Верховного Суда Российской Федерации указал, в каких именно случаях дело подлежит рассмотрению судом общей юрисдикции. Перечисление таких случаев предваряет неизменный постулат, что дела по искам, связанным с нарушением прав потребителей, в силу п. 1 ст. 11 ГК РФ, ст. 17 Закона о защите прав потребителей, ст. 5 и п. 1 ч. 1 ст. 22 ГПК РФ подведомственны судам общей юрисдикции. К числу таких случаев относятся:

- обращение гражданина, зарегистрированного в качестве индивидуального предпринимателя, в суд общей юрисдикции за защитой своих прав как потребителя по сделкам, заключенным с продавцом (исполнителем, изготовителем) при продаже товаров (выполнении работ, оказании услуг) исключительно для личных, семейных, домашних, бытовых и иных нужд, не связанных с осуществлением им предпринимательской деятельности;

- обращение гражданина к лицу, которое утратило статус индивидуального предпринимателя, с требованиями, связанными с осуществлявшейся им ранее деятельностью по продаже товара (выполнению работы, оказанию услуги) независимо от причин утраты этого статуса;

- обращение должностного лица уполномоченного органа с заявлением о ликвидации изготовителя (исполнителя, продавца, уполномоченной организации, импортера) либо о прекращении деятельности индивидуального предпринимателя (уполномоченного индивидуального предпринимателя) за неоднократное (два и более раза в течение одного календарного года) или грубое (повлекшее смерть или массовые заболевания, отравления людей) нарушение прав потребителей (подп. 7 п. 4 ст. 40 Закона о защите прав потребителей).

Вместе с тем Постановление не содержит указания на случаи, когда дело по спору, связанному с нарушением прав потребителей, подведомственно арбитражному суду. Несмотря на отсутствие соответствующего положения в Постановлении, полагаем возможным восполнить этот правовой пробел и привести пример, когда дело будет неподведомственно суду общей юрисдикции.

Так, принятие арбитражным судом решения о признании индивидуального предпринимателя или юридического лица, который является ответчиком по делу о защите прав потребителей, банкротом и об открытии конкурсного производства делает неподведомственным дело по спору, связанному с нарушением прав потребителя, суду общей юрисдикции. Если ответчик по делу признан арбитражным судом банкротом, суд общей юрисдикции в зависимости от стадии производства по делу вправе либо прекратить производство, либо оставить заявление потребителя без рассмотрения, поскольку после завершения конкурсного производства неудовлетворенные требования кредиторов юридического лица считаются погашенными, а индивидуальный предприниматель, признанный банкротом, после завершения расчетов с кредиторами освобождается от исполнения оставшихся обязательств, связанных с его предпринимательской деятельностью.

Исключение составляют иски о взыскании морального вреда, которые с учетом абз. 7 п. 1 ст. 126 федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» могут быть заявлены потребителем вне зависимости от признания банкротами индивидуального предпринимателя или юридического лица. До даты

принятия арбитражным судом соответствующего решения дело о защите прав потребителей подведомственно суду общей юрисдикции. Данный порядок является исключением из общего правила и обусловлен необходимостью обеспечить надлежащую правовую защиту прав потребителя, поскольку удовлетворение требований кредиторов, в том числе потребителя, осуществляется в особом порядке.

В комментируемом Постановлении Пленум Верховного Суда Российской Федерации (п. 23) напоминает о необходимости соблюдать обязательный претензионный порядок урегулирования спора, связанного с нарушением прав потребителя, в случаях неисполнения или ненадлежащего исполнения оператором связи обязательств, вытекающих из договора об оказании услуг связи (п. 4 ст. 55 федерального закона «О связи»), а также в связи с перевозкой пассажира, багажа, груза или в связи с буксировкой буксируемого объекта внутренним водным транспортом (п. 1 ст. 161 Кодекса внутреннего водного транспорта Российской Федерации). Несоблюдение данного правила является основанием для возвращения искового заявления по основаниям, предусмотренным п. 1 ч. 1 ст. 135 ГПК РФ.

Субъектом обращения в суд по делам о защите прав потребителей могут быть как граждане Российской Федерации, иностранные граждане и лица без гражданства, так и прокурор, федеральный орган исполнительной власти, уполномоченный осуществлять федеральный государственный надзор в области защиты прав потребителей, и его территориальные органы, а также иные органы в случаях, установленных законом (далее — уполномоченные органы), органы местного самоуправления, общественные объединения потребителей (их ассоциации, союзы), имеющие статус юридического лица.

Учитывая перечень субъектов обращения в суд по делам о защите прав потребителей, комментируемое Постановление разъясняет правила подсудности таких заявлений. Несмотря на то что в прежнем постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации содержались такие разъяснения в п. 6 и 6-1, комментируемое Постановление, сохраняя преемственность, указывает необходимость соблюдения правил подсудности в зависимости от субъекта обращения для защиты прав потребителя (потребителей) в суд с соответствующим заявлением.

Особое внимание в Постановлении уделяется праву потребителя на выбор суда, которое воспроизведено в ч. 2 ст. 7 Закона о защите прав потребителей и в ч. 7 и 10 ст. 29 ГПК РФ. Данное разъяснение учитывает практику как судов общей юрисдикции, так и арбитражных судов, рассматривающих, например, заявления банков, привлеченных к административной ответственности по ч. 2 ст. 14.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, на постановления управлений Федеральной службы по надзору в сфере защиты прав потребителей и благополучия человека. Так, в постановлении Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 5 мая 2010 г. по делу № А29-11859/2009 указано, что ограничение права потребителя определять подсудность спора по иску, вытекающему из нарушения его прав, обоснованно расценено судом апелляционной инстанции как ущемление прав потребителя (заемщика). Высший Арбитражный Суд Российской Федерации в постановлении от 2 марта 2010 г. № 7171/09 отметил, что включение в кредитный договор условия о подсудности спора на условиях банка нарушает установленные законом права потребителя и образует состав административного правонарушения, предусмотренного ч. 2 ст. 14.8 КоАП РФ.

На необходимость соблюдения права потребителя на выбор суда обращалось внимание в юридической литературе². В целях искоренения практики хозяйствующих субъектов включать в договоры с потребителями условия, изменяющие правила подсудности споров, Роспотребнадзор разработал законопроект, согласно которому запрещается включать в договоры, заключаемые с потребителями, условия, изменяющие установленные процессуальным законодательством специальные правила подсудности споров.

Полагаем, что внесение соответствующего дополнения в Закон о защите прав потребителей способствовало бы эффективной защите прав потребителей, а также, в свою очередь, снизило бы нагрузку на суды общей юрисдикции за счет уменьшения количества дел по искам потребителей, оспаривающих условия договоров, устанавливающих иную подсудность спора. Было бы правильным, если бы законопроект учитывал также случаи, когда продавцы или изготовители включают в договор с потребителем условие о рассмотрении спора третьей стороной, иногда ими самими же учрежденной. Такая ситуация анализировалась в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 26 мая 2011 г. № 10-П «По делу о проверке конституционности положений пункта 1 статьи 11 Гражданского кодекса Российской Федерации, пункта 2 статьи 1 Федерального закона «О третейских судах в Российской Федерации», статьи 28 Федерального закона «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним», пункта 1 статьи 33 и статьи 51 Федерального закона «Об ипотеке (залоге недвижимости)» в связи с запросом Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации».

Введение такого положения в Закон о защите прав потребителей соответствовало бы тенденциям развития гражданского права и международным стандартам защиты прав потребителей, например Директиве Совета ЕЭС о несправедливых условиях в договорах с потребителями от 5 апреля 1993 г., Директиве Европейского Парламента и Совета 2011/83/EU от 25 октября 2011 г.

Пункт 25 Постановления воспроизводит ранее сформулированное Верховным Судом Российской Федерации разъяснение, что заявления прокурора, уполномоченного органа, органа местного самоуправления, общественного объединения потребителей (их ассоциации, союза), имеющих статус юридического лица, о защите прав неопределенного круга потребителей рассматриваются судом с соблюдением общих правил подсудности, предусмотренных ст. 28 ГПК РФ, — по месту нахождения ответчика. На наш взгляд, в данном случае ст. 17 Закона о защите прав потребителей истолкована расширительно.

Согласно п. 2 ст. 17 Закона о защите прав потребителей иски о защите прав потребителей могут быть предъявлены по выбору истца в суд по месту:

- нахождения организации, а если ответчиком является индивидуальный предприниматель — его жительства;
- жительства или пребывания истца;
- заключения или исполнения договора.

Закон о защите прав потребителей нигде не устанавливает, что под истцом в ст. 17 понимаются только граждане-потребители, предъявляющие иск в защиту своих интересов.

² См.: Алексеевская Е.И. О некоторых вопросах судебной защиты прав потребителей банковских услуг // Комментарий судебной практики. Вып. 17 / под. ред. К.Б. Ярошенко. М.: Юридическая литература, 2012. С. 80–81.

В четвертом разделе Постановления изложены разъяснения относительно способов защиты и восстановления нарушенных прав потребителей. Пленум Верховного Суда Российской Федерации обращает внимание нижестоящих судов на то, что уровень правовых гарантий, закрепленных в Законе о защите прав потребителей, значительно выше, чем в иных нормативных правовых актах, принятых для регулирования отношений с потребителями, поэтому суду необходимо учитывать, какими именно нормами права потребитель обосновывает свои исковые требования (п. 30).

Данное разъяснение дано с учетом ч. 1 ст. 46 Конституции Российской Федерации, согласно которой каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод. Защита гражданских прав может осуществляться любыми способами, перечисленными в ст. 12 ГК РФ. Право выбора способа защиты прав принадлежит лицу и осуществляется им по его усмотрению. В зависимости от выбора потребителем средств защиты, предусмотренных ГК РФ, иными нормативными правовыми актами или Законом о защите прав потребителей, либо средств защиты, предусмотренных заключенным договором, зависит применение тех или иных мер ответственности. С учетом принципа диспозитивности условия ответственности изготовителя (исполнителя, продавца, уполномоченной организации или уполномоченного индивидуального предпринимателя, импортера), предусмотренные законом либо договором с потребителем, должны учитываться судом при разрешении спора, возникшего впоследствии между этими лицами.

В случае избрания потребителем в качестве способа защиты признания сделки либо ее части (условий договора) недействительной применяются положения ГК РФ, поскольку Закон о защите прав потребителей не содержит положений, устанавливающих правила и последствия признания договора или его части недействительным. При признании заключенного с потребителем договора или его части (условий) недействительными ответчик (исполнитель, продавец, уполномоченная организация или уполномоченный индивидуальный предприниматель, импортер) должен возратить потребителю все полученное по договору в натуре либо в части, признанной судом недействительной, а в случае невозможности возратить полученное в натуре — возместить его стоимость в деньгах в соответствии с п. 2 ст. 167 ГК РФ.

Поскольку в силу п. 1 ст. 167 ГК РФ условие договора является недействительным с даты заключения этого договора с потребителем, то проценты за пользование чужими денежными средствами в размере стоимости недействительного договора или его части (условия) должны исчисляться с даты заключения договора за весь период фактического пользования чужими денежными средствами ответчиком (изготовителем, исполнителем, импортером, продавцом), если потребитель предъявляет такое требование. В связи с этим было бы полезно напомнить судам общей юрисдикции, что если на день вынесения решения денежное обязательство не было исполнено должником, то в решении суда о взыскании с должника процентов за пользование чужими денежными средствами должны содержаться сведения о денежной сумме, на которую начислены проценты; дате, начиная с которой производится начисление процентов; размере процентов исходя из учетной ставки банковского процента на день предъявления иска или на день вынесения решения; указание, что проценты подлежат начислению по день фактической уплаты кредитором денежных

средств. При выборе соответствующей учетной ставки банковского процента целесообразно отдавать предпочтение той, которая наиболее близка по значению к учетным ставкам, существовавшим в течение периода пользования чужими денежными средствами. Если денежное обязательство исполнено должником до даты вынесения решения, то в решении суда следует указать подлежащие взысканию с должника проценты за пользование чужими денежными средствами в твердой сумме.

Если потребитель также заявил требования о взыскании неустойки, предусмотренной Законом о защите прав потребителей, то при разрешении дел по спорам, связанным с признанием недействительным договора или его части, с взысканием процентов за пользование чужими денежными средствами, судам необходимо определить, требует ли потребитель (истец) уплаты процентов за пользование чужими денежными средствами в связи с недействительностью договора или его части либо существо его требований составляет применение ответственности, предусмотренной законом.

Если потребитель избрал в качестве способа защиты своих прав возмещение убытков, взыскание неустойки или иной вид защиты, предусмотренный Законом о защите прав потребителей, то подлежат применению положения названного закона.

Убытки, причиненные потребителю в связи с нарушением изготовителем (исполнителем, продавцом, уполномоченной организацией или уполномоченным индивидуальным предпринимателем, импортером) его прав, подлежат возмещению в полном объеме с учетом ч. 5 ст. 28 Закона о защите прав потребителей. При этом следует иметь в виду, что убытки возмещаются сверх неустойки (пени), установленной законом или договором, а также что уплата неустойки и возмещение убытков не освобождают лицо, нарушившее право потребителя, от выполнения в натуре возложенных на него обязательств перед потребителем (п. 2, 3 ст. 13 Закона о защите прав потребителей).

В п. 32 комментируемого Постановления указано, как именно исчисляется неустойка за нарушение исполнителем, продавцом, уполномоченной организацией или уполномоченным индивидуальным предпринимателем, импортером тех или иных обязательств.

Важным и своевременным является разъяснение Пленума Верховного Суда Российской Федерации относительно правил применения ст. 333 и 395 ГК РФ. Так, п. 34 комментируемого Постановления предусматривает, что «применение статьи 333 ГК РФ по делам о защите прав потребителей возможно в исключительных случаях и по заявлению ответчика с обязательным указанием мотивов, по которым суд полагает, что уменьшение размера неустойки является допустимым».

Вместе с тем полагаем возможным обратить внимание на то, что требование ответчика о явной несоразмерности размера процентов за пользование чужими денежными средствами и снижении размера неустойки может быть заявлено исключительно при рассмотрении дела судом первой инстанции.

Суд апелляционной инстанции вправе решать вопрос о снижении размера неустойки или размера процентов за пользование чужими денежными средствами только лишь при рассмотрении дела по правилам суда первой инстанции и при соблюдении ответчиком условий ч. 2 ст. 322 ГПК РФ. С учетом положений ст. 390 ГПК РФ суд кассационной инстанции не вправе разрешать вопрос о снижении размера процентов за пользование чужими денежными средствами по просьбе ответчика.

Аналогичная правовая позиция изложена в п. 1 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22 декабря 2011 г. № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации».

В п. 31 Постановления указывается, что суд обязан при определении причиненных потребителю убытков исходить из цен, существующих в том месте, где должно было быть удовлетворено требование потребителя, на день вынесения решения, если Законом о защите прав потребителей или договором не предусмотрено иное, в соответствии с п. 3 ст. 393 ГК РФ. Данное разъяснение в части указания на принцип определения размера денежных сумм, подлежащих выплате одной из сторон заключенного с потребителем договора, сохраняет преемственность правовой позиции, изложенной в Определении Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации от 1 ноября 2011 г. № 35-В11-6, а также в Обзоре Верховного Суда Российской Федерации по отдельным вопросам судебной практики о применении законодательства о защите прав потребителей при рассмотрении гражданских дел, утвержденном Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 1 февраля 2012 г.

Аналогичная практика складывается и в системе арбитражных судов.

Что касается применения положений ст. 395 ГК РФ, то разъяснение абз. 2 п. 34 комментируемого Постановления обращает внимание судов на то, что в денежных обязательствах, возникших из гражданско-правовых договоров, предусматривающих обязанность должника произвести оплату товаров (работ, услуг) либо уплатить полученные на условиях возврата денежные средства, на просроченную уплатой сумму могут быть начислены проценты на основании ст. 395 ГК РФ. Неустойка за одно и то же нарушение денежного обязательства может быть взыскана одновременно с процентами, установленными данной нормой, только в том случае, если неустойка носит штрафной характер и подлежит взысканию помимо убытков, понесенных при неисполнении денежного обязательства.

Полагаем возможным обратить внимание судов, что при разрешении вопроса о снижении размера процентов за пользование чужими денежными средствами по заявлению ответчика следует учитывать, что полученные им (продавцом, изготовителем, исполнителем, уполномоченной организацией или уполномоченным индивидуальным предпринимателем, импортером) денежные средства по возмездному договору с потребителем при неисполнении или ненадлежащем исполнении своих обязательств позволяют ему неправомерно пользоваться чужими денежными средствами — денежными средствами потребителя (истца).

Аналогичная правовая позиция изложена в п. 2 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 22 декабря 2011 г. № 81 «О некоторых вопросах применения статьи 333 Гражданского кодекса Российской Федерации». В данной норме также указывается, что никто не вправе извлекать преимущества из своего незаконного поведения, условия такого пользования не могут более выгодными для должника, чем условия пользования денежными средствами, получаемыми участниками гражданского оборота правомерно.

Весьма важными разъяснениями представляются положения п. 44 Постановления относительно возмещения убытков, причиненных недостоверной или недостаточно полной информацией о товаре (работе, услуге). Пленум Верховного Суда

Российской Федерации указывает, что при рассмотрении требований потребителя о возмещении убытков, причиненных ему недостоверной или недостаточно полной информацией о товаре (работе, услуге), следует исходить из презумпции отсутствия у потребителя специальных познаний о свойствах и характеристиках товара (работы, услуги).

Информация о товарах (работах, услугах) в соответствии с п. 2 ст. 8 Закона о защите прав потребителей должна доводиться до сведения потребителя в наглядной и доступной форме в объеме по правилам п. 2 ст. 10 Закона о защите прав потребителей. Предоставление данной информации на иностранном языке не является надлежащим предоставлением необходимой информации и влечет наступление последствий, перечисленных в п. 1, 2 и 3 ст. 12 Закона о защите прав потребителей.

Следует отметить, что, к сожалению, на практике суды не всегда учитывают положения ст. 8, 10 Закона о защите прав потребителей, что в свою очередь влечет вынесение незаконного решения. Например, по делу по иску потребителя Л. к ОАО «Сбербанк России» Тушинский районный суд г. Москвы отказал в удовлетворении исковых требований о взыскании удержанной комиссии, компенсации морального вреда, судебных расходов, штрафа за несоблюдение добровольного порядка удовлетворения требований потребителя, ошибочно посчитав, что применение ответчиком тарифов обслуживания клиентов банка, действующих на дату заключения договора, информация о которых изложена в сборнике тарифов, который вкладчику не был выдан в качестве приложения к договору, является надлежащим доведением информации до потребителя.

Вопреки судебной практике Президиума Московского городского суда решение суда было оставлено в силе апелляционной инстанцией.

Между тем условия обслуживания клиента, размещенные на сайте или на стендах, буклетах банка, не являются надлежащим доведением до сведения потребителя информации о банковской услуге. Это отмечено в постановлении Президиума Московского городского суда от 1 апреля 2012 г. № 44г-48/11, а также неоднократно признавалось правонарушением, предусмотренным ст. 14.8 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях, арбитражными судами, например дела № А40-4902/11-144-52, № А40-72051/10-147-268, № А40-93177/11-2-623. Кроме того, такая ошибочная практика не соответствует европейским стандартам защиты прав потребителей.

Актуальным и новым является разъяснение Пленума Верховного Суда Российской Федерации относительно правил компенсации морального вреда. В комментируемом Постановлении обращается внимание нижестоящих судов на презумпцию морального вреда при установлении факта нарушения прав потребителя. Для удовлетворения требования компенсации морального вреда потребителя суду необходимо установить наличие двух обстоятельств: нарушения прав потребителя причинителем вреда — изготовителем (продавцом, исполнителем, уполномоченной организацией или уполномоченным индивидуальным предпринимателем, импортером) и наличие его вины. Законодатель освободил потребителя от необходимости доказывания в суде факта своих физических или нравственных страданий, на что обращал внимание Конституционный Суд Российской Федерации в Определении от 16 октября 2001 г. № 252-О. Поэтому не требует доказывания причинение физических и нравственных страданий потребителю по правилам ст. 151

ГК РФ. Истец обосновывает лишь заявленный им размер компенсации морального вреда. На это обстоятельство обращалось внимание в юридической литературе³.

Комментируемое разъяснение является актуальным и своевременным, поскольку на практике нередки случаи, когда суды руководствуются общими правилами компенсации морального вреда, упуская из виду, что необходимо применять специальные правила возмещения морального вреда потребителю, которые установлены специальным законом — Законом о защите прав потребителей. Вместе с тем в практике имеются случаи, когда суды, удовлетворяя требования потребителя о компенсации морального вреда, уменьшают размер суммы денежной компенсации до символической суммы. Поэтому вопрос об уменьшении размера компенсации выходит на первый план в свете обеспечения реальной защиты прав потребителя.

Согласно ст. 12 ГК РФ возмещение морального вреда является одним из средств защиты прав, также предусмотренным Законом о защите прав потребителей и предоставляющим повышенный уровень правовых гарантий защиты прав потребителей. Следует отметить, что смысл принятия этого специального закона заключается в установлении повышенного уровня ответственности изготовителя, продавца, исполнителя, уполномоченной организацией или уполномоченного индивидуального предпринимателя, импортера за нарушение прав потребителя, что должно способствовать снижению количества нарушений прав потребителей.

Таким образом, повышенный уровень гарантий имеет не только компенсационный характер, но превентивный, предупреждающий новые нарушения прав потребителей. Поэтому необоснованное судом уменьшение размера компенсации морального вреда потребителю не только является незаконным, но и нивелирует идею Закона о защите прав потребителей и низводит реальную защиту прав потребителя до декларации.

В связи с этим вопросы снижения размера гражданской ответственности продавца, изготовителя, исполнителя, уполномоченной организации или уполномоченного индивидуального предпринимателя, импортера за нарушения прав потребителя по-прежнему требуют разъяснения Верховным Судом Российской Федерации.

³ См.: *Алексеевская Е.И.* Указ. соч. С. 88–89.

М.А. Баратова

старший преподаватель
кафедры гражданского
права факультета
права Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»,
магистр частного права

Проблема правовой квалификации понятия «член семьи»

В настоящей статье на основе законодательного регулирования и материалов судебной практики предложен развернутый анализ правовых категорий «член семьи», «вселение в качестве члена семьи».

Ключевые слова: жилищное право, член семьи, жилое помещение, вселение в жилое помещение, регистрация, право пользования жилым помещением, жилищные споры.

На сегодняшний день российский законодатель при нормативном регулировании различного рода вопросов активно использует понятие «член семьи» в гражданском, жилищном, наследственном, семейном и налоговом праве, в праве социального обеспечения. Обширная судебная практика по жилищным спорам¹ (о признании права на жилое помещение члена семьи, о выселении из жилого помещения, о прекращении права пользования жилым помещением бывшего члена семьи собственника этого жилого помещения, о сохранении права пользования жилым помещением за бывшим членом семьи собственника этого жилого помещения, о предоставлении жилого помещения по договору социального найма, о признании недействительным решения о предоставлении жилого помещения по договору социального найма и заключенного на его основании договора социального найма, о принудительном обмене занимаемого жилого помещения, о признании обмена жилыми помещениями недействительным и др.) также подтверждает актуальность рассматриваемой темы.

Как верно отмечает С.М. Корнеев², единого понятия «член семьи», которое могло бы использоваться в различных отраслях законодательства, не существует. Очевидно, что выработка такого универсального понятия невозможна в принципе.

Таким образом, приходится констатировать наличие правовой двусмысленности при применении понятия «член семьи» в различных отраслях права. Круг лиц, которых законодатель включает в понятие «член семьи», значительно различается в зависимости от подлежащего применению отраслевого законодательства и ха-

¹ См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Московского областного суда от 6 июля 2006 г. дело № 33-8097 (извлечение); Обобщение судебной практики по рассмотрению судами Владимирской области в 2008 году — первом полугодии 2009 года дел, связанных с осуществлением членами семьи собственника жилого помещения права пользования жилым помещением; Обзор судебной практики Челябинского областного суда за первый квартал 2010 г.; Обзор судебной практики Белгородского областного суда по гражданским делам за декабрь 2011 г. и др.

² См.: Гражданское право: учеб.: в 2 т. / отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2002. Т. 1, полутом 1.

рактера спорного правоотношения. Данный вывод подтверждает судебная практика по гражданским делам³. Так, в постановлении президиума Челябинского областного суда № 44-Г-11/2010 сделан вывод, что понятия и термины гражданского, семейного и других отраслей законодательства Российской Федерации, используемые в Налоговом кодексе Российской Федерации (далее — НК РФ), применяются в том значении, в каком они используются в этих отраслях законодательства, если иное не предусмотрено НК РФ.

Межрайонная инспекция Федеральной налоговой службы обратилась в суд с иском о взыскании с ответчицы Б. недоимки по налогу на доходы физических лиц за 2007 г. в размере 65 000 руб. и начисленных на эту сумму пеней. Исковые требования обоснованы тем, что в 2007 г. ответчица получила доход в размере 500 000 руб. на основании договора дарения. Налог с дохода, полученного в порядке дарения, ответчица не уплатила. Ответчица иск не признала, указав, что полученный ею доход не подлежит налогообложению, так как она получила дар (жилой дом) от члена своей семьи — свекрови, с которой они жили по одному адресу и вели общее совместное хозяйство.

Решением мирового судьи, согласившегося с доводами ответчицы, в удовлетворении иска отказано. Суд апелляционной инстанции оставил данное решение без изменения. Однако при рассмотрении настоящего дела мировым судьей и судом второй инстанции были допущены существенные нарушения норм материального и процессуального права, выразившиеся в следующем.

Согласно п. 1 ст. 210 НК РФ при определении налоговой базы учитываются все доходы налогоплательщика, которые получены им как в денежной, так и в натуральной формах или право на распоряжение которыми у него возникло, а также доходы в виде материальной выгоды, определяемой в соответствии со ст. 212 НК РФ.

Доходы, не подлежащие налогообложению (освобождаемые от налогообложения), определены ст. 217 НК РФ. В соответствии с п. 18.1 ст. 217 доходы в денежной и натуральной формах, получаемые от физических лиц в порядке дарения, за исключением случаев дарения недвижимого имущества, транспортных средств, акций, долей, паев, если иное не предусмотрено п. 18.1 ст. 217, освобождаются от налогообложения в случае, если даритель и одаряемый являются членами семьи и (или) близкими родственниками в соответствии с Семейным кодексом Российской Федерации (далее — СК РФ) (супругами, родителями и детьми, в том числе усыновителями и усыновленными, дедушкой, бабушкой и внуками, полнородными и неполнородными (имеющими общих отца или мать) братьями и сестрами).

Мировой судья и суд апелляционной инстанции, ссылаясь на свидетельские показания и нормы Жилищного кодекса Российской Федерации (далее — ЖК РФ), пришли к выводу, что ответчица являлась членом семьи дарителя и что в соответствии с п. 18.1 ст. 217 НК РФ доходы, полученные ответчицей в порядке дарения, освобождаются от налогообложения, поскольку даритель и одаряемый являются членами одной семьи.

Между тем такой вывод суда первой и апелляционной инстанции противоречит положениям п. 18.1 ст. 217 НК РФ, который при определении понятий «член

³ См.: Обзор судебной практики Челябинского областного суда за первый квартал 2010 г. (постановление президиума № 44-Г-11/2010) // СПС «Консультант Плюс».

семьи» и «близкий родственник» предусматривает использование терминов и понятий СК РФ, а не ЖК РФ, имеющего согласно его содержанию другую целевую направленность. П. 2 ст. 11 НК РФ предусматривает, что институты, понятия и термины гражданского, семейного и других отраслей законодательства Российской Федерации, используемые в НК РФ, применяются в том значении, в каком они используются в этих отраслях законодательства, если иное не предусмотрено кодексом.

СК РФ относит к членам семьи супругов, родителей и детей (ст. 2), к другим членам семьи — сестер, братьев, внуков, дедушек, бабушек, пасынков и падчериц, отчимов и мачех (ст. 93—97), а к близким родственникам — родственников по прямой восходящей и нисходящей линии (родителей и детей, дедушек, бабушек и внуков), полнородных и неполнородных братьев и сестер (ст. 14). Ответчица получила дар от свекрови, которая, исходя из понятий СК РФ и положений п. 18.1 ст. 217 НК РФ, не является ни членом ее семьи, ни ее близким родственником.

Неправильное применение судами норм материального права явилось основанием для отмены судебных актов в порядке надзора и направления дела на новое рассмотрение мировому судье.

Согласно п. 1 ст. 31 и п. 1 ст. 69 ЖК РФ к членам семьи собственника (нанимателя) жилого помещения относятся проживающие совместно с ним в принадлежащем (предоставленном в пользование на основании договора социального найма) ему жилом помещении супруг(а), а также дети и родители данного собственника (нанимателя). Для признания в качестве членов семьи собственника жилого помещения других родственников, нетрудоспособных иждивенцев (в исключительных случаях — и иных граждан) необходимо, чтобы указанные граждане были вселены собственником в жилое помещение в качестве членов своей семьи, а с нанимателем вели общее хозяйство.

В рассматриваемом деле собственник (свекровь) жилого помещения (дома, впоследствии переданного в дар) вселила свою невестку (ответчицу Б.) в дом в качестве члена семьи. Таким образом, в соответствии с п. 1 ст. 31 ЖК РФ ответчица Б. имеет право быть признанной членом семьи.

Представляется возможным сделать вывод, что круг лиц, охватываемых понятием «член семьи», в семейном праве более узок по сравнению с нормами жилищного права.

Ю.К. Толстой⁴ считает, что круг лиц, бесспорно относящихся к членам семьи как собственника, так и нанимателя жилого помещения, совпадает. По его мнению, к категории бесспорных членов семьи относятся супруг(а), дети, родители собственника (нанимателя) и при определении данной категории лиц необходимо руководствоваться нормами семейного законодательства. Лица, которые не отнесены законодателем к бесспорным членам семьи, но при наличии предусмотренных законом условий могут быть признаны членами семьи, в ст. 31 ЖК РФ объединены в одну группу, а в ст. 69 ЖК РФ разделены на две группы.

Таким образом, перечень бесспорных членов семьи носит исчерпывающий характер и при подтверждении статуса члена семьи право пользования жилым помещением у данной категории лиц возникает автоматически.

⁴ См.: Толстой Ю.К. Жилищное право. М., 2008. С. 75.

Перечень лиц, относящихся к категории спорных (условных) членов семьи, в законодательстве не определен и подлежит расширительному толкованию. Право пользования жилым помещением лица данной категории автоматически не приобретают. Более того, членом семьи собственника (нанимателя) может быть признано практически любое физическое лицо, в том числе не состоящее с собственником (нанимателем) ни в родстве, ни в браке. Для этого необходим определенный набор юридических фактов: для члена семьи собственника жилого помещения — совместное проживание и вселение собственником в качестве члена семьи, дополнительно для нанимателя — ведение общего хозяйства.

Представляется возможным сделать вывод, что законодатель сформулировал следующую правовую формулу для признания лиц, относящихся к категории спорных (условных) членов семьи: лицо имеет право (в соответствии ЖК РФ) претендовать на получение правового статуса «член семьи» лишь после того, как было вселено в жилое помещение как член семьи. В соответствии с п. 2 ст. 31 и п. 2 ст. 69 ЖК РФ члены семьи собственника (нанимателя) жилого помещения приобретают равные с собственником (нанимателем) жилого помещения права и обязанности.

Следовательно, возможно сделать вывод, что признание физического лица членом семьи собственника (нанимателя) жилого помещения в значительной степени меняет жилищно-правовое положение вселенного лица. Лицо, признанное в установленном порядке членом семьи, приобретает самостоятельные жилищные права (в том числе право на приватизацию) применительно к занимаемому жилому помещению.

При этом понятие «вселение в жилое помещение» в действующем законодательстве России, в том числе и в жилищном, не раскрыто.

А.П. Сергеев предлагает понимать под термином «вселение» фактическое поселение физического лица на жилой площади с намерением постоянного проживания⁵.

В соответствии с ранее действовавшим законодательством (ст. 54 Жилищного кодекса РСФСР⁶) члены семьи нанимателя приобретали равные с ним права и обязанности, вытекающие из договора найма жилого помещения, если они были вселены в установленном порядке и на их вселение было получено письменное согласие всех совершеннолетних членов семьи, имеющих право постоянного пользования данным жилым помещением.

В соответствии с п. 7 постановления Пленума Верховного Суда СССР от 3 апреля 1987 г. № 2 «О практике применения судами жилищного законодательства»⁷ при рассмотрении вопроса о признании членом семьи нанимателя других лиц (кроме супруга, детей, родителей) (в контексте настоящей статьи — спорных (условных) членов семьи) суд был обязан выяснить характер их отношений с нанимателем, членами семьи, в частности установить, имели ли место ведение общего хозяйства (общие расходы), оказание взаимной помощи, другие обстоятельства, свидетельствующие о наличии семейных отношений. Под установленным порядком вселения в жилое помещение и, как следствие, возникновением права на жилую

⁵ См.: Сергеев А.П. Жилищное право. М., 2006. С. 102–103.

⁶ Жилищный кодекс РСФСР от 24 июня 1983 г. // Ведомости Съезда народных депутатов РСФСР и Верховного Совета РСФСР. 1983. № 26. Ст. 883. Федеральным законом от 29 декабря 2004 г. № 189-ФЗ Жилищный кодекс признан утратившим силу с 1 марта 2005 г.

⁷ Бюллетень Верховного Суда СССР. 1987. № 3. С. 8.

площадь понималось, как правило, вселение в жилое помещение с соблюдением положений о прописке. Однако суд мог признать право на жилое помещение вселившегося лица, когда в его прописке было необоснованно отказано.

В соответствии с правовой позицией Конституционного Суда Российской Федерации положение об установленном порядке как процедуре вселения в жилое помещение при условии соблюдения режима прописки, содержащееся в ч. 1 ст. 54 ЖК РСФСР, было признано не соответствующим по своему содержанию ряду статей Конституции Российской Федерации⁸. Данная правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации конкретизирована в Постановлении № 14⁹, в соответствии с которым судам также необходимо иметь в виду, что регистрация лица по месту жительства по заявлению собственника жилого помещения или ее отсутствие не является определяющим обстоятельством для решения вопроса о признании его членом семьи собственника жилого помещения. Данное положение обусловлено тем, что согласно ст. 3 Закона РФ от 25 июня 1993 г. № 5242-1 «О праве граждан Российской Федерации на свободу передвижения, выбор места пребывания и жительства в пределах Российской Федерации»¹⁰ регистрация или отсутствие таковой не могут служить основанием ограничения или условием реализации прав и свобод граждан, предусмотренных Конституцией Российской Федерации, федеральными законами и законами субъектов Российской Федерации. Наличие или отсутствие у лица регистрации в жилом помещении является лишь одним из доказательств по делу, которое подлежит оценке судом наряду с другими доказательствами.

Так, Санкт-Петербургский городской суд¹¹ отказал в удовлетворении и признал гражданина не приобретшим право пользования спорным жилым помещением, поскольку регистрация в квартире, являясь административным актом, сама по себе не порождает права пользования данной жилой площадью. Доказательств того, что гражданин был вселен и проживал в квартире, не представлено, как и не представлено доказательств, что вселению в жилое помещение чинились какие-либо препятствия. Внесение оплаты за квартиру не свидетельствует о вселении и возникновении права пользования квартирой. Как следует из материалов анализируемого дела, суд отказал в иске, несмотря на наличие у лица регистрации в жилом помещении, так как не был установлен факт вселения в квартиру и отсутствовал факт совместного проживания.

В соответствии с п. 11 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 2 июля 2009 г. № 14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации» (да-

⁸ Постановление Конституционного Суда РФ от 25 апреля 1995 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности частей первой и второй статьи 54 Жилищного кодекса РСФСР в связи с жалобой гражданки Л.Н. Ситаловой» // Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 1995. № 2–3.

⁹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 2 июля 2009 г. № 14 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при применении Жилищного кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2009. № 123.

¹⁰ Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Федерации. 1993. № 32. Ст. 1227.

¹¹ Определение Санкт-Петербургского городского суда от 12 сентября 2011 г. № 33-13856/2011 // СПС «Консультант Плюс».

лее — Постановление № 14) для признания лиц, относящихся к категории спорных (условных), членами семьи собственника жилого помещения требуется не только установление юридического факта вселения их собственником в жилое помещение, но и выяснение содержания волеизъявления собственника на их вселение, а именно: вселялось ли им лицо для проживания в жилом помещении как член его семьи или жилое помещение предоставлялось для проживания по иным основаниям (например, в безвозмездное пользование, по договору найма). Содержание волеизъявления собственника в случае спора определяется судом на основании объяснений сторон, третьих лиц, показаний свидетелей, письменных документов (например, договора о вселении в жилое помещение) и других доказательств (ст. 55 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации).

В соответствии с п. 1 ст. 69 ЖК РФ, п. 25 Постановления № 14 для признания лиц, относящихся к категории спорных (условных), членами семьи нанимателя жилого помещения дополнительно к вышеназванным условиям необходимо установление юридического факта ведения общего хозяйства, являющегося обязательным условием признания членами семьи нанимателя других родственников и нетрудоспособных иждивенцев.

При этом под ведением общего хозяйства следует, в частности, понимать наличие у нанимателя и указанных лиц совместного бюджета, общих расходов на приобретение продуктов питания, имущества для совместного пользования и т.п.

Как упоминалось выше, лица, которые могут быть охарактеризованы как спорные (условные) члены семьи, но при наличии предусмотренных законом условий могут быть признаны членами семьи, в ст. 69 ЖК РФ разделены на две группы. Ко второй группе относятся, в соответствии с ч. 1 ст. 69 ЖК РФ, иные лица, которые могут быть признаны членами семьи нанимателя жилого помещения, но лишь в исключительных случаях и только в судебном порядке. Решая вопрос о возможности признания иных лиц членами семьи нанимателя (например, лица, проживающего совместно с нанимателем без регистрации брака), суду необходимо выяснить, были ли эти лица вселены в жилое помещение в качестве члена семьи нанимателя или в ином качестве, вели ли они с нанимателем общее хозяйство, в течение какого времени они проживают в жилом помещении, имеют ли они право на другое жилое помещение и не утрачено ли ими такое право.

Представляется целесообразным привести пример, иллюстрирующий данное положение. Решением Ленинградского районного суда г. Калининграда¹² администрации ГО «Город Калининград» отказано в удовлетворении иска к Т. о признании не приобретшим права пользования жилым помещением и выселении. Встречные исковые требования Т. удовлетворены: за ним признано право пользования жилым помещением в г. Калининграде; на администрацию ГО «Город Калининград» возложена обязанность заключить с Т. договор социального найма данного жилого помещения.

Судебная коллегия отменила указанное решение, исходя из следующего. При рассмотрении дела судом установлено, что квартира в г. Калининграде находится в муниципальной собственности. Нанимателем данного жилого помещения являлся С. 11 мая 2002 г. С. зарегистрировал по месту жительства в указанном жилом помещении Т. 5 апреля 2009 г. С. умер. Отказывая в удовлетворении иска адми-

¹² Пункт 2 Обзора судебной практики по рассмотрению районными (городскими) судами Калининградской области гражданских дел во втором полугодии 2010 года.

нистрации ГО «Город Калининград» о выселении Т. и удовлетворяя его исковые требования о признании за ним права пользования вышеуказанным жилым помещением, суд пришел к выводу, что Т. был вселен нанимателем спорной квартиры С. как член его семьи, поскольку они вместе проживали и вели общее хозяйство.

Однако такой вывод суда не основан на законе и не соответствует обстоятельствам дела. Из материалов дела усматривается, что Т. в каких-либо родственных отношениях с нанимателем квартиры С. не состоял, вселялся нанимателем в данное жилое помещение не в качестве члена его семьи, а как знакомый, что подтверждается имеющимися в деле копиями поквартирной карточки и лицевого счета на спорное жилое помещение. Кроме того, Т., утверждая, что он вел общее хозяйство с С., не представил суду допустимых, достоверных и достаточных доказательств, подтверждающих объединение бюджетов, совместное приобретение какого-либо имущества и несение общих расходов.

Из искового заявления Т. и его пояснений в судебных заседаниях следует, что в обоснование заявленных требований он ссылался на то, что оказывал материальную помощь С. Данный факт, с учетом установленного судом факта самостоятельной оплаты Т. жилья и коммунальных услуг, может свидетельствовать лишь о том, что бюджеты Т. и С. не объединялись. Таким образом, в процессе рассмотрения дела Т. не доказал факта ведения общего хозяйства с С. Наличие каких-либо исключительных обстоятельств, необходимых для признания Т. членом семьи нанимателя спорного жилого помещения, о которых говорится в ст. 53 ЖК РСФСР и ч. 1 ст. 69 ЖК РФ, не установлено.

При таких обстоятельствах судебная коллегия пришла к выводу, что Т. не может быть признан членом семьи нанимателя квартиры С. и не имеет права на приобретение права пользования данным жилым помещением. В связи с этим решение суда отменено с вынесением нового решения, которым исковые требования администрации ГО «Город Калининград» удовлетворены: Т. признан не приобретшим права пользования квартирой и выселен из указанной квартиры без предоставления другого жилья, а в удовлетворении его исковых требований о признании нанимателем спорной квартиры и понуждении к заключению договора социального найма указанного жилого помещения отказано.

Завершая анализ норм законодательства и судебной практики в отношении понятия «член семьи», следует констатировать, что единого понятия «член семьи», которое бы могло быть использовано в различных отраслях законодательства, не существует. Более того, и в жилищном праве отсутствует правовая категория «член семьи». Круг лиц, которых законодатель включает в понятие «член семьи», значительно различается в зависимости от подлежащего применению отраслевого законодательства и характера спорного правоотношения.

Исторически лицо, претендующее на признание в качестве члена семьи, должно было доказать не только факт совместного проживания в жилом помещении, но и факт ведения общего хозяйства. В настоящее время законодатель практически отказался от критерия «ведение общего хозяйства», хотя в отдельных случаях данный критерий сохранен.

В развитие правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, согласно которой положение об «установленном порядке» как процедуре вселения в жилое помещение при условии соблюдения режима прописки, признанное не

соответствующим по своему содержанию ряду статей Конституции Российской Федерации, в настоящее время наличие или отсутствие у лица регистрации в жилом помещении является лишь одним из доказательств по делу, которое подлежит оценке судом наряду с другими доказательствами.

Таким образом, представляется логичным, чтобы законодатель конкретизировал понятие «член семьи» и определил критерии вселения в жилое помещение, в соответствии с которыми происходит вселение в качестве члена семьи.

Г.Т. Ермошин

профессор кафедры
конституционного права
Российской академии
правосудия, действительный
государственный советник
юстиции Российской
Федерации 3 класса

Судья в отставке: статус, права, обязанности

В статье рассматриваются проблемы законодательного обеспечения гражданских прав и обязанностей судьи в отставке. Особое внимание уделяется положению в обществе бывших судей, пребывающих в отставке, но еще не достигших возраста, дающего право на получение ежемесячного пожизненного содержания. Также раскрывается сущность проблемы жизнеобеспечения судей в отставке, ставится вопрос о приведении законодательства о статусе судей в соответствие с требованиями современности и формулируются конкретные предложения по его совершенствованию.

Ключевые слова: судья, судья в отставке, стаж судейской работы, статус судей, жизнеобеспечение судей в отставке.

Современный этап судебной реформы поставил во главу угла решение проблемы обеспечения независимости центральной фигуры судебной власти — судьи. Конституционный статус судьи включает и предоставление ему в будущем особого статуса судьи в отставке, что также служит гарантией надлежащего осуществления правосудия, дает основания для предъявления к судьям высоких требований и позволяет сохранять доверие к их компетентности, независимости и беспристрастности¹.

Конституция Российской Федерации в ст. 119, определяя требования к судьям, предписывает, что федеральным законом могут быть установлены дополнительные требования к судьям судов Российской Федерации. Статус судьи в отставке Конституцией Российской Федерации не определен. Не определен он и в федеральных конституционных законах о судебной власти.

В соответствии с Федеральным конституционным законом от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» (далее — ФКЗ о судебной системе) «судьями являются лица, наделенные в соответствии с Конституцией Российской Федерации и настоящим Федеральным конституционным законом полномочиями осуществлять правосудие и исполняющие свои обязанности на профессиональной основе» (п. 1 ст. 11). Это определение проводит четкую грань между судьями (гражданами, наделенными полномочиями осуществлять правосудие и исполняющими свои обязанности на профессиональной основе) и иными гражданами, в том числе и судьями в отставке.

¹ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 28 мая 2009 г. № 624-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы гражданки Дубровиной Нелли Владимировны на нарушение ее конституционных прав пунктом 3 статьи 3 и пунктом 6 статьи 15 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации».

Правовой режим отставки является существенным регулятором поведения действующих судей. Однако вопросы обеспечения конституционных прав, достойного уровня условий деятельности и жизнеобеспечения судей в отставке, т.е. тех, кому государство доверяло вершить судьбы людей, в силу непонятных причин оказались на обочине широких публичных дискуссий.

Как показывает статистика работы квалификационных коллегий судей только за период 2003 — I кв. 2011 г., из корпуса действующих судей перешло в ранг судей в отставке свыше 12,5 тыс. граждан. По годам количество ушедших или удаленных в отставку судей распределяется следующим образом²: 2003 г. — 2190 судей; 2004 г. — 2988 судей; 2005 г. — 1485 судей; 2006 г. — 864 судьи; 2007 г. — 1164 судьи; 2008 г. — 1213 судей; 2009 г. — 1103 судьи; 2010 г. — 1270 судей; I кв. 2011 г. — 352 судьи. В сравнении с общей штатной численностью судейского корпуса Российской Федерации, не превышающей 30 тыс. судейских должностей, численность корпуса судей в отставке в 12,5 тыс. человек (не считая ушедших в отставку до 2003 г.) представляется достаточно внушительной.

За судьей, пребывающим в отставке, сохраняются звание судьи, гарантии личной неприкосновенности и принадлежность к судейскому сообществу³.

Законодатель не раскрывает термин «сохранение звания судьи», но в силу положений п. 1 ст. 11 ФКЗ о судебной системе это не дает основания утверждать тождественность статуса судьи в отставке и статуса действующего судьи. Однако в силу п. 3 ст. 3 Закона о статусе судей (в его смысловой связи с п. 6 ст. 15) судья в отставке считается пребывающим в отставке до тех пор, пока он соблюдает требования, предусмотренные п. 3 ст. 3 Закона о статусе судей (т.е. требования к действующим судьям), сохраняет гражданство Российской Федерации и не допускает поступков, его порочащих и тем самым умаляющих авторитет судебной власти, за исключением требований, установленных подп. 11 и 12 п. 3 ст. 3 Закона о статусе судей.

Положения п. 3 ст. 3 Закона о статусе судей определили основные требования, предъявляемые к действующим судьям. Таким образом, законодатель положениями п. 6 ст. 15 фактически приравнял общегражданский статус судьи в отставке (не имеющего отношения к властным полномочиям) к общегражданскому статусу действующего судьи (т.е. обладающего властными полномочиями) в части ограничения его прав.

Приравнивание статуса судьи в отставке (т.е. гражданина, не имеющего никакого отношения к исполнению полномочий по государственной должности судьи, не обладающего вообще какими бы то ни было властными полномочиями) к статусу действующего судьи лишает судью в отставке достаточно большого объема политических, экономических, гражданских и трудовых прав.

Еще более интересно сохранение за судьей в отставке «принадлежности к судейскому сообществу». Судья, пребывающий в отставке, сохраняет свою принадлежность к судейскому сообществу до прекращения отставки и может привлекаться с его согласия к работе в органах судейского сообщества. Судья, пребывающий в

² Отчеты Высшей квалификационной коллегии судей Российской Федерации за период 2003–2009 гг. на сайте Высшей квалификационной коллегии судей Российской Федерации // <http://www.vkks.ru/>; Вестник ВККС РФ. 2010. № 2; 2011. № 2.

³ Пункт 1 ст. 15 Закона Российской Федерации от 26 июня 1992 г. № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» (далее — Закон о статусе судей).

отставке, не вправе избирать членов квалификационных коллегий судей и быть избранным в состав квалификационных коллегий судей от судейского сообщества⁴.

Положение закона, устанавливающее возможность привлечения судьи в отставку с его согласия к работе в органах судейского сообщества, не заменяет запрета для судей в отставке избирать и избираться в органы судейского сообщества, поскольку ни одно положение Закона о судейском сообществе, определяющее порядок формирования органов судейского сообщества, не предусматривает представительства судей в отставке в этих органах.

Закон не предусматривает участие представителей судей в отставке ни в работе высшего органа судейского сообщества — Всероссийского съезда судей (нормы представительства делегатов на который установлены в ст. 6 закона), ни в работе конференций судей субъектов Российской Федерации (порядок формирования которых установлен в ст. 7 закона), ни в работе Совета судей Российской Федерации (нормы представительства в котором установлены в ст. 8 закона). Более того, Закон о статусе судей предусматривает порядок избрания членов Совета судей Российской Федерации, представляющих судей судов всех видов и уровней, тайным голосованием делегатами съезда от соответствующих судов из своего состава на отдельных собраниях делегатов. Таким образом, судьи в отставке, чье присутствие в составе делегатов съезда не предусматривается, в принципе не могут быть и в составе Совета судей Российской Федерации.

Порядок формирования советов судей субъектов Российской Федерации, установленный в п. 4 ст. 8 Закона о статусе судей, предусматривает необходимость представительства в них судей от высших судов республик, краевых, областных судов, судов городов федерального значения, суда автономной области и судов автономных округов, арбитражных судов субъектов Российской Федерации, конституционных (уставных) судов субъектов Российской Федерации, от мировых судей, судей районных судов и гарнизонных военных судов, действующих на территориях соответствующих субъектов Российской Федерации. Эта норма также не предоставляет судьям в отставке возможности иметь своих представителей и в этом органе судейского сообщества.

В то же время органы судейского сообщества (в частности, квалификационные коллегии судей по месту прежней работы или постоянного жительства пребывающего в отставке судьи) наделены по отношению к судьям в отставке очень серьезными полномочиями, включая прекращение отставки, влекущее лишение права на получение ежемесячного пожизненного содержания.

Судьи в отставке представляют собой неоднородную по правовому режиму жизнедеятельности социальную группу. Различие правовых режимов пребывания судей в отставке определяется длительностью периода осуществления гражданском судейских полномочий до выхода его в отставку, с которой законодатель напрямую связывает объем гражданских прав судьи в отставке.

Первый режим законодательство предусматривает для гражданина, имеющего на момент отставки стаж работы в должности судьи менее одного года. Статистических данных о количестве судей, ушедших в отставку при судейском стаже менее одного года, нет.

⁴ Пункт 2 ст. 2 Федерального закона от 4 июля 2003 г. № 96 «Об органах судейского сообщества в Российской Федерации» (далее — Закон о судейском сообществе).

Для этого режима пребывания в отставке характерно, что стаж работы в должности судьи менее одного года не дает права на ежемесячное пожизненное содержание судьи в отставке⁵. Но заметим особо, что общий правовой режим судьи в отставке на данную категорию лиц все же распространяется. За лицом, пребывающим в отставке в этом правовом режиме, сохраняются звание судьи, гарантии личной неприкосновенности и принадлежность к судейскому сообществу⁶. Парадоксальность регулирования правового положения судьи в отставке заключается в том, что для приобретения этого статуса гражданину достаточно пройти сложную процедуру назначения Президентом Российской Федерации на должность судьи, получить запись в трудовую книжку о приеме на работу в должности судьи и вне зависимости от длительности работы судьей подать заявление об отставке в порядке подп. 1 п. 1 ст. 14 Закона о статусе судей (письменное заявление судьи об отставке).

Нет никаких правовых средств воспрепятствовать такой процедуре ухода в отставку, зато есть примеры подобной практики в системе судебной власти.

Второй правовой режим — это режим, в который законодательство помещает гражданина, имеющего на момент отставки стаж работы в должности судьи более одного года, но менее пяти лет. В свою очередь эта группа судей в отставке делится на две части: 1) те, кто достигли возраста 55 (для женщин — 50) лет и получают ежемесячное пожизненное содержание, размер которого исчисляется пропорционально количеству полных лет, отработанных в должности судьи; 2) те, кто этого возраста не достигли, но рассчитывают достигнуть и получать ежемесячное пожизненное содержание. На середину 2011 г. около 900 судей, отработавших в должности судьи в судах общей юрисдикции от одного года до пяти лет, пребывали в отставке и не получали ежемесячного пожизненного содержания.

В этом правовом режиме к сохранению звания судьи, гарантиям личной неприкосновенности и принадлежности к судейскому сообществу прибавляется потенциальное право по достижении возраста 55 (для женщин — 50) лет рассчитывать на получение специального социально-правового обеспечения в форме ежемесячного пожизненного содержания, размер которого исчисляется пропорционально количеству полных лет, отработанных в должности судьи⁷. Гражданин, находящийся в этом правовом режиме, не является судьей, не обладает властными полномочиями, не может быть ограничен в своих правах иначе как законом.

Третий правовой режим судьи в отставке — это режим, в который законодательство помещает гражданина, имеющего на момент отставки стаж работы в должности судьи пять и более лет. На середину 2011 г. насчитывалось около 600 судей, отработавших в должности судьи в судах общей юрисдикции свыше пяти лет, пребывающих в отставке и не получающих ежемесячного пожизненного содержания.

Переход временной границы судейского стажа в пять лет означает для судьи в отставке применение особого порядка исчисления стажа, дающего право на отставку и получение всех видов выплат и льгот. Как установлено в ст. 7 Федерального

⁵ Это следует из того, что размер ежемесячного пожизненного содержания пребывающего в отставке судьи, имеющего стаж работы в должности судьи менее 20 лет и достигшего возраста 55 (для женщин — 50) лет, исчисляется пропорционально количеству полных лет, отработанных в должности судьи.

⁶ Пункт 5 ст. 15 Закона о статусе судей.

⁷ Там же.

закона от 10 января 1996 г. № 6-ФЗ «О дополнительных гарантиях социальной защиты судей и работников аппаратов судов Российской Федерации»⁸, в стаж работы в качестве судьи Российской Федерации при исчислении стажа, дающего право на отставку и получение всех видов выплат и льгот, включается время работы в судах и органах юстиции как на должности судьи, так и на должностях, указанных в п. 5 ст. 4 Закона о статусе судей, если стаж работы в должности судьи составляет не менее пяти лет, за исключением случаев досрочного прекращения полномочий судьи по основаниям, предусмотренным подп. 2 и 9 п. 1 ст. 14 Закона о статусе судей.

Это означает серьезное увеличение нормативного судейского стажа при исчислении размера всех видов выплат и льгот за счет досудейского стажа по меньшей мере от пяти лет до 15 лет, в зависимости от того, в суде какого уровня (районный, областной, высший) гражданин начинал судейскую карьеру.

Следует отметить, что законодатель, установив льготное исчисление нормативного стажа только для судей, ушедших в отставку по собственному желанию и по основаниям подп. 11 п. 1 ст. 14 Закона о статусе судей, фактически поставил в ущербное положение наиболее незащищенную категорию судей в отставке, вынужденных уйти в отставку из-за неспособности по состоянию здоровья или по иным уважительным причинам осуществлять полномочия судьи, и тех, кто считается в отставке в связи с вступлением в законную силу решения суда об ограничении дееспособности судьи либо о признании его недееспособным.

Пребывание гражданина в статусе судьи в отставке в наиболее активном возрасте (от 30 до 55 лет) ставит перед таким лицом серьезную задачу соблюдения ограничений, накладываемых на него законодательством.

В части ограничения прав законодатель фактически приравнял статус судьи в отставке к статусу действующего судьи. Ограничения прав действующего судьи призваны обеспечить его независимость судьи и объективность при рассмотрении дел в суде. Общество, граждане и субъекты предпринимательской деятельности должны быть полностью уверены в том, что спор, вынесенный на суд, будет рассмотрен непредвзято, объективно и всесторонне абсолютно независимым судьей.

Сложнее объяснить цель ограничений, которые законодатель накладывает на судью в отставке. В научной литературе вопрос целесообразности ограничений прав судьи в отставке мало исследован (если не сказать — совсем не исследован).

В соответствии с п. 4.2 Европейской хартии о Законе о статусе судей (г. Лиссабон, 10 июля 1998 г.) судьи свободно осуществляют деятельность за пределами своего судейского мандата, в том числе деятельность, являющуюся олицетворением их гражданских прав. Эта свобода не может быть ограничена до тех пор, пока такая посторонняя деятельность не станет несовместимой с уверенностью в беспристрастности или независимости судьи.

Весь комплекс ограничений прав судьи в отставке, предусмотренный российским законодательством, может быть разделен на три группы. Во-первых, ограничения, вытекающие из прежних полномочий судьи в отставке, когда он осуществлял правосудие. Вторая группа ограничений — ограничения политических, экономических, гражданских прав судьи в отставке, тождественные аналогичным ограничениям прав действующего судьи. Третья группа ограничений прав судьи в

⁸ Далее — Закон о дополнительных гарантиях.

отставке представляется нам избыточной и не отражающей реальность правового статуса судей в отставке.

Ограничения, вытекающие из прежних полномочий судьи в отставке

В силу того что судьи в отставке являются носителями конфиденциальной информации, ставшей им доступной в процессе осуществления судебных полномочий, вполне оправданным представляется наложение на них соответствующих ограничений, вытекающих из этого факта. К таким ограничениям относится требование п. 3 ст. 3 Закона о статусе судей (в его смысловой связи с п. 6 ст. 15): судья в отставке не вправе допускать публичные высказывания по вопросу, который является предметом рассмотрения в суде, до вступления в законную силу судебного акта по этому вопросу; разглашать или использовать в целях, не связанных с осуществлением полномочий судьи, сведения, отнесенные в соответствии с федеральным законом к информации ограниченного доступа, или служебную информацию, ставшие ему известными в связи с осуществлением полномочий судьи.

Однако буквальное применение положений п. 4 ст. 3 Закона о статусе судей о нераспространении требований, установленных в подп. 11 и 12 п. 3 ст. 3, на судью в отставке приводит к парадоксу. В силу этих положений судья в отставке вправе принимать без разрешения соответствующей квалификационной коллегии судей почетные и специальные (за исключением научных и спортивных) звания, награды и иные знаки отличия иностранных государств, политических партий, иных общественных объединений и других организаций (подп. 11 п. 3 ст. 3 Закона о статусе судей), а также вправе выезжать в служебные командировки за пределы территории Российской Федерации за счет средств физических и юридических лиц, за исключением служебных командировок, осуществляемых в соответствии с законодательством Российской Федерации, международными договорами Российской Федерации или договоренностями на взаимной основе Конституционного Суда Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, Совета судей Российской Федерации, конституционного (уставного) суда субъекта Российской Федерации с соответствующими судами иностранных государств, международными и иностранными организациями.

Как видно из данного примера, ограничение прав судьи в отставке путем отсылки к нормам, ограничивающим права действующего судьи, приводит к некоей абсурдной по содержанию правовой норме, устанавливающей по меньшей мере странное правовое регулирование. Представляется, что такого правового регулирования ограничений, налагаемых на судью в отставке, законодатель должен бы избежать.

Ограничения экономических прав судьи в отставке

В соответствии с п. 3 ст. 3 в его смысловой связи с п. 6 ст. 15 Закона о статусе судей судья в отставке не вправе заниматься предпринимательской деятельностью лично или через доверенных лиц, в том числе принимать участие в управлении

хозяйствующим субъектом независимо от его организационно-правовой формы; входить в состав органов управления, попечительских или наблюдательных советов, иных органов действующих на территории Российской Федерации иностранных некоммерческих неправительственных организаций и их структурных подразделений, если иное не предусмотрено законодательством Российской Федерации, международными договорами Российской Федерации или договоренностями на взаимной основе Конституционного Суда Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, конституционного (уставного) суда субъекта Российской Федерации с соответствующими судами иностранных государств, международными и иностранными организациями.

Ограничения политических прав судьи в отставке

В соответствии с п. 3 ст. 3 в его смысловой связи с п. 6 ст. 15 Закона о статусе судей судья в отставке не вправе принадлежать к политическим партиям, материально поддерживать указанные партии и принимать участие в их политических акциях и иной политической деятельности, публично выражать свое отношение к политическим партиям и иным общественным объединениям.

Как известно, действующий судья — это лицо, замещающее государственную должность Российской Федерации (судья суда субъекта Российской Федерации — государственную должность субъекта Российской Федерации). Что же касается распространения таких же ограничений на судей в отставке, то здесь ситуация принципиально иная. Как было показано выше, судейское сообщество, членство в котором сохраняется у судей в отставке, в силу отсутствия у судей в отставке права принимать участие в его деятельности и в деятельности его органов вряд ли может считаться адекватной структурой, отражающей интересы судей в отставке.

В связи с этим возникает закономерный вопрос: как и в какой организационной форме достаточно большая социальная группа нашего общества — судьи в отставке — могут участвовать в общественной и политической жизни, кто, в конце концов, несет бремя выражения интересов судей в отставке и их защиту в обществе?

Полное исключение судей в отставке из общественной и политической жизни должно иметь достаточно серьезные конкретные основания, установленные законом и отличные от оснований, по которым такие ограничения установлены для действующих судей.

Избыточные ограничения, налагаемые на судью в отставке

В соответствии с п. 3 ст. 3 в его смысловой связи с п. 6 ст. 15 Закона о статусе судей судья в отставке не вправе использовать в целях, не связанных с осуществлением полномочий судьи, средства материально-технического, финансового и информационного обеспечения, предназначенные для служебной деятельности; прекращать исполнение должностных обязанностей в целях урегулирования трудового спора.

Эти запреты, установленные подп. 14 п. 3 ст. 3 Закона о статусе судей для лица, замещающего государственную должность Российской Федерации (каким являет-

ся судья), без всяких оговорок распространенные законодателем на судей в отставке в соответствии с п. 6 ст. 15, вызывают, мягко говоря, недоумение, так как они действуют даже в случае занятия разрешенными видами деятельности. Особенно это касается запрета прекращать исполнение должностных обязанностей в целях урегулирования трудового спора.

Очевидно, что судья в отставке, занимаясь даже разрешенным видом деятельности, будет «использовать в целях, не связанных с осуществлением полномочий судьи, средства материально-технического, финансового и информационного обеспечения, предназначенные для служебной деятельности». А можно ли не опасаться, что в каком-то конкретном случае судья в отставке, занимающийся деятельностью, разрешенной ему в соответствии с законом, не подпадет под преследование на основании того, что он решит прекратить «исполнение должностных обязанностей в целях урегулирования трудового спора»?

Представляется, что Закон о статусе судей должен быть существенно пересмотрен в части выделения норм, регулирующих правовой статус судьи в отставке, в отдельную главу, чтобы избежать неоднозначности в толковании соответствующих положений.

Право судьи в отставке работать

По возрасту социальная группа судей в отставке, не получающих ежемесячного пожизненного содержания, неоднородна. Численность судей в отставке из судов общей юрисдикции, не получающих ежемесячного пожизненного содержания и находящихся в возрасте от 30 до 40 лет, составляет около 500 граждан, от 40 до 50 лет — около 700 граждан и от 50 до 55 лет — около 300 граждан. В арбитражных судах ежегодно число судей, уходящих в отставку до достижения возраста, дающего право на получение ежемесячного пожизненного содержания, составляет 20–30 человек. Очевидно, что проблема жизнеобеспечения судей в отставке, не получающих ежемесячное пожизненное содержание, является серьезной.

Закон о статусе судей предусматривает право судьи в отставке заниматься строго оговоренными видами деятельности и при соблюдении определенных условий. Особого внимания требует вопрос о праве судьи в отставке, не получающего ежемесячного пожизненного содержания, обеспечивать свою жизнь и жизнь своей семьи.

Пункт 3 ст. 3 Закона о статусе судей устанавливает, что действующему судье запрещено заниматься другой оплачиваемой деятельностью, кроме преподавательской, научной и иной творческой деятельности. Положениями п. 6 ст. 15 Закона о статусе судей законодатель распространил на судью в отставке, т.е. на гражданина, не обладающего властными полномочиями, ограничения, установленные для действующего судьи. Применительно к действующему судье термин «другой оплачиваемой деятельностью» понятен — он выражает запрет заниматься чем бы то ни было, кроме судейской деятельности (за исключением преподавательской, научной и иной творческой деятельности).

А вот применительно к гражданам, судейской деятельностью не занимающимся, он означает принципиально иное: запрет для судей, пребывающих в отставке и имеющих стаж работы в должности судьи менее 20 лет либо не достигших возраста 55 (для женщин — 50) лет, т.е. еще не получивших право на получение ежемесячно-

го пожизненного содержания, заниматься любой другой оплачиваемой деятельностью, за исключением преподавательской, научной и иной творческой деятельности. Нельзя не признать, что это принципиально меняет смысл нормы закона(!).

Попытка поднять проблему статуса судей в отставке в широкой печати⁹ не вызвала у общественности ни малейшего интереса. А она особенно актуальна для тех, кто осуществлял правосудие от имени Российской Федерации в должностях судей районных судов в районных центрах и мировых участках в глубинке нашей необъятной России. В судебной практике есть пример, когда судья в отставке вынужден искать работу через отдел занятости населения, получать пособие по безработице¹⁰. Представляется, что такое положение вряд ли способствует повышению авторитета судебной власти и независимости судей.

Правовая позиция Верховного Суда Российской Федерации, выраженная в Решении от 26 августа 2010 г. № ГКПИ10-843, состоит в том, что даже работа в судебной системе судье в отставке противопоказана! Этим решением Верховный Суд Российской Федерации признал правильным законным и обоснованным прекращение отставки мирового судьи в связи с тем, что она, имея стаж работы в качестве судьи полных семь лет при стаже судебной работы менее 20 лет и отсутствии возраста 50 лет, работала помощником мирового судьи, что является нарушением требований п. 3 ст. 3 Закона о статусе судей¹¹.

Пока совершенно не ясно, может ли по действующему законодательству судья в отставке сменить свою профессию, приобрести другое образование и работать по новой специальности (например, слесарем-сантехником) или пойти в автосервис без риска попасть в разряд бывших коллег, которым по решению квалификационной коллегии судей прекратили отставку и лишили права на ежемесячное пожизненное содержание. Ведь среди разрешенных видов деятельности для судьи в отставке в законодательстве нет ничего из перечисленного.

Исходя из изложенного, вряд ли можно считать ошибочным вывод, что для высококвалифицированного юриста, которым, без сомнения, является гражданин, наделявшийся Президентом Российской Федерации судебными полномочиями и вершивший от имени государства правосудие, отставка без ежемесячного пожизненного содержания практически равнозначна потере источника существования. Вряд ли такое правовое положение судьи в отставке может считаться основой обеспечения независимости, беспристрастности и авторитета судебной власти.

Еще один вид деятельности, разрешенный судье в отставке независимо от наличия у него права на ежемесячное пожизненное содержание, установлен ст. 7-1 Закона о статусе судей. Это возможность быть привлеченным с его согласия к осуществлению правосудия в качестве судьи, кроме исполнения обязанностей судьи Конституционного Суда Российской Федерации, на срок до одного года в случае наличия вакантной должности судьи, либо в случае временного значительного увеличения объема работы в суде, либо в случае отсутствия судьи или приостановления его полномочий.

⁹ См.: *Большова А.* (судья в отставке). Профессия под запретом. Дискриминация судей в отставке прописана в законе о статусе судей // Российская газета. 2008. 2 апреля.

¹⁰ Решение Верховного Суда Российской Федерации от 15 декабря 2006 г. № ГКПИ06-1473; Определение Верховного Суда Российской Федерации от 15 марта 2007 г. № КАС 07-38.

¹¹ Решение Верховного Суда Российской Федерации от 26 августа 2010 г. № ГКПИ10-843.

При этом, согласно правовой позиции Конституционного Суда Российской Федерации, «в стаж работы в качестве судьи, имеющий юридическое значение для привлечения судьи, находящегося в отставке, к осуществлению правосудия, — в отличие от стажа, дающего право на отставку и получение всех видов выплат и льгот, — не должно включаться время работы в судах и органах юстиции на должностях, указанных в п. 5 ст. 4 Закона о статусе судей, в том числе время работы в качестве адвоката или нотариуса. Следовательно, судья, чьи полномочия были прекращены по истечении первоначального срока полномочий, на который он был назначен, не может считаться почетным судьей и, соответственно, привлекаться к осуществлению правосудия в качестве судьи. Данное правило в условиях действующего правового регулирования в наибольшей степени отвечает требованиям справедливого судебного разбирательства компетентным и беспристрастным судом, созданным на основании закона»¹². Тем самым, по сути, Конституционный Суд Российской Федерации сформулировал особые правила подсчета стажа как необходимого элемента правового статуса почетного судьи в смысле ч. 2 ст. 11 ФКЗ о судебной системе.

Данная правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации не была воспринята законодателем при принятии федерального закона от 23 декабря 2010 г. № 371-ФЗ, однако есть основания полагать, что рано или поздно, даже не будучи введенной в рамки закона, она окажет влияние на правоприменительную практику.

Не воспринята законодателем и другая правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации, сформулированная в этом же постановлении: «Такое основание для выхода судьи в отставку, как истечение срока полномочий судьи, если они были ограничены определенным сроком, по сути, означает выявление в течение данного срока объективных обстоятельств, которые препятствуют дальнейшему назначению лица — вопреки его желанию — на должность судьи без ограничения срока полномочий.

Соответственно, привлечение судьи, находящегося в отставке, полномочия которого были прекращены по истечении первоначального срока полномочий и который не был назначен на ту же должность без ограничения срока полномочий, к осуществлению правосудия в качестве судьи в порядке ст. 7.1 Закона Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации» не соответствует требованию законного состава суда в его конституционно-правовом смысле и потому не обеспечивает гарантии судебной защиты».

Эта правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации напрямую закрывает возможность привлечения к отправлению правосудия по основаниям ст. 7.1 Закона о статусе судей тех мировых судей в отставке, чьи полномочия были прекращены в связи с истечением второго и больше срока полномочий.

Следует отличать правовой институт привлечения судьи в отставке с его согласия к осуществлению правосудия в качестве судьи от права судьи, пребывающего в отставке, повторно пройти процедуру отбора кандидатов на должность судьи и быть назначенным на вакантную должность судьи. Это право в неявной форме следует из положений, закрепленных в п. 3, 5, 8 ст. 5 Закона о статусе судей. На

¹² Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 16 июля 2009 г. № 14-П.

практике как в системе общих судов, так и в системе арбитражных судов случаи возврата судей в отставку в разряд действующих федеральных судей через институт вторичного назначения достаточно редки.

Из всего сказанного следует, по меньшей мере, два вывода.

Во-первых, представляется, что законодательно должно быть закреплено, что судьей в отставке может считаться только тот, кто заслужил это почетное звание многолетним трудом на поприще правосудия, именно и только на судебском поприще. В силу этого предлагается законодательно закрепить минимальный срок исполнения судьей судебных полномочий, дающий право на отставку, с тем чтобы **судей в отставке мог стать только тот, кто реально осуществлял судебские полномочия не менее срока, установленного законом, и ушел в отставку по основаниям, предусмотренным законом.**

Если принять во внимание правовую позицию Конституционного Суда Российской Федерации в отношении правила подсчета стажа, при котором судья в отставке имеет право быть привлеченным к осуществлению судебных полномочий, то такой срок должен быть не менее 10 лет.

Во-вторых, представляется необходимым в целях повышения авторитета судебной власти и обеспечения независимости действующих судей обратить внимание законодателя на отмеченные проблемы, возникающие перед судьей в отставке — гражданином, которому государство доверяло от своего имени вершить правосудие.

А.А. Шулаков

доцент кафедры
международного
права Современной
гуманитарной академии,
магистр юриспруденции

Формы установления принципа наиболее тесной связи в законодательстве и международных договорах

В статье проанализированы формы установления принципа наиболее тесной связи в законодательстве и международных договорах, рассмотрены составляющие механизма определения применимого права, а также выработаны предложения, направленные на совершенствование действующего коллизионного регулирования.

Ключевые слова: международное частное право, принцип наиболее тесной связи, публичные интересы, оговорка о публичном порядке, коллизионные нормы.

Действие принципа наиболее тесной связи, основанное на выполнении самой главной задачи международного частного права (поиск применимого права) и охватывающее в связи с этим всю сферу этой отрасли права, закрепляет за этим принципом роль основного начала в международном частном праве (далее — МЧП). Именно такая роль отводится в российской доктрине главному исходному началу МЧП. Формула, отсылающая к праву, с которым правоотношение имеет наиболее тесную связь, как указывает О.Н. Садиков, обладает определенными юридико-техническими преимуществами, носит универсальный характер и способна в принципе обслуживать все вообще правоотношения с иностранным элементом¹. Отыскание тесной связи, отмечает Е.В. Кабатова, является результатом применения общего принципа, широко используемого в современном МЧП для определения применимого права².

Этой же позиции придерживаются Н.Ю. Ерпылева и И.В. Гетьман-Павлова, видящие перспективы развития отечественного международного частного права в

¹ См.: Садиков О.Н. Коллизионные нормы в современном международном частном праве // Советский ежегодник международного права 1982. М., 1983. С. 219.

² См.: Кабатова Е.В. Изменение роли коллизионного метода в международном частном праве // Международное частное право: современная практика: сб. ст. / под ред. М.М. Богуславского и А.Г. Светланава. М., 2000. С. 9 // СПС «Консультант Плюс».

принятии полномасштабного закона о МЧП: «Все коллизионные и материально-правовые положения такого закона должны быть основаны на принципе наиболее тесной связи»³. Подобная формулировка закона предусматривает не только самый широкий, но и, исходя из главной задачи МЧП, самый точный формат закрепления принципа наиболее тесной связи в законодательстве. Не только коллизионные, но и все материальные нормы МЧП в рамках этого подхода служат одной цели — определению права, наиболее тесно связанного с правоотношением.

Данный подход был заложен в трудах родоначальника науки МЧП постглоссатора Бартоло (Бартол, Бартолус) да Сассоферрато (1313/1314—1357)⁴, включившего в состав единого метода МЧП как коллизионный, так и материально-правовой способы регулирования. Первый из этих способов использовался Бартоло при определении более тесной привязки к территории для каждого элемента правоотношения и разработке формул прикрепления (первая часть комментария Бартоло)⁵, а второй — в определении персональной и территориальной сфер действия применимых национальных правил поведения (вторая часть комментария Бартоло)⁶. Определив эти два подхода, Бартоло тем самым очертил и состав современного МЧП, включающего не только коллизионные, но и материально-правовые нормы, регулирующие правоотношения с иностранным элементом⁷. Этот классический подход свойствен и для доктрины российского МЧП.

В соответствии с классификацией известного отечественного правоведа, профессора О.Н. Садикова, принцип наиболее тесной связи может быть закреплен в законодательстве о МЧП в двух формах. Он может быть установлен в форме исходного начала, конкретизируемого в последующих специальных коллизионных нормах. В такой форме данный принцип закреплен в §1 Закона Австрии о МЧП. Второй формой установления данного принципа в законодательстве является его закрепление в виде дополнительного (субсидиарного) предписания, подлежащего применению, если специальная коллизионная норма не может быть использована (Венгрия и др.)⁸.

При изложении принципа наиболее тесной связи в качестве исходного или главного коллизионного начала законодатель указывает, что все коллизионные

³ Ертылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В. Проблемы кодификации российского законодательства по международному частному праву // Адвокат. 2008. № 1.

⁴ См.: Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М., 1924. С. 29 // СПС «Консультант Плюс».

⁵ Коллизионные презумпции, найденные Бартоло для вещей (закон места нахождения вещи), для договоров (закон места заключения акта, законы места заключения и исполнения договора), для деликтов (закон места совершения деликта), а также правило об обсуждении дееспособности по национальному закону полностью усвоены современной юриспруденцией.

⁶ Исходя из толкования цели, смысла и содержания предписаний материального права конкретного города-государства, Бартоло указывает сферу действия каждой конкретной материально-правовой нормы.

⁷ Вклад постглоссаторов в развитие науки МЧП освещался в работах многих отечественных и зарубежных авторов (М. Вольф, Л.А. Лунц, М.М. Богуславский, Л.П. Ануфриева и др.). Тем не менее представляется, что вклад Бартоло в развитие науки МЧП подзабыт и недооценен, на что справедливо указывается в современных исследованиях, посвященных этому выдающемуся ученому, см., напр.: Гетьман-Павлова И.В. Становление науки международного частного права: Бартоло де Сассоферрато (жизнь и творчество) // Международное публичное и частное право. 2008. № 2.

⁸ См.: Садиков О.Н. Указ. соч. С. 217.

нормы рассматриваются как проявление этого принципа. Указание на это может быть прямым (Закон Австрии о МЧП⁹, Гражданский кодекс Луизианы¹⁰, Кодекс МЧП Болгарии¹¹) либо подразумеваться (Закон Швейцарии о МЧП¹², Гражданский кодекс Квебека¹³). В первом случае прямо предписывается, что все коллизионные нормы являются выражением принципа наиболее тесной связи. Для второго характерно правило, по которому в исключительных случаях коллизионные нормы, установленные законодателем, могут не применяться, если судья в свете всех сопутствующих обстоятельств выявит, что дело имеет с этим правом лишь незначительную связь и в то же время имеет гораздо более тесную связь с правом какого-либо другого государства.

Необходимо подчеркнуть, что оба формата закрепления принципа наиболее тесной связи в качестве главного коллизионного начала подразумевают, что и законодатель, формулирующий жесткие коллизионные презумпции, и правоприменитель, при необходимости отвергающий эти презумпции, в любом случае руководствуются принципом тесной связи.

Изложение в законодательстве принципа наиболее тесной связи в качестве оговорки, без указания на то, что все коллизионные нормы являются его выражением, **в дополнение к установленным жестким коллизионным презумпциям свидетель-**

⁹ Закон Австрии о международном частном праве 1978 г.: «Принцип наиболее прочной связи. §1. (1) Обстоятельства дела, соприкасающиеся с границей, рассматриваются в частноправовом отношении согласно тому правопорядку, с которым [у них] присутствует наиболее прочная связь. (2) Содержащиеся в настоящем Федеральном законе отдельные правила о применимом правопорядке (отсылочные нормы) рассматриваются как выражение этого принципа». Использован перевод, опубликованный в: *Международное частное право: Иностранное законодательство / предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001. С. 158. См. также сайт: Научно-учебная группа «Современная конструкция международного частного права. Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» // <http://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/040101>*

¹⁰ Статья 3515 Гражданского кодекса Луизианы (в ред. 1991 г.): «Определение применимого права; общее и остаточное правило. За исключением об ином в настоящей Книге, любой вопрос в деле, имеющем связи с другими штатами, регулируется правом штата, устремления которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено к этому вопросу». См.: *Международное частное право: иностранное законодательство. С. 541. Как отмечает В.П. Звекон, правило, закрепленное в Гражданском кодексе Луизианы, является модификацией гибкой формулы «наиболее тесной связи». См.: Звекон В.П. Международное частное право: учеб. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 168.*

¹¹ Кодекс международного частного права Болгарии 2005 г.: «Принцип наиболее тесной связи. Ст. 2. (1) Частноправовые отношения с международным элементом регламентируются правом государства, с которым они имеют наиболее тесную связь. Содержащиеся в Кодексе положения относительно определения применимого права выражают этот принцип. (2) Если применимое право не может быть определено на основании положений Кодекса, применяется право государства, с которым это отношение в силу других критериев имеет наиболее тесную связь». См.: *Кодекс международного частного права Болгарии // Журнал международного частного права. 2009. № 2(60).*

¹² Статья 15 Федерального закона Швейцарии о международном частном праве 1987 г.: «(1) В виде исключения право, на применение которого указывает настоящий Закон, не применяется, если с учетом всех обстоятельств дела очевидно, что дело имеет с этим правом лишь незначительную связь и в то же время имеет гораздо более тесную связь с правом какого-либо другого государства». См.: *Международное частное право: Иностранное законодательство. Ст. 631.*

¹³ Статья 3082 Гражданского кодекса Квебека 1991 г.: «В исключительных случаях право, указанное в настоящей Книге, не подлежит применению, если в свете всех сопутствующих обстоятельств, очевидно, что ситуация лишь отдаленно связана с этим правом и имеет значительно более тесную связь с правом другой страны». См.: *Международное частное право: Иностранное законодательство. С. 348.*

ствуется о его субсидиарном закреплении. Здесь также возможно несколько вариантов законодательного закрепления. Так, например, в гражданских кодексах стран, разработавших свое законодательство на основе Модельного Гражданского кодекса для государств — участников СНГ (Армении, Белоруссии, Казахстана, Киргизии и др.), принцип наиболее тесной связи закреплён в качестве резервного правила для всей совокупности гражданско-правовых отношений с иностранным элементом. Эти страны, как правило, используют следующую формулировку: «Если в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи¹⁴ невозможно определить право, подлежащее применению, применяется право, наиболее тесно связанное с гражданско-правовыми отношениями, осложненными иностранным элементом»¹⁵.

Субсидиарный вариант закрепления одной из модификаций принципа наиболее тесной связи предусмотрен также в законодательстве Туниса¹⁶. В некоторых странах с помощью данного принципа регулируются не все, а только некоторые виды гражданско-правовых отношений. Например, в законодательстве Венесуэлы этот принцип субсидиарно применяется только к договорным обязательствам¹⁷. В качестве резервного правила закрепляют принцип наиболее тесной связи регламенты «Рим I»¹⁸ и «Рим II»¹⁹, принятые в Европейском союзе для коллизионного регулирования договорных и внедоговорных отношений.

Гражданский кодекс Российской Федерации (далее — ГК РФ), так же как и законодательство указанных выше стран СНГ, закрепляет принцип наиболее тесной связи как резервное, вспомогательное коллизионное правило для всех видов гражданско-правовых отношений с иностранным элементом²⁰. В соответствии с п. 2 ст. 1186 ГК РФ, если невозможно определить право на основании источников, перечисленных в п. 1 ст. 1186 (международных договоров, ГК РФ, других законов и обычаев, признаваемых в Российской Федерации), применяется право страны,

¹⁴ В указанном пункте в качестве источников права фигурирует внутреннее законодательство, международные договоры и обычаи.

¹⁵ См., напр.: п. 3 ст. 1093 Гражданского кодекса Беларуси 1998 г. См.: Международное частное право: Иностранное законодательство. С. 80.

¹⁶ Кодекс международного частного права Туниса 1998 г., ст. 26: «Когда правоотношение является международным, судьбе надлежит применять нормы, предусмотренные настоящим Кодексом; При отсутствии [таких] норм ему надлежит выявлять применимый закон путем объективного определения юридического вида привязки [правоотношения к какому-либо национальному правопорядку]». См.: Международное частное право: Иностранное законодательство. С. 565.

¹⁷ Закон 1998 г. «О международном частном праве Венесуэлы» (ст. 30): «За неимением действительного указания договорные обязательства регулируются правом, с которым обнаруживаются более прямые связи». См.: Международное частное право: Иностранное законодательство. С. 254.

¹⁸ Регламент ЕС «Рим I» 2008 г. «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам», п. 4 ст. 3: «В случае, если подлежащее применению право не может быть определено на основании параграфа 1 или 2, то договор регулируется правом страны, с которой он имеет наиболее тесные связи». См.: URL: <http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/dogovornoe.htm> (перев. и предисл. А.О. Четверикова) (дата обращения: 12 марта 2012 г.).

¹⁹ Регламент ЕС «Рим II» 2007 г. «О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам», п. 3 ст. 4: «Если из всех обязательств дела вытекает, что причинение вреда имеет явно более тесные связи с другой страной чем та, которая указана в параграфах 1 или 2, то применяется право этой другой страны». См.: URL: <http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/vnedogovornoe.htm> (перев. и предисл. А.О. Четверикова) (дата обращения: 2 марта 2012 г.).

²⁰ Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации» (постатейный) / под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002 (авт. коммент. ст. 1186 ГК РФ — В.П. Звевков) // СПС «Консультант Плюс».

с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано.

Вместе с тем, в отличие от других стран СНГ, заимствовавших нормы Модельного Гражданского кодекса для государств — участников СНГ, принцип наиболее тесной связи закреплен в ГК РФ не только в «Общих положениях». Профессор В.П. Звекон отмечает: «Коллизионная норма с весьма сходной по значению привязкой («право страны, с которой договор наиболее тесно связан») установлена также в п. 1 ст. 1211 («Право, подлежащее применению к договору при отсутствии соглашения сторон о выборе права») и в п. 1 ст. 1213 («Право, подлежащее применению к договору в отношении недвижимого имущества»). Но «конструкция» этой нормы в ст. 1211 и 1213 существенно отличается от «конструкции» правила п. 2 ст. 1186. В первых двух статьях коллизионная норма установлена для договорных отношений и, главное, подлежит применению в сочетании с правилами, поясняющими, какое право понимается под «правом страны, с которой договор наиболее тесно связан»²¹.

Таким образом, для коллизионного регулирования договорных отношений (ст. 1211 и 1213) принцип наиболее тесной связи закреплен не в качестве резервного, вспомогательного правила к жестким коллизионным презумпциям, а как их непосредственное выражение. Кроме того, нормы п. 2 и п. 3 ст. 1211 позволяют в рамках принципа наиболее тесной связи отклоняться и от этих презумпций. Схожий подход был характерен и для ст. 4 Римской конвенции 1980 г. «О праве, применимом к договорным обязательствам», утратившей силу в отношениях между всеми странами — членами ЕС, кроме Дании²², в связи с принятием в 2008 г. Регламента «Рим I».

Комментируя принцип наиболее тесной связи, установленный в п. 2 ст. 1186 ГК РФ для всей совокупности гражданско-правовых отношений с иностранным элементом, профессор Г.К. Дмитриева подчеркивает: «Смысл его заключается в отсутствии каких-либо четких критериев для избрания надлежащего правопорядка. Правопорядок устанавливается по субъективному усмотрению суда, который принимает во внимание все обстоятельства дела, даже те, которые не названы в качестве определяющих критериев избрания подлежащего применению права в комментируемом Кодексе (язык, терминология контракта, валюта обязательства и др.)»²³. Важно отметить, что такая ситуация характерна для коллизионного права большинства стран мира. Принцип наиболее тесной связи, не подкрепленный никакими ориентирами, связанными с выбором жесткой коллизионной презумпции, трактуется судьей на основе его субъективных представлений о целях МЧП. Подобная ситуация, отмечает известный отечественный юрист, профессор С.Н. Лебедев, служит закреплением полной дискреционной власти судьи²⁴.

²¹ Там же.

²² В Регламенте «Рим I» отмечается, что «Дания не участвовала в принятии настоящего Регламента, не связана им и не подчиняется его действию. Как следствие, Римская конвенция продолжит использоваться для разрешений коллизионных вопросов договорного права, возникающих между Данией и остальными государствами-членами ЕС» (п. 46 преамбулы).

²³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Р.И. Виноградова, Г.К. Дмитриева, В.С. Репин; под ред. В.П. Мозолина. М., 2002 // СПС «Консультант Плюс».

²⁴ См.: Лебедев С.Н. К пересмотру Гаагской конвенции 1955 г. // Правовые аспекты осуществления внешнеэкономических связей: Сб. науч. тр. / под ред. С.Н. Лебедева, В.А. Кабатова, Р.Л. Нарышкиной. М., 1985. С. 65.

По мнению В.П. Звекова, «усиление регулятивной функции коллизионной нормы все чаще проявляется в утверждающейся практике предварительного (предшествующего решению коллизионной проблемы) сопоставления материально-правовых норм, принадлежащих к коллидирующим правопорядкам, которому придается значение необходимого условия преодоления коллизии законов. Все изложенное позволяет сделать следующий вывод: регулятивная функция коллизионной нормы становится все более активной, несущей в себе определенный социальный «заряд», «социальный эффект»²⁵. Такая материализация коллизионного регулирования предполагает при выборе применимого правопорядка учитывать не только интересы коллидирующих правопорядков, но и содержание их материальных норм.

В соответствии с доктриной Ф.К. фон Савиньи главным мотивом (подлинным основанием), на котором основывается создание и применение коллизионных норм, являются наиболее значимые интересы (интересы государства, интересы общества и усредненные правомерные интересы частных лиц). Аналогичные взгляды высказывают многие правоведы — К. Цвайгерт («типичные международные интересы государства»)²⁶, Дж. Нейхауз («интересы государства, интересы сторон или объективные интересы»)²⁷, Л. Раане («публичные интересы государства и польза отдельных лиц»)²⁸, В.М. Корецкий («интересы и политика отдельных государств»)²⁹, А.Л. Маковский («интересы определенных государств»)³⁰, Я. Нойак, Х. Баум, А.В. Асосков («доминирующий материально-правовой фактор (интерес)»)³¹ и др.

Представляется, что все многообразие интересов, фигурирующее в коллизионном праве, может быть сведено к публичным интересам, под которыми в отечественной доктрине понимаются «общие интересы как своего рода усреднение личных, групповых интересов»³².

Конституционный Суд Российской Федерации относит к публичным интересам нашей страны шесть оснований³³, закрепленных в соответствии со ст. 29 Все-

²⁵ Звеков В.П. Международное частное право: учеб. М., 2004. С. 160.

²⁶ См.: Раане Л. Международное частное право. М., 1960. С. 433.

²⁷ Садилов О.Н. Международное частное право: современные проблемы. М., 1994. С. 152.

²⁸ Раане Л. Указ. соч. С. 19.

²⁹ Корецкий В.М. Савиньи в международном частном праве // Вестник советской юстиции. Двухнедельный журнал НАРКОМЮСТА и юридического общества УССР. № 4(62). 15 февраля 1926. С. 154.

³⁰ Маковский А.Л. Проблемы природы международного частного права в советской науке // Проблемы совершенствования советского законодательства. М., 1984. С. 212.

³¹ Асосков А.В. Основы коллизионного права. М., 2012. С. 322; Он же. Влияние материального права на коллизионное регулирование частноправовых отношений с иностранным элементом // Основные проблемы частного права: сб. ст. к юбилею д-ра юрид. наук, проф. А.Л. Маковского / отв. ред. В.В. Витрянский, Е.А. Суханов. М., 2010 // СПС «Консультант Плюс».

³² Тихомиров Ю.А. Публичное право: учеб. М., 1995. С. 54.

³³ См., напр.: Постановление Конституционного Суда РФ от 30 октября 2003 г. № 15-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации» в связи с запросом группы депутатов Государственной Думы и жалобами граждан С.А. Бунтмана, К.А. Катаняна и К.С. Рожкова» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2003. № 6.

общей декларации прав человека³⁴ в ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации: основы конституционного строя, нравственность, здоровье, права и законные интересы других лиц, обеспечение обороны страны и безопасности государства. Эти публичные интересы настолько значительны и бесспорны, что в целях их защиты, в соответствии с указанной статьей Конституции, права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом. Вполне очевидно, что коллизионное регулирование правоотношений с иностранным элементом не может не учитывать этих интересов.

Словосочетание «публичные интересы» (*лат. publicus* — **общественный, гласный, открытый**) несет в себе более емкое содержание, чем просто «интересы государства», «объективные интересы», «национальные интересы», «общие интересы» и т.п. Термин «публичные интересы» фигурирует в правовой доктрине давно, он максимально связан с такими институтами МЧП, как оговорка о публичном порядке и сверхимперативных нормах (преобладающих нормах, нормах непосредственного применения и т.д.). На сегодняшний день и в доктрине, и в правовых актах указывается, что эти институты сформированы с учетом публичных интересов. Так, например, п. 1 ст. 9 Регламента «Рим I» закрепляет положение, в соответствии с которым «преобладающими императивными положениями являются положения, соблюдение которых признано страной в качестве имеющего принципиальное значение для охраны ее публичных интересов, таких как ее политическое, социальное или экономическое устройство, в такой степени, что они подлежат применению к любой ситуации, подпадающей под их действие, независимо от того, какое право в ином случае подлежало бы применению к договору согласно настоящему Регламенту»³⁵. В преамбулах к Регламентам «Рим I» (п. 37) и «Рим II» (п. 32) установлена одинаковая норма, в соответствии с которой «соображения публичного интереса оправдывают в исключительных обстоятельствах использование судами государств-членов таких механизмов, как оговорка о публичном порядке и преобладающие императивные положения».

Интересы публичного порядка (публичные интересы) лежат в основе генезиса коллизионных и материальных норм МЧП. На основе односторонних коллизионных норм ст. 3 Гражданского кодекса Наполеона, учитывающих интересы публичного порядка Франции, французской судебной практикой была выведена целая система двусторонних коллизионных норм, реципированных в дальнейшем в законодательстве целого ряда европейских стран³⁶.

Современная практика формирования коллизионных и материальных норм МЧП подтверждает тезис, что в их основе лежат публичные интересы. Успешный учет материальных факторов в коллизионном праве, по мнению американского ученого У. Риза, возможен при наличии двух условий. Первое условие связано с признанием в соответствующей области материального права в качестве доминирующего одного или нескольких интересов, учитываемых на уровне коллизионно-

³⁴ См.: *Баглай М.В.* Конституционное право Российской Федерации: учеб. для вузов. 5-е изд., изм. и доп. М., 2006. С. 179.

³⁵ Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам»; Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» («Рим I»).

³⁶ См.: *Луниц Л.А.* Курс международного частного права: в 3 т. М., 2002. С. 159.

го регулирования. В качестве примеров таких признанных законодателем доминирующих интересов У. Риз приводит защиту слабой стороны в потребительских и трудовых договорах, а также предоставление соразмерного возмещения потерпевшему и предотвращение противоправного поведения в деликтном праве. Вторым условием, по мнению ученого, является создание коллизионных норм, учитывающих интересы, признанные доминирующими в материальном праве большого числа государств³⁷.

Процесс появления двусторонних коллизионных норм, отмечает немецкий ученый М. Цепенфельд (Zeppenfeld)³⁸, имеет четыре этапа. На первом этапе при неэффективности уже сложившихся двусторонних норм суды для достижения приемлемого материально-правового результата начинают все чаще и чаще применять оговорку о публичном порядке. На втором этапе, после того как применение указанной оговорки достигает критической массы, как правило, выкристаллизовывается заложенная в основе всех подобных дел односторонняя коллизионная норма, определяющая пределы применения отечественного права. На третьем этапе, после практической проверки данной односторонней коллизионной нормы и распространения в разных странах материально-правовых норм, чье применение «обслуживает» указанная односторонняя коллизионная норма, становится возможным превратить ее в двустороннюю. Четвертый этап связан с рецепцией этой двусторонней нормы другими странами, в результате чего становится достижимой цель МЧП — международное единообразие решений³⁹.

Немецкий коллизионист Я. Нойак отмечает непрерывность процесса, обусловленную изменением принципов материального права, основанных на тех или иных ценностях (материально-правовых интересах). Приходит время и эти ценности (материально-правовые интересы), когда-то обусловившие использование оговорки о публичном порядке, теряют свою актуальность, в то время как иные ценности требуют своего учета в рамках коллизионного механизма⁴⁰.

Таким образом, и история, и современная практика формирования норм МЧП подтверждают тезис, что в основе генезиса (происхождения) материальных и коллизионных норм МЧП лежит единый нормообразующий фактор — интересы публичного порядка (публичные интересы).

Законодательное закрепление связки государственных интересов («интересов межштатной и международной систем») и коллизионного начала наиболее тесной связи произошло в США во Втором своде законов о конфликте законов 1971 г. (далее — Второй свод законов США). В его основу легли взгляды У. Риза, Б. Карри, Д. Каверса и Р. Лефлара. По авторитетному мнению президента Американского общества сравнительного правоведения профессора С. Симеонидеса, коллизионное право является одной из немногих областей американского права, испытавшего значительное влияние доктрины⁴¹.

³⁷ См.: *Асосков А.В.* Влияние материального права на коллизионное регулирование частноправовых отношений с иностранным.

³⁸ См.: *Асосков А.В.* Основы коллизионного права. С. 190–191.

³⁹ См.: Там же.

⁴⁰ См.: Там же. С. 103.

⁴¹ См.: *Symeon C. Symeonides.* The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future. The Hague Academy of International Law. Leiden-Boston, 2006. P. 9.

Анализ норм Второго свода законов США позволяет сделать вывод, что принцип определения наиболее тесной связи в этом акте опирается на две составляющие. Первая составляющая механизма определения применимого права необходима судье для выявления и взвешивания интересов (политик), затронутых в том или ином правоотношении, а вторая — для выбора из предлагаемого законодателем набора тех коллизионных презумпций, которые максимально обеспечивают такие интересы. Руководствуясь этими интересами, судья при решении конкретных частноправовых споров с иностранным элементом стоит на тех же позициях, что и законодатель, выражает с ним единую государственно-правовую позицию.

Эволюция принципа наиболее тесной связи в США идет по пути совершенствования этих составляющих. По данным С. Симеонидеса, около половины штатов США руководствуются либо новейшими теориями определения применимого права, либо комбинациями известных теорий⁴².

Наиболее значительной из всех имеющихся на сегодня в США доктрин по определению применимого права является теория сравнения ущерба В. Бакстера (The comparative impairment theory)⁴³. Суть теории состоит в беспристрастном взвешивании коллидирующих в правоотношении интересов штатов (государств). Применяется право того штата (государства), интересам которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб не только в правовой, но и в экономической, и других сферах, если бы его право не было применено судом. Указанной теорией руководствуются в Калифорнии и Луизиане. В штате Луизиана теория В. Бакстера в силу имеющихся там континентальных правовых традиций получила законодательное закрепление. Законом 1991 г. № 923 в Гражданский кодекс Луизианы 1825 г. была внесена книга IV «Коллизии законов», вступившая в силу с 1 января 1992 г.

Как отмечает профессор С. Симеонидес, из 35 статей Гражданского кодекса Луизианы (книга IV «Коллизии законов») **27 статей содержат коллизионные нормы**, ориентированные на учет материально-правового результата⁴⁴. Материализация коллизионных норм в Гражданском кодексе Луизианы происходит в результате оценки правоприменителем силы и уместности устремлений всех имеющих отношение к делу штатов (государств)⁴⁵.

Сформулировав в ст. 3515 «Определение применимого права; общее и остаточное правило» важнейшие критерии определения применимого права, Гражданский кодекс Луизианы конкретизирует их, сочетая два фактора. В качестве первого (общего

⁴² См.: *Symeon C. Symeonides*. Table 1 Choice-of-Law Methodologies in Torts (T) and Contracts (C) in the Year 2000 // URL: <http://www.willamette.edu/wucl/journals/wlo/conflicts/00survey/00survey.htm> (дата обращения: 12 марта 2012 г.).

⁴³ См.: *Visher F.* General Course on Private International Law // Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Dordrecht, 1992(I). Т. 232. P. 59; *Nygh P.E.* The Reasonable Expectation of Parties as a Guide to the Choice of Law in Contract and in Tort // Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Dordrecht, 1995. Т. 251. P. 285.

⁴⁴ См.: *Symeon C. Symeonides*. Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress? // XV International Congress of Comparative Law. Kluwer Law International, 2000. P. 37.

⁴⁵ В ГК Луизианы в ст. 3516 «Значение понятия «штат» указано: «Будучи использованным в настоящей Книге, слово «штат» обозначает, в зависимости от обстоятельств: Соединенные штаты или любой штат, территорию или владение таковых; Округ Колумбию; Содружество Пуэрто-Рико; и любое иностранное государство или территориальное подразделение такового, которое имеет свою собственную систему права». См.: *Международное частное право: Иностранное законодательство*. С. 541.

правила) выступает оценка силы и уместности устремлений вовлеченных штатов, а в качестве второго (остаточного правила) — классические жесткие презумпции, исторически сформировавшиеся в МЧП, по сути, на основе учета первого фактора. Главное коллизионное начало в Гражданском кодексе Луизианы находит свое развитие в опоре на конкретные публичные интересы (устремления) и коллизионные презумпции. Так, сформулированное в Титуле II «Статус» правило ст. 3519 «Статус физического лица; общий принцип» добавляет к перечисленным в ст. 3515 устремлениям, относящимся к общему правилу, еще и устремления «поддержать действительность добровольно принятых обязательств, защищать детей, несовершеннолетних и иных нуждающихся в защите, а также оберегать семейные ценности и стабильность»⁴⁶. Судья обязан определять применимое право на основе этих устремлений с учетом жестких коллизионных презумпций, фигурирующих в статьях Титула II.

Важнейшей новеллой в Гражданском кодексе Луизианы по сравнению со Вторым сводом законов США является не просто учет интересов и политик, а оценка силы и уместности устремлений всех имеющих к делу штатов (государств) и применения права того штата (государства), которому был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено. Преимущество такой модификации принципа наиболее тесной связи заключается в том, что она требует от судьи учитывать не многочисленные, а значительные связи, основанные на наиболее серьезном ущербе публичным интересам страны, чье право не было бы применено к конкретному правоотношению. Таким образом, законодатель ориентирует судью не на математический подсчет, а на аналитический процесс. Этот процесс обязывает судью, в соответствии с известной римской максимой *argumenta ponderantur, non numerantur* (взвешивать, а не считать аргументы).

Некоторый поворот в сторону признания важности закрепления публичных интересов в европейском коллизионном праве наметился после принятия в странах ЕС в 2007–2008 гг. регламентов «Рим I» и «Рим II». В ряде случаев в регламентах закреплено сочетание двух составляющих (публичные интересы и коллизионные презумпции). Роль первой составляющей выполняют некоторые параграфы Преамбулы, указывающие на цели коллизионного регулирования, а роль второй составляющей — коллизионные презумпции статей Регламента. Так, например, п. 20 преамбулы Регламента «Рим II» указывается, что «в сфере ответственности за продукцию правило конфликта законов должно учитывать такие цели, как справедливое распределение рисков в современном высокотехнологическом обществе, охрана здоровья потребителей, стимулирование инноваций, недопустимость искажения конкуренции и содействие торговле. Введение каскадной системы типов привязок вместе с условием предсказуемости является сбалансированным решением применительно к этим целям»⁴⁷. В качестве второй составляющей коллизионного регулирования в данном случае выступает каскадная система привязок ст. 5 Регламента («Ответственность за продукцию»).

Принятый в 2008 г. Регламент ЕС «Рим I» «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» демонстрирует такой же подход. При выборе кол-

⁴⁶ Международное частное право: Иностранное законодательство. С. 542.

⁴⁷ Регламент (ЕС) № 864/2007 «О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам» («Рим II»).

лизионной презумпции судья также обязан взвешивать интересы. Так, например, п. 23 преамбулы Регламента устанавливает правило, в соответствии с которым «в отношении договоров, заключаемых со сторонами, которые считаются более слабыми, эти стороны должны быть защищены коллизионными нормами, имеющими для их интересов более благоприятный характер по сравнению с общими правилами»⁴⁸. Эту же схему европейский законодатель демонстрирует и в других параграфах преамбулы Регламента «Рим I». Так, например, в п. 32 преамбулы указано на интересы, обеспечивающие «адекватный уровень защиты пассажиров и страхователей», а в п. 35 — на интересы наемных работников⁴⁹.

Еще одним подтверждением использования в Регламентах ЕС «Рим I» и «Рим II» некоторых элементов коллизионной доктрины США является достаточно частое употребление в преамбулах и статьях регламентов положений, связанных с обеспечением в коллизионном регулировании различного рода интересов. Например, в Преамбуле Регламента «Рим II» такие интересы закреплены в п. 16, 19 и 34 («обеспечение разумного баланса между затрагиваемыми интересами сторон»), в п. 21 («преимущества привязки, затрагивающей коллективные интересы потребителей») и в п. 32 («соображения публичного интереса оправдывают в исключительных обстоятельствах использование судами государств-членов таких механизмов, как оговорка о публичном порядке и преобладающие императивные положения»).

Коллизионный подход, учитывающий указанные интересы, прослеживается и в Регламенте «Рим II»: «коллективные интересы потребителей» (п. 1 ст. 6), «интересы определенного конкурента» (п. 2 ст. 6), «профессиональные интересы указанных лиц» (ст. 9). Указанные нормы прямо указывают на интересы в своей привязке⁵⁰. Так, в соответствии с п. 1 ст. 6 «правом, подлежащим применению к внедоговорному обязательству, возникающему вследствие недобросовестного конкурентного действия, является право страны, на территории которой затрагиваются или могут затрагиваться конкурентные отношения или коллективные интересы потребителей»⁵¹.

Таким образом, регламенты ЕС «Рим I» и «Рим II» **обязывают судью при выборе** коллизионной презумпции руководствоваться целым рядом целей и интересов, что свидетельствует о так называемой материализации коллизионного права.

Этот новый общий подход европейского законодателя к коллизионному регулированию можно назвать революционным. Еще совсем недавно швейцарский коллизионист Ф. Вишер отмечал, что «гильдия европейских коллизионистов бо-

⁴⁸ Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» («Рим I»).

⁴⁹ Там же.

⁵⁰ Тенденция прямого закрепления интересов в привязке коллизионной нормы (интересы слабой стороны и т.д.) характерна сегодня не только для США и стран Европейского союза, но и для Китая и других государств. Закон Китайской Народной Республики о применении права к гражданско-правовым отношениям, выходящим за пределы одного государства (2010) закрепляет в привязке коллизионной нормы §29 право, наиболее благоприятное для защиты интересов получателя алиментов, а в §30 — право, наиболее благоприятное для защиты интересов подопечного. См. сайт: Научно-учебная группа «Современная конструкция международного частного права. Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики» // <http://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/040101>

⁵¹ Там же.

ится включения материально-правовых соображений в процесс определения применимого права как черт ладана»⁵².

Использование в коллизионном регулировании ЕС тех же факторов (интересов, целей и др.), что и в законодательстве США, позволяет говорить об определенном сближении двух основных подходов в определении права, наиболее тесно связанного с правоотношением. Главное различие между этими подходами на сегодняшний день заключается в том, что в США принцип наиболее тесной связи закреплен в качестве главного, исходного начала (Второй свод законов, Гражданский кодекс Луизианы), а в Европейском союзе (регламенты «Рим I» и «Рим II») — в качестве субсидиарного.

Каждый из этих подходов влечет за собой определенную методологию определения применимого права. В США такая коллизионная методология воплощена в достаточно четкой системе: главное коллизионное начало — взвешивание судьей факторов (интересов), связанных с правоотношением, — выбор коллизионной презумпции. Такая связка необходима постольку, поскольку сама по себе наиболее тесная связь без ориентировки на публичные интересы, лежащие в основе этой связи, выступает категорией однобоко-абстрактной, неясной для правоприменителя.

В регламентах Европейского союза на первом месте находятся традиционные коллизионные презумпции, использование которых в ряде случаев корректируется субсидиарной коллизионной нормой и специальной оговоркой о наиболее тесной связи. Таким образом, фактор учета публичных интересов в коллизионном регулировании Европейского союза используется выборочно.

Проведенный анализ форм установления принципа наиболее тесной связи в законодательстве позволяет сделать вывод, что максимально точным является такое его законодательное закрепление, которое учитывает одновременно два важнейших обстоятельства.

1. Принцип наиболее тесной связи должен быть установлен в качестве главного, исходного коллизионного начала. Одновременно в законе должно быть указано, что все содержащиеся в нем коллизионные и материальные нормы являются выражением принципа наиболее тесной связи и отступление от них возможно лишь в случае определения в деле значительно большей связи, чем та, которая указана законодателем⁵³.

2. В коллизионном механизме должны быть установлены сразу две составляющие (публичные интересы и жесткие коллизионные презумпции). Первую составляющую судья обязан использовать для выявления и взвешивания публичных интересов, коллидирующих в правоотношении, а вторую — для выбора из предлагаемого законодателем набора тех коллизионных презумпций, которые максимально эти интересы обеспечивают.

Преимущество такого законодательного закрепления принципа наиболее тесной связи заключается в том, что оно исторически и логически обоснованно. Такое изложение принципа ставит судью на место законодателя и обязывает его при поисках наиболее тесной связи руководствоваться теми же интересами и предпо-

⁵² Асосков А.В. Влияние материального права на коллизионное регулирование частноправовых отношений с иностранным элементом.

⁵³ Такой формат принципа наиболее тесной связи закреплен в ст. 15 Закона Швейцарии о МЧП и в ст. 3082 ГК Квебека.

чтениями, которыми руководствовался законодатель, выражать вместе с законодателем единую государственно-правовую позицию.

Следует еще раз подчеркнуть, что при отсутствии в коллизионном механизме составляющей, связанной с выявлением и взвешиванием коллидирующих интересов, судья руководствуется своими личными представлениями о целях законодателя, возложенных на коллизионные нормы. В этом случае решения судей не будут отличаться предсказуемостью и обоснованностью. Один из создателей Второго свода законов США Б. Карри, настаивая на закреплении в законодательстве принципов, помогающих в определении права, справедливо указывал, что судья не может самостоятельно давать оценку коллидирующим интересам государств (штатов) с целью определения, какой из них преобладает, поскольку это политическая функция очень высокого уровня⁵⁴. Идеи учения Б. Карри, связанные с учетом публичных интересов разных стран, а также с возможностью и целесообразностью определения нормообразующих факторов, отражающих эти интересы, не только легли в основу Второго свода законов США, но и оказали серьезное влияние на развитие современной европейской коллизионной доктрины.

Профессор С. Симеонидес, проведший в декабре 2009 г. первое за 40 лет комплексное исследование применения американскими судами в деликтных обязательствах принципов, заложенных в ходе американской коллизионной революции, констатировал, что суды в 86% случаев достигали однородных результатов⁵⁵. Этот высокий показатель полностью доказывает обоснованность принципов, установленных §6 Второго свода законов США в помощь суду, определяющему наиболее тесную связь.

Подход к раскрытию содержания наиболее тесной связи, учитывающий материальные факторы наряду с сугубо территориальными (географическими) контактами, получил в доктрине название «материально-правового (смешанного) подхода»⁵⁶. В пользу материально-правового (смешанного) подхода, по мнению А.В. Асоскова, существуют веские аргументы. Эти аргументы заключаются в том, «что для обеспечения эффективности гибкого коллизионного регулирования суд должен иметь те же возможности по учету различных групп нормообразующих факторов, что и законодатель»⁵⁷.

Анализ коллизионного регулирования показывает, что содержание принципа наиболее тесной связи в силу его природы не может быть сведено только к одним

⁵⁴ См.: *Currie B. Comments on Babcock v. Jackson — A Recent Development in Conflict of Laws // Columbia Law Review. 1963. № 7. P. 1237–1238. В отечественной доктрине подобный взгляд высказывал профессор О.Н. Садилов, отмечавший, что «мера связанности фактических отношений с надлежащим правопорядком не должна определяться судом или арбитражем, а должна определяться на основе установленных в законе критериев». Цит. по: *Гаспаревич И.Ю. Принцип наиболее тесной связи в коллизионном праве // Проблемы управления. 2010. № 3(36). С. 134.**

⁵⁵ См.: *Symeon C. Symeonides. Choice of Law in Cross-BorderTorts: Why Plaintiffs Win and Should // Hastings Law Journal. December. 2009. P. 337.*

⁵⁶ Наряду с этим подходом к раскрытию содержания наиболее тесной связи А.В. Асосков отмечает еще коллизионный подход, в соответствии с которым подлежат оценке только территориальные (географические) контакты между регулируемым отношением и различными странами, и субъективный подход, основанный на выявлении гипотетического намерения сторон в части применения определенного права. См.: *Асосков А.В. Основы коллизионного права. М., 2012. С. 322.*

⁵⁷ *Асосков А.В. Основы коллизионного права. С. 315–316.*

коллизийным презумпциям. Такая схема всегда будет давать сбой, поскольку МЧП завязано на глобальное разнообразие сотен правопорядков. Это разнообразие требует особой юридической техники и высочайшего профессионализма как от законодателя, предлагающего в рамках принципа тесной связи оперировать целым набором разнообразных юридических приемов (публичные интересы и коллизийные презумпции), так и от правоприменителя, умеющего в каждом конкретном случае использовать из этого набора необходимый юридический инструментарий.

Э.А. Иванов

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

Международная террористическая организация как потенциальный субъект ответственности по международному уголовному праву*

В статье анализируются угрозы международной безопасности со стороны международных террористических организаций, основные подходы к борьбе с их преступной деятельностью на национальном и международном уровнях. Автор предлагает собственную концепцию ответственности международных террористических организаций по международному уголовному праву и создания Международного трибунала по преступлениям международных террористических организаций.

Ключевые слова: международный терроризм, международные террористические организации, международное уголовное право, Международный трибунал по преступлениям международных террористических организаций.

1. Международные террористические организации как угроза международной безопасности

В конце XX — начале XXI в. международный терроризм стал одной из глобальных угроз международной безопасности и безопасности отдельных государств. Отличительными особенностями современного терроризма являются рост масштабов преступной деятельности международных террористических организаций и их взаимодействие в различных формах с отдельными государствами.

* В данной научной работе использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта № 11-01-0020, реализованного в рамках Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2012–2013 гг.

Международные террористические организации стали самостоятельной силой, обладающей достаточными ресурсами для нанесения ударов по населению любых, даже самых мощных в военном и экономическом отношении государств. Как показывает пример взаимодействия Аль-Каиды и движения Талибан в Афганистане, террористические организации в состоянии в течение определенного времени самостоятельно вести боевые действия против вооруженных сил государств. Многие авторы отмечают угрозу завладения террористическими организациями оружием массового уничтожения. Можно выделить следующие факторы, оказавшие или оказывающие влияние на развитие современного международного терроризма:

- изменение геополитического положения в мире после распада СССР;
- длительные вооруженные конфликты как международного, так и немеждународного характера, в частности на Ближнем Востоке, в Афганистане, в Чеченской Республике;
- формирование в ряде регионов мира значительных групп населения, постоянно участвующих в боевых действиях и не имеющих других знаний и навыков, кроме военных;
- растущий разрыв в уровне благосостояния между государствами;
- дефицит природных ресурсов, в частности нефти, газа, пресной воды;
- процессы глобализации и, как следствие, столкновение европейской культуры с религиозными и культурными традициями арабских и африканских стран;
- рост миграции и формирование в европейских странах значительных этнических диаспор выходцев из арабских стран, которые не ассимилируются и сохраняют достаточно замкнутый характер;
- прозрачные границы в ряде регионов мира;
- финансовый кризис и существенное снижение уровня жизни в ряде государств;
- развитие взаимодействия террористических организаций с транснациональными криминальными корпорациями, в том числе действующими в сфере незаконного оборота наркотических средств и психотропных веществ и незаконной торговли оружием.

Государства и международное право оказались не готовы в должной мере противостоять современному международному терроризму. Право международной безопасности всегда было ориентировано на предотвращение либо прекращение вооруженных конфликтов с участием государств. Существующий механизм действий Совета Безопасности ООН в ситуациях, представляющих угрозу миру, нарушение мира или акт агрессии, позволял оказывать воздействие на участвующие в конфликте государства, в том числе путем применения санкций. Международное гуманитарное право было ориентировано на регулирование отношений в период вооруженных конфликтов международного и немеждународного характера с видимым, осязаемым противником, против которого возможно целенаправленное применение вооруженных сил государств. При этом противник являлся субъектом международного права и был обязан соблюдать международно-правовые нормы, в том числе законы и обычаи войны. Наконец, международное уголовное право, регулирующее межгосударственные отношения в сфере борьбы с преступностью, в основном давало государствам возможность реагировать на уже совершенные преступления.

Можно выделить несколько международно-правовых проблем, которые не позволяют государствам достаточно эффективно бороться с международными террористическими организациями. Первая проблема заключается в том, что привлечение в отдельных государствах отдельных террористов к уголовной ответственности за уже совершенные террористические акты не ведет к прекращению преступной деятельности международных террористических организаций. Они обладают достаточными ресурсами для воспроизводства и успешно используют территории государств, не имеющих достаточно эффективного законодательства и правоохранительной системы либо поддерживающих террористов.

Вторая проблема состоит в том, что государства не принимают поведения террористических организаций, базирующихся на их территории, в качестве собственного. Доказать же наличие эффективного контроля над действиями террористических организаций со стороны того или иного государства практически невозможно либо крайне сложно. С позиций международно-правовой доктрины в таком случае нет субъекта ответственности по международному праву. Также не ясно, в отношении какого субъекта международного права должны применяться санкции на основании резолюций Совета Безопасности ООН, хотя уже имеется практика принятия резолюций непосредственно в отношении террористических организаций и связанных с ними лиц, групп и организаций.

Террористические организации являются невидимым противником. Не ясно, против кого государства должны применять вооруженные силы в порядке права на индивидуальную или коллективную самооборону, ведь террористы находятся на территориях других суверенных государств, которые не несут ответственности за их действия. Доктрина о праве на превентивную самооборону против международного терроризма, сформулированная после террористических актов 11 сентября 2001 г. в Вашингтоне и Нью-Йорке и получившая в честь бывшего Президента США название «доктрина Буша», вызвала широкую критику, в том числе в российской международно-правовой науке.

Террористические организации не являются субъектами международного права и, следовательно, не связаны в вооруженных конфликтах нормами международного гуманитарного права.

Государства вынуждены тратить огромные организационные и финансовые ресурсы на предотвращение террористических актов, вводить различные ограничения прав собственных граждан. Специальными службами и правоохранительными органами ведется каждодневная кропотливая работа, позволяющая предотвращать значительное количество террористических актов. Несмотря на эти усилия государств, террористические акты снова и снова совершаются в различных регионах мира, погибают невинные мирные люди.

Сложившаяся ситуация требует поиска новых подходов к борьбе с преступной деятельностью международных террористических организаций и поддерживающих их государств, создания новых международно-правовых норм и механизмов.

2. Опыт Нюрнбергского и Токийского трибуналов

Идею признания определенных организаций преступными на основе международно-правовых норм нельзя назвать новой для международного права. Она воз-

ника вместе с Нюрнбергским трибуналом, создание которого положило начало развитию международной уголовной юстиции.

При рассмотрении вопроса о возможности признания международной террористической организации в качестве субъекта ответственности по международному уголовному праву важное значение имеют положения Устава Международного военного трибунала для суда и наказания главных военных преступников европейских стран оси (Нюрнбергский трибунал), принятого 8 августа 1945 г. (далее — Устав).

В соответствии со ст. 9 Устава при рассмотрении дела о любом отдельном члене той или иной группы или организации трибунал был наделен правом (в связи с любым действием, за которое это лицо будет осуждено) признать, что группа или организация, членом которой подсудимый являлся, была преступной организацией. Ст. 10 Устава предусматривала, что в случае, если трибунал признает ту или иную группу или организацию преступной, компетентные национальные власти каждой из подписавшихся сторон имеют право привлекать к суду национальных, военных или оккупационных трибуналов за принадлежность к этой группе или организации. В этих случаях преступный характер группы или организации считается доказанным и не может подвергаться оспариванию. Трибунал признал преступными организациями Гестапо, СД, СС и руководство НСДАП.

3. Функционально ограниченная международная правосубъектность международных террористических организаций. Концепция Л. Маммена

Проблема возможной ответственности международных террористических организаций по международному праву остается малоизученной. Одной из немногих работ по данной теме является исследование Ларса Маммена, посвященное возможному международно-правовому статусу международных террористических организаций¹. Целями исследования являлись: теоретико-правовое обоснование возможного международно-правового статуса международной террористической организации; анализ, насколько террористическая организация, наделенная собственной международной правосубъектностью, может являться объектом санкций, в частности применяемых в соответствии с резолюциями Совета Безопасности ООН, принятыми на основании гл. VII Устава ООН; анализ последствий признания правосубъектности террористической организации для применения норм международного гуманитарного права в ходе вооруженных конфликтов с участием членов террористической организации². Учитывая значение данных вопросов для настоящего исследования, представляется необходимым проанализировать основные выводы и аргументы Л. Маммена.

В своей работе Л. Маммен предложил признать международную террористическую организацию в качестве субъекта международного права, обладающего функционально ограниченной правосубъектностью, не означающей обладание всеми правами и обязанностями общепризнанных субъектов международного права. Ав-

¹ См.: *Mammen L. Völkerrechtliche Stellung von Internationalen Terrororganisationen*. Nomos Verl. Baden-Baden, 2008.

² См.: *Ibid.* S. 26.

тор представил подробное обоснование данного предложения, а также провел анализ последствий наделения международных террористических организаций международной правосубъектностью для права международной безопасности, права международной ответственности и международного гуманитарного права.

Необходимо отметить, что Л. Маммен придерживается в своем исследовании широкого подхода к определению круга субъектов международного права, включая в него международные неправительственные организации и транснациональные корпорации³. Такой подход он обосновывает значительной ролью указанных субъектов в международных отношениях, а также возможностью наделения их ограниченным кругом прав и обязанностей непосредственно на основании норм международного права.

Международная правосубъектность — это качественная характеристика субъекта международного права, выражающаяся в способности лица быть субъектом международного права⁴. И.И. Лукашук дает определение субъекта международного права как самостоятельного образования, которое благодаря своим возможностям и юридическим свойствам способно обладать правами и обязанностями по международному праву, участвовать в создании и реализации его норм⁵.

Представители российской международно-правовой науки занимают различные позиции в вопросе о признании транснациональных корпораций и международных неправительственных организаций субъектами международного права. Так, Г.В. Игнатенко придерживается позиции, аналогичной позиции Л. Маммена. Он полагает, что современная ситуация побуждает к совершенствованию взглядов при оценке понятия и видов субъектов международного права и предлагает разграничить субъектов на две группы. В первую группу включаются субъекты правосоздающие и вместе с тем правоприменяющие. Ко второй группе относятся субъекты только правоприменяющие, но не обладающие нормотворческой правоспособностью⁶. Другие ведущие ученые полагают, что обязательным элементом международной правосубъектности является участие в создании международно-правовых норм. Согласно мнению С.В. Черниченко, международное нормотворчество — одна из существенных черт международной правосубъектности в отличие от правосубъектности во внутригосударственном плане⁷. В определении, данном И.И. Лукашук, способность участвовать в создании международно-правовых норм также выделена в качестве обязательной характеристики субъекта международного права. По мнению П.Н. Бирюкова, только наличие трех элементов (обладание правами и обязанностями, вытекающими из международно-правовых норм; существование в виде коллективного образования; непосредственное участие в создании международно-правовых норм) дает основание считать то или иное образование полноценным субъектом международного права⁸. Автор настоящей ра-

³ См.: *Mammen L.* Op. cit. S. 225–226.

⁴ См.: *Международное публичное право: курс лекций.* Казань, 2004. С. 101.

⁵ См.: *Лукашук И.И.* *Международное право: Общая часть: учеб.* М., 1997. С. 10.

⁶ См.: *Международное право: учеб.* / под ред. В.И. Кузнецова и Б.Р. Тузмухамедова. М., 2010. С. 82–87.

⁷ См.: *Черниченко С.В.* *Международное право: современные теоретические проблемы.* М., 1993. С. 29.

⁸ См.: *Бирюков П.Н.* *Международное право: учеб. пособие.* М., 2008. С. 98.

боты также придерживается мнения, что транснациональные корпорации и международные неправительственные организации не обладают всеми необходимыми качествами для признания субъектами международного права. Необходимо отметить, что признание того или иного образования субъектом международного права во многом зависит от позиции первичных субъектов — государств.

Аргументы «за» признание функционально ограниченной международной правосубъектности международных террористических организаций. Проводя анализ возможного наделения международных террористических организаций ограниченной функциональной международной правосубъектностью, Л. Маммен выделяет несколько международно-правовых проблем, существующих в связи с отсутствием такой правосубъектности в настоящее время. В качестве первой проблемы рассматривается применение мер по поддержанию мира и международной безопасности, а также права на самооборону непосредственно в отношении международной террористической организации, использующей территорию суверенного государства. Если не признавать международную террористическую организацию самостоятельным субъектом, в отношении которого применяется право на самооборону, то получается, что эти меры применяются в отношении другого государства в нарушение норм международного права, поскольку этому государству невозможно присвоить поведение международной террористической организации.

Второй проблемой является применение норм международного гуманитарного права в вооруженном конфликте между государством и международной террористической организацией, происходящем на территории другого государства. Автор отмечает, что в отсутствие четких международно-правовых норм, регулирующих указанные проблемы, возрастает опасность все более частого одностороннего применения силы со ссылкой на борьбу с терроризмом. В результате международное право будет не в полном объеме выполнять свои приоритетные функции по поддержанию международного мира и безопасности⁹.

Признание международных террористических организаций в качестве субъектов международного права позволит, по мнению Л. Маммена, распространить на них ряд обязанностей в соответствии с нормами международного права, в частности обязанностей, вытекающих из общих принципов международного права (принцип неприменения силы и угрозы силой), а также обязанностей соблюдать в ходе вооруженных конфликтов нормы международного гуманитарного права. При этом в работе обоснованно отмечается, что участвующие в вооруженном конфликте с государством члены международной террористической организации не могут быть признаны комбатантами, так как они не носят форму и знаки отличия, а также не соблюдают законы и обычаи войны, в частности запрет террористических методов ведения войны. Участие членов террористической организации в боевых действиях не позволяет рассматривать их и в качестве гражданского населения.

По мнению Л. Маммена, в случае задержания участвующих в боевых действиях членов международной террористической организации на них будут распространяться не нормы права вооруженных конфликтов, а общие нормы, регулирующие защиту прав человека, такие как запрет пыток, право на свободу религиозных убеждений. Вызывает большие сомнения, что распространение на международные

⁹ См.: *Mammen L. Op. cit.* S. 227–228.

террористические организации только обязанностей соблюдать нормы международного гуманитарного права повлечет за собой их фактическое исполнение. Не наделяя субъект какими-либо правами, мы не создаем ему никакой положительной мотивации к исполнению обязанностей.

Значимые аргументы в пользу наделения международных террористических организаций ограниченной международной правосубъектностью приведены Л. Мамменом применительно к праву международной ответственности. Автор отмечает, что обязанность уважения права является неотъемлемым элементом любого правопорядка. Деяния, нарушающие нормы международного права, должны влечь за собой международную ответственность. У потерпевшего государства возникает право требовать от нарушителя исполнения обязательств в рамках правоотношения ответственности, а также применять контрмеры с целью побудить к исполнению обязательств. В ситуации, когда поведение международной террористической организации не может быть присвоено государству, а сама организация не признается субъектом международного права, потерпевшему государству фактически некому предъявить требования об ответственности. Таким образом, международно-противоправное деяние остается безнаказанным в силу отсутствия признанного субъекта, который может нести за него ответственность. С такой позицией Л. Маммена следует согласиться.

В целом суть концепции Л. Маммена заключается в том, чтобы, признав международные террористические организации в ограниченном объеме субъектами международного права, возложить на них определенные обязанности, предусмотренные нормами права международной безопасности и международного гуманитарного права, и создать, таким образом, правовое основание для их ответственности за нарушение этих обязанностей.

Аргументы «против» признания функционально ограниченной международной правосубъектности международных террористических организаций. В исследовании Л. Маммена приводятся три основных аргумента против признания функционально ограниченной международной правосубъектности международных террористических организаций.

Первый аргумент заключается в том, что международные террористические организации, хотя и представляют большую опасность, по существу ничем не отличаются от обычных преступных организаций, члены которых являются преступниками по национальному уголовному праву. В связи с этим нет особых причин для наделения террористических организаций какой-либо особой правосубъектностью в международном праве. Для уголовного преследования членов террористических организаций, действующих в различных государствах, достаточно существующих многосторонних и двусторонних международных договоров о борьбе с различными проявлениями терроризма, как и для борьбы с обычной транснациональной преступностью.

По мнению Л. Маммена, ситуация изменилась после террористических актов в США 11 сентября 2001 г. Мировое сообщество стало предпринимать против террористических организаций меры, связанные с использованием вооруженных сил. Постепенно формируется мнение, что международные террористические организации не просто преступные организации, а структуры, обладающие значительным влиянием на мировой сцене. Для борьбы с ними в определенных условиях необходимо применение мер, которые обычно используются только в конфликтах между

государствами. Наделение международных террористических организаций международной правосубъектностью позволит определять правомерность применения в отношении них силы в соответствии с нормами международного права.

Вторым аргументом против наделения международных террористических организаций международной правосубъектностью является несоответствие их классическим параметрам, необходимым для признания в качестве субъекта международного права, в первую очередь отсутствие контроля над определенной территорией.

Мы уже отмечали широкое понимание Л. Мамменом круга субъектов международного права. По его мнению, обладание определенной территорией не является в настоящее время обязательным условием для приобретения международной правосубъектности. Гораздо важнее реальное участие в международных отношениях. В обоснование своей позиции Л. Маммен ссылается на Консультативное заключение Международного Суда ООН по делу о репарациях, а также на результаты собственных исследований. Он полагает, что в асимметричных конфликтах территориальные интересы не играют столь значимой роли. Для эффективного статуса организации гораздо важнее ее материальные и человеческие ресурсы, позволяющие быть реальной военной силой на мировой арене. В качестве примера приводится Аль-Каида, которая, не обладая определенной территорией, представляет серьезную и долгосрочную угрозу безопасности отдельных государств и международного сообщества в целом.

Третьим и, на наш взгляд, самым серьезным аргументом является то, что международные террористические организации не соблюдают основные фундаментальные принципы и нормы международного права. По мнению Л. Маммена, только нарушения террористическими организациями международно-правовых норм недостаточно, чтобы не признавать их функционально ограниченную международную правосубъектность. Другие субъекты международного права также время от времени нарушают нормы международного права, однако не утрачивают в этой связи свою международную правосубъектность. Л. Маммен предлагает разработать критерии признания международной террористической организации субъектом международного права и принимать решение в каждом конкретном случае. В работе предложен ряд критериев для такого признания¹⁰.

4. Признание международных террористических организаций субъектами ответственности по международному праву

Соглашаясь с целым рядом оценок и аргументов Л. Маммена, автор настоящей статьи не может согласиться с основной идеей о наделении международных террористических организаций международной правосубъектностью. Непонятно, как можно признавать субъектом международного права организацию, специально созданную для ведения деятельности, запрещенной международным правом, прямо противоречащей его основным принципам и нормам. Аргумент, что признанные субъекты международного права также периодически нарушают международно-правовые нормы, не утрачивая при этом своей международной правосубъектности, выглядит не очень убедительно. Признанные субъекты международного права

¹⁰ См.: *Mammen L. Op. cit. S. 234–238.*

возникали или создавались для ведения правомерной деятельности в соответствии с принципами и нормами международного права. Нарушение ими международно-правовых обязательств носит исключительный характер и никак не может рассматриваться в качестве основной цели деятельности. Представляется, что речь ни в коем случае не должна идти о признании террористических организаций субъектами международного права. Для борьбы с преступной деятельностью террористических организаций столь широкий подход к их статусу не требуется.

На наш взгляд, необходимо признать международную террористическую организацию в качестве самостоятельного субъекта преступления международного терроризма и ответственности по международному праву.

Здесь можно провести определенную аналогию с нормами уголовного права государств, направленными на борьбу с организованной преступностью. В национальном уголовном праве государств существуют нормы об ответственности за создание организованных преступных групп, преступных организаций и сообществ. Совершение преступления организованной преступной группой является квалифицированным составом и влечет более тяжкое наказание. Правовая конструкция организованной преступной группы (организации, сообщества) была создана для пресечения уголовно-правовыми средствами преступной деятельности таких организаций, представляющей повышенную общественную опасность. При этом никто не наделяет организованную преступную группу какой-либо самостоятельной правосубъектностью и возможностью участвовать в иных правоотношениях, не связанных с ее уголовным преследованием.

Применительно к международным террористическим организациям необходимо понимать, что цель распространения на их поведение норм международного права заключается не в том, чтобы сделать их участниками международных отношений, скажем, вести с ними переговоры или привлекать к участию в разработке международных договоров. Единственная цель заключается в создании международно-правовой конструкции, позволяющей обеспечить эффективное пресечение преступной деятельности международных террористических организаций, создающей угрозу миру и международной безопасности.

Рассматривая вопрос признания международных террористических организаций в качестве субъектов ответственности по международному праву, необходимо признать реальное положение вещей, которое заключается в том, что целый ряд международных террористических организаций действует независимо от государств. Государства не осуществляют даже общий контроль их действий, и при всем желании мы никогда не сможем присвоить какому-либо государству их поведение. Сотрудничество государств с международными террористическими организациями основывается на совпадении интересов и до некоторой степени равноправных договоренностях. Государства в своих интересах оказывают международным террористическим организациям активную и пассивную поддержку в осуществлении террористической деятельности, направленной против других государств. Такая поддержка создает необходимые условия для продолжения террористической деятельности. При этом государства скрываются за террористическими организациями как за ширмой, уходя, таким образом, от международной ответственности.

Проведение аналогии с дискуссией о возможной международной правосубъектности и ответственности по международному праву транснациональных корпо-

раций представляется здесь не совсем уместным. Транснациональные корпорации, несмотря на международный характер и значительные масштабы своей деятельности, по существу представляют собой множество юридических лиц, зарегистрированных в различных государствах и подпадающих под их юрисдикцию. Частноправовые контракты транснациональных корпораций с государствами и возникающие по ним споры остаются в рамках международного частного права и не попадают в сферу публично-правового международного регулирования.

Отношения между государствами и международными террористическими организациями складываются в связи с подготовкой и совершением преступлений, т.е. по своей природе являются уголовно-правовыми. Однако на основе норм национального уголовного права невозможно обеспечить привлечение к ответственности за преступление, совершаемое в соучастии международной террористической организацией и иностранным государством. Ни в одной стране иностранное государство, обладающее суверенитетом, не может рассматриваться в качестве субъекта ответственности по национальному уголовному праву. Государство может нести только международную ответственность. Следовательно, и ответственность за деяния, совершаемые в сговоре государством и международной террористической организацией, должна наступать по нормам международного права.

Предложение о признании международной террористической организации самостоятельным субъектом преступлений международного терроризма и ответственности по международному праву обусловлено той опасностью, которую международные террористические организации представляют для всей системы международных отношений. Обычные преступные организации, в том числе действующие на международном уровне, преследуют экономические цели. Проникновение в органы государственной власти и подкуп должностных лиц направлены на получение доступа к экономическим ресурсам и обеспечение защиты от возможного уголовного преследования. Преступные организации, как правило, не стремятся прийти к власти и взять на себя экономические и социальные проблемы государства. В отличие от них международные террористические организации ставят своей целью захват власти в отдельных государствах или регионах мира. В случае достижения какой-либо из террористических организаций поставленной цели международное сообщество получит государство — субъект международного права, контролируемое террористами и выражающее их интересы в межгосударственных отношениях. Рано или поздно единственным выходом из такой ситуации останется применение вооруженных сил.

Хотелось бы отметить еще одну отличительную особенность международных террористических организаций. Они являются единственными среди преступных организаций, которые могут иметь в качестве союзников, соучастников в преступной деятельности не отдельных коррумпированных государственных служащих, а сами государства.

Угрозу всему мировому сообществу будет представлять и ситуация, в которой международная террористическая организация завладеет оружием массового уничтожения. Тогда любое государство или международная организация может оказаться потенциальной мишенью. Тезис, что подобное зло надо пресекать на корню, вряд ли требует дополнительной аргументации.

Идея признания международных террористических организаций в качестве самостоятельных субъектов ответственности по международному праву прослежива-

ется в резолюциях Совета Безопасности ООН. Уже существуют резолюции Совета Безопасности ООН, направленные непосредственно против Аль-Каиды, без присвоения ее поведения какому-либо государству.

5. Ответственность террористических организаций в национальном праве государств

В целом ряде государств власти осознали высокий уровень общественной опасности террористических организаций и приняли специальные нормы, направленные на пресечение их преступной деятельности. Подробный сравнительный анализ положений национального законодательства, направленных на борьбу с преступной деятельностью террористических организаций, и правоприменительной практики заслуживают того, чтобы стать предметом самостоятельного изучения. В рамках проведенного исследования автором были проанализированы правовые нормы и практика отдельных государств, относящихся к различным правовым системам.

Анализ перечней организаций, признанных террористическими на основании решений национальных судов различных государств, показывает наличие в них существенных отличий. Они видны уже при сравнении количества террористических организаций, включенных в перечни. На момент написания настоящей работы имелась следующая информация: Австралия — 17 террористических организаций¹¹; Великобритания — 48 международных террористических организаций и 14 террористических организаций из Северной Ирландии¹²; Индия — 35 террористических организаций¹³; Республика Казахстан — 15 террористических организаций; Кыргызская Республика — 8 террористических организаций; Российская Федерация — 19 террористических организаций, 21 общественное и религиозное объединение, а также иные некоммерческие организации¹⁴; Соединенные Штаты Америки — 49 организаций¹⁵; Республика Таджикистан — 13 террористических организаций¹⁶.

Существующие отличия могут быть обусловлены различной географией преступной деятельности террористических организаций. Государства, не сталкивающиеся с преступной деятельностью тех или иных террористических организаций на своей территории или против своих граждан, могут просто не иметь мотивации для вынесения материалов о деятельности этих террористических организаций на рассмотрение судебных органов. Международные террористические организации могут, однако, быстро менять географию и использовать для базирования и размещения средств территории тех государств, в которых они не признаны террористическими, что создает серьезную угрозу для международной безопасности в целом, а также потенциальные проблемы в отношениях с государствами, против которых направлена деятельность террористических организаций. Другая возможная при-

¹¹ <http://www.nationalsecurity.gov.au>

¹² <http://www.homeoffice.gov.uk/publications/counter-terrorism/proscribed-terror-groups/proscribed-groups?view=Binary>

¹³ http://www.mha.gov.in/uniquepage.asp?Id_Pk=292

¹⁴ http://nak.fsb.ru/nac/ter_org.htm

¹⁵ Country Reports on Terrorism 2011. P. 220–221 // <http://www.state.gov/j/ct/rls/crt/2011/195553.htm>

¹⁶ <http://www.cisatc.org>

чина различий в списках террористических организаций — различные политические оценки государствами их деятельности в силу различных политических и экономических интересов.

По результатам изучения положений национальных законодательств, регулирующих борьбу с преступной деятельностью террористических организаций, можно сделать следующие выводы.

В специальном законодательстве о борьбе с терроризмом значительного числа государств, расположенных на различных континентах и относящихся к различным правовым системам, существует процедура признания организаций террористическими организациями. При этом под организацией может пониматься объединение лиц в целях совершения террористических преступлений (осуществления террористической деятельности), юридическое лицо, зарегистрированное в соответствии с нормами национального права соответствующего государства, и даже международная организация. Деятельность организаций, признанных террористическими, запрещается. Юридические лица подлежат ликвидации. Имущество террористических организаций конфискуется.

Признание организаций террористическими и включение их в национальные перечни террористических организаций осуществляется по решению суда либо органов исполнительной власти.

Во многих странах существует процедура обжалования решений о включении в перечень в административном и/или судебном порядке. Подача жалобы может осуществляться как организацией, включенной в перечень, так и лицами, права и интересы которых затронуты решением о включении той или иной организации в перечень террористических организаций. Парламентский контроль за формированием перечня мало распространен и является скорее исключением.

В ряде государств перечни террористических организаций подлежат периодическому пересмотру и повторному утверждению. Все решения о включении и исключении из перечня, как правило, подлежат официальному опубликованию. Во многих государствах при опубликовании предусмотрено обязательное указание причин принятия соответствующего решения.

В уголовном законодательстве многих государств существует понятие «террористическая организация». В ряде стран оно охватывается более широким понятием «преступная организация» либо частично охватывается понятием «незаконное вооруженное формирование». За создание террористических организаций (преступных организаций, незаконных вооруженных формирований), руководство и участие в их деятельности устанавливается уголовная ответственность. В качестве наказания предусматривается лишение свободы на различные сроки, вплоть до пожизненного заключения, а также конфискация имущества и доходов, полученных от преступной деятельности. В странах, где допускается применение смертной казни, она также в определенных случаях может назначаться в качестве меры наказания за создание террористических организаций и руководство их деятельностью.

Для эффективной борьбы с преступной деятельностью международных террористических организаций представляется необходимой унификация перечней террористических организаций. Решение этой задачи может осуществляться путем создания международно-правового механизма признания организаций международными террористическими организациями.

6. Ответственность международной террористической организации по международному праву

Автор предлагает следующую конструкцию ответственности международной террористической организации по международному праву.

Международный орган (международный суд) принимает решение о признании в качестве международной террористической организации. Последствия принятия такого решения должны иметь место как на международном, так и национальном уровне.

На международном уровне:

- запрет деятельности данной организации;
- запрет признания организации воюющей стороной, а ее членов комбатантами.

На национальном уровне:

- привлечение к ответственности индивидов за членство в международной террористической организации;
- ликвидация юридических лиц, учрежденных или контролируемых членами международной террористической организации;
- замораживание и последующая конфискация активов членов международной террористической организации, а также учрежденных или контролируемых ими юридических лиц;
- запрет предоставления политического убежища членам международной террористической организации.

Решение должно иметь преюдициальное значение для национальных судов. При рассмотрении уголовных дел доказыванию будет подлежать только осуществление руководства либо принадлежность лица к международной террористической организации. Преступный характер данной организации будет считаться установленным.

Вопрос о возможной связи лица с международной террористической организацией нашел отражение в резолюции Совета Безопасности ООН 1617 (2005) от 29 июля 2005 г. Действуя на основании гл. VII Устава ООН, Совет Безопасности постановил, что все акты или деятельность, свидетельствующие о том, что лицо, группа, предприятие или организация связаны с Аль-Каидой, Усамой бен Ладеном или движением «Талибан», включают следующее:

- участие в финансировании, планировании, содействии, подготовке или совершении актов или деятельности в связи с Аль-Каидой, Усамой бен Ладеном или движением «Талибан» или любой ячейкой, филиалом, отколовшейся от них группой или их ответвлением, под их именем, от их имени или в их поддержку;
- поставку, продажу или передачу оружия и связанных с ним материальных средств Аль-Каиде, Усаме бен Ладену или движению «Талибан» или любой ячейке, филиалу, отколовшейся от них группе или их ответвлению;
- вербовку для Аль-Каиды, Усамы бен Ладена или движения «Талибан» или любой ячейки, филиала, отколовшейся от них группы или их ответвления;
- поддержку в иной форме актов или деятельности Аль-Каиды, Усамы бен Ладена или движения «Талибан» или любой ячейки, филиала, отколовшейся от них группы или их ответвления.

В целях практического решения задач признания организаций международными террористическими организациями и сотрудничества с государствами в при-

влечении их к ответственности автор предлагает создать Международный трибунал по преступлениям международных террористических организаций в качестве вспомогательного органа Совета Безопасности ООН. Создание трибунала может осуществляться путем принятия резолюции Совета Безопасности ООН на основании гл. VII Устава ООН по аналогии с действующими международными уголовными трибуналами по бывшей Югославии и Руанде. В отличие от международных уголовных трибуналов по бывшей Югославии и Руанде Международный трибунал по преступлениям международных террористических организаций должен быть создан в качестве постоянного действующего органа.

К компетенции трибунала должно относиться принятие решений о признании террористических организаций международными террористическими организациями и привлечении их к международной ответственности, а также взаимодействие с государствами и Советом Безопасности ООН. Трибунал не должен рассматривать дела и принимать решения в отношении международно-противоправных деяний государств и уголовных преступлений индивидов.

В структуру трибунала предлагается включить прокуроров трибунала, судебную палату, апелляционную палату, председателя трибунала и секретариат. Прокуроры трибунала могут осуществлять предварительное рассмотрение обращений государств, представлять их позицию в процессе и взаимодействовать с государствами по вопросам сбора доказательств. Судебная палата будет принимать решения о признании организаций международными террористическими организациями либо об отказе в таком признании. Апелляционная палата должна рассматривать жалобы на решения судебной палаты со стороны государств — инициаторов процесса и организаций, признанных международными террористическими организациями. Председатель трибунала будет осуществлять общее руководство, выносить на основании заключений прокуроров трибунала определения о рассмотрении обращений государств по существу, председательствовать на заседаниях апелляционной палаты. На секретариат возлагаются функции технического обеспечения деятельности трибунала.

А.А. Алексанян

аспирант кафедры
международного
права факультета
права Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»

Структура понятий национальной и международной безопасности: общие черты и различие

Данная статья является результатом исследования вопросов соотношения понятий «международная безопасность государства» и «национальная безопасность государства». В работе раскрывается структура этих понятий, рассматриваются сходства и различия между ними. Исследование основано на анализе текста Устава ООН, резолюций Генеральной Ассамблеи и Совета Безопасности ООН, решений Международного Суда ООН, документов международных организаций, договоров между государствами, национальных правовых документов, доктрины международного права. Автор также подробно анализирует вопрос, почему эти определения так тесно связаны между собой, но не допускаются их слияние.

Ключевые слова: национальная безопасность, международная безопасность, международный мир, сотрудничество государств, суверенитет, внутренние и внешние угрозы.

Понятие «международная безопасность государства» часто употребляется в Уставе ООН, резолюциях Генеральной Ассамблеи и Совета Безопасности ООН, решениях Международного Суда ООН, документах международных организаций, многосторонних и двусторонних договоренностях между государствами, национальных правовых документах и в доктрине международного права. Но в международных документах выражены не все стороны этого общественного явления, а в доктрине отсутствует общепризнанное определение этого понятия.

Согласно п. 1 ст. 1 Устава ООН была сформирована, чтобы «поддерживать международный мир и безопасность и с этой целью принимать эффективные коллективные меры для предотвращения и устранения угрозы миру и подавления актов агрессии или других нарушений мира и проводить мирными средствами, в согласии с принципами справедливости и международного права, улаживание или разрешение международных споров или ситуаций, которые могут привести к нарушению мира»¹. Тем самым государства — учредители ООН подчеркнули, что международная безопасность (как и мир) является определенным состоянием международных отношений, т.е. это реально существующее состояние объективной реальности. Частое

¹ Устав Организации Объединенных Наций от 26 июня 1945 г.

многократное использование в Уставе ООН данных терминов указывает, что международный мир является состоянием международных отношений, при котором не наблюдается войны, и имеет отличие от международной безопасности; международная безопасность — это состояние международных отношений, при котором не только обеспечивается мир, но и мирно разрешаются возникшие споры.

Совет Безопасности ООН во многих резолюциях выделяет, что международная безопасность является особым состоянием международных отношений и использование силы или угрозы силой вопреки Уставу ООН нарушает такое особое состояние. Для восстановления международного мира и безопасности Совет Безопасности разрабатывает и осуществляет ряд мер по устранению нарушений международной безопасности путем изменения существующего состояния международных отношений².

Проблематика международной безопасности тщательно исследовалась на заседаниях Генеральной Ассамблеи ООН. Это непосредственно связано с принятием в 1970 г. Декларации об укреплении международной безопасности³. С тех пор на каждой сессии Генеральной Ассамблеи обсуждается вопрос об исполнении положений этого документа⁴. В декларации 1970 г. и последующих резолюциях Генеральной Ассамблеи под термином «международная безопасность» понимается особое состояние международных отношений, реально существующее явление объективного мира. Так, в преамбуле декларации 1970 г. была отмечена необходимость и обязанность каждого отдельного государства «заниматься глубоким изучением складывающейся международной обстановки и исследованием средств и ресурсов, предусмотренных в соответствующих положениях Устава ООН, для достижения мира, безопасности и сотрудничества в мире»⁵.

Таким образом, Генеральная Ассамблея четко выразила, что международная безопасность является состоянием международных отношений, для установления которых нужно обеспечить соблюдение основных целей и принципов Устава ООН. Нарушение Устава ООН и несоблюдение декларации 1970 г. с применением силы или угрозы силой, военной интервенции, внешнего и внутреннего вмешательства и оккупации государств ведет к нарушению мира и к серьезным осложнениям в международных отношениях. Основными барьерами для сохранения особого важного состояния в международных отношениях, под которым принято понимать международную безопасность, являются развитие старых и появление новых очагов напряженности, возникновение конфликтов и споров между государствами, проблема гонки вооружений, дальнейший рост военных затрат, ухудшение международного экономического положения и увеличение пропасти между развитыми и развивающимися государствами⁶.

Важным моментом для определения международной безопасности является понимание мировым сообществом необходимости сотрудничества в разных областях

² Резолюция Совета Безопасности ООН № 660 (1990) от 2 августа 1990 г.

³ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № 2734 (XXV) от 16 декабря 1970 г.

⁴ Решения Генеральной Ассамблеи ООН о включении в повестку дня 51-й сессии пункта «Рассмотрение осуществления Декларации об укреплении международной безопасности» // Док. ООН А/51/100. С. 114.

⁵ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № 2734(XXV) от 16 декабря 1970 г.

⁶ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № 35/158 от 3 ноября 1980 г.

международных отношений для ее поддержания. Например, в декларации 1970 г. сотрудничество государств в разных сферах и на различных уровнях признано важным условием для обеспечения международной безопасности⁷. Ст. 5 Устава ООН устанавливает необходимость международного экономического и социального сотрудничества для обеспечения мирных и дружественных отношений между государствами для поддержания международной безопасности.

Проблеме сотрудничества государств было уделено большое внимание при обсуждении вопроса о создании всеобъемлющей и всеохватывающей системы международного мира и безопасности. В ходе обсуждения государства — члены ООН пришли к выводу, что в современном мире международная безопасность может быть установлена только посредством сотрудничества государств⁸. В одной из резолюций Генеральной Ассамблеи выражена позиция многих государств-членов, что согласно Уставу ООН универсальная международная безопасность нуждается в совместных усилиях абсолютно всех участников международных отношений, особенно в областях, имеющих ключевое значение для международной безопасности. Например, в сфере разоружения, мирного урегулирования конфликтных ситуаций, в вопросах экономического развития, в сферах защиты окружающей среды и защиты прав и свобод человека⁹.

Положения международных документов дают возможность выразить международную безопасность как особое состояние межгосударственных отношений, согласно которому все государства способны в условиях международного правопорядка поддерживать и обеспечивать свою независимость путем установления своего суверенитета. Важными факторами для соблюдения международной безопасности считаются поддержание всеобщего мира и сотрудничество государств по установлению международной безопасности при соблюдении суверенитета всех государств.

В дипломатическом словаре международная безопасность толкуется как «состояние международных отношений, исключающее нарушение всеобщего мира или создание угрозы безопасности народов в какой бы то ни было форме». В данном определении абсолютно правильно выражено, что международная безопасность — это состояние материального мира, «явление международных отношений» и что такое важное состояние возможно только в условиях мира. Однако в данном определении не отражены важные особенности международной безопасности, которые установлены в международных документах. Во-первых, это способность каждого государства в условиях соблюдения международной безопасности реализовать свой суверенитет (это отражено во многих резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН). Во-вторых, в данном толковании не отражено положение о необходимости сотрудничества государств для установления международной безопасности, а не только для обеспечения состояния, при котором отсутствует война. Вследствие этого из поля зрения выпадает особое значение международно-правового регулирования для обеспечения международной безопасности и упускается особое значение совместной деятельности государств по обеспечению суверенитета каждого из них.

⁷ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № 2734 (XXV) от 16 декабря 1970 г.

⁸ Пункт 4 резолюции Генеральной Ассамблеи ООН № 41/92 от 4 декабря 1986 г.

⁹ Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № 42/93 от 7 декабря 1987 г.

Некоторые исследователи определяют международную безопасность как «состояние международных отношений, при котором создаются условия, необходимые для существования и функционирования государств при обеспечении их полного суверенитета, политической и экономической независимости, возможности отпора военно-политическому нажиму и агрессии, их равноправных отношений с другими государствами»¹⁰. В этом определении абсолютно точно выделено своеобразие международной безопасности как особого состояния международных отношений. При этом, однако, потеряно значение влияния на обеспечение международной безопасности таких важных факторов, как международное право и международный правопорядок. Кроме того, упущено положение о сотрудничестве государств как элемента международной безопасности. Современные международные отношения убедительно доказывают, что для обеспечения международной безопасности необходимо развитие сотрудничества государств во всех сферах. Как отмечалось на одной из североатлантических ассамблей, действительная и долговременная безопасность возможна только в условиях, при которых интересы сотрудничества превосходят интересы конфронтации и рождается взаимозависимость, делающая мысль военной авантюры непривлекательной¹¹.

В западных исследованиях также популярным является мнение, согласно которому международная безопасность — это особое состояние международных отношений. Но (как в российской литературе, так и в литературе других стран СНГ) часто игнорируются важность сотрудничества государств и значение международного права в формировании международной безопасности. Большое признание на Западе получила точка зрения, согласно которой международную безопасность определяют как такое состояние международных отношений, «при котором запреты и тормоза в отношении войны являются более мощными, чем побудительные мотивы к ней; тормоза эти воздействуют на все стороны любого спора, предметом которого выступают претензии и идеология государств»¹². Тем не менее, международную безопасность невозможно соблюдать без сотрудничества государств и исполнения норм международного права. Следовательно, определение международной безопасности как состояния международных отношений необходимо дополнить возможностью сотрудничества государств и требованиями одинакового поведения, а именно — следования принципам и общепризнанным нормам международного права.

Таким образом, в определении международной безопасности нужно соединить следующие значимые черты этого общественного явления: во-первых, международная безопасность представляет собой состояние международных отношений, реально существующее явление объективного мира. Во-вторых, международная безопасность должна отражать состояние международных отношений, при котором не только обеспечивается международный мир, но и мирно разрешаются возникшие споры. В-третьих, международная безопасность возможна только в условиях сотрудничества государств на различных уровнях и в различных сферах международных отношений. В-четвертых, все государства должны иметь возмож-

¹⁰ Проэктор Д.М. Проблемы военной разрядки. М., 1984. С. 41.

¹¹ См.: Известия. 1990. 10 февраля.

¹² Buzan B. People States and Fear. The National Security Problem in International Relations. Sussex, 1983. P. 218.

ность в условиях международного правопорядка поддерживать и обеспечивать свою независимость путем установления своего суверенитета. В-пятых, обеспечение международной безопасности возможно только при соблюдении основных принципов и общепризнанных норм международного права в условиях международного правопорядка.

Вместе с тем существует точка зрения, согласно которой общепризнанного определения международной безопасности быть не может: «Любая попытка дать четкое определение понятию «безопасность» заранее обречена на неудачу и не имеет никакого практического значения, так как невозможно предвидеть и учесть все элементы, структуры или процессы, гарантирующие безопасность во всех возможных ситуациях»¹³. Данную позицию очень сложно признать верной не с методологической или содержательной точки зрения, а прежде всего исходя из теории познания, которая непосредственно доказывает, что любое явление социальной жизни, невзирая на всю сложность и многоплановость, может быть установлено в научных терминах¹⁴. Соответственно, в приведенном выводе допущены логические ошибки. Необходимо еще раз подчеркнуть, что международная безопасность является особым состоянием международных отношений, а не системой гарантий этого состояния.

В 1980-е годы большую популярность приобрели взгляды: в условиях существования военно-стратегического паритета СССР и США международная безопасность выражается в виде суммы национальных безопасностей всех государств. Государственные эксперты, изучавшие концепции безопасности в ООН, сделали вывод, что «международная безопасность является результатом и суммой безопасности всех и каждого из государств-членов международного сообщества»¹⁵. Похожая позиция была высказана и в советской литературе. Утверждалось, что рождение военно-стратегического паритета открывает дорогу для соблюдения международной безопасности не через военную конкуренцию, а через соблюдение принципов мирного сосуществования, завершения гонки вооружений и полного разоружения. Это направление объединило оторванные друг от друга определения национальной и международной безопасности в единое понятие, согласно которому «национальная безопасность неотделима от безопасности международной, которая, в свою очередь, складывается из одинаковой безопасности сторон»¹⁶.

Данная позиция точно отражает возрастающую зависимость национальной безопасности государства от состояния межгосударственных отношений. Однако национальная безопасность тесно связана с предотвращением угрозы национальным интересам и ценностям, а международная безопасность — с сохранением и жизнедеятельностью мирового сообщества. Кроме того, нужно учесть, что национальные интересы государств не охватывают проблемы не то что всего мира, но даже отдельного региона. Таким образом, в концепции безопасности, разработанной в рамках ООН, эксперты, отстаивавшие мнение о международной безопасности как о сумме национальных безопасностей государств, вынуждены были признать, что

¹³ Добросельский М. Вопросы теории и практики мирного сосуществования. М., 1977. С. 93.

¹⁴ См.: Афанасьев В.Г. Системность и общество. М., 1980. С. 41–42.

¹⁵ Док. ООН А/40/553. С. 75.

¹⁶ Петровский В.Ф. Советская концепция безопасности. М., 1986. С. 5, 11.

в современном мире есть серьезные проблемы, выходящие за границы национальной безопасности любого государства. Иными словами, в рамках национальной безопасности большинство государств сталкиваются с обстоятельствами, выходящими за рамки их непосредственного контроля (речь идет, например, о проблемах, связанных с региональной безопасностью, или общечеловеческих проблемах). Тем самым эксперты противоречат своему же выводу о сумме национальных безопасностей, подчеркивая важность международной и региональной безопасностей, которые по содержанию явно шире национальной безопасности любого государства.

Определение «национальная безопасность» часто употребляется в национальных правовых документах многих государств. Например, в законодательстве Армении установлено определение национальной безопасности: «Это такое состояние государства и общества, при котором обеспечены: безопасность личности, общества и государства, территориальная целостность страны, суверенитет, конституционный порядок, нормальное развитие экономики, защита материальных и духовных ценностей общества, права и свободы граждан и защита окружающей среды от внутренних и внешних угроз»¹⁷. Однако в данном документе (как и в правовых документах других стран, посвященных национальной безопасности) не полностью раскрыты все стороны этого общественного явления.

Так, в российской литературе национальная безопасность определяется как «стабильность, которая может поддерживаться на протяжении длительного времени, состояние достаточно разумной динамической защищенности личности, общества и государства от наиболее существенных из реально существующих угроз и опасностей, а также способности распознавать такие вызовы и своевременно принимать необходимые меры для их нейтрализации»¹⁸. Важно, что в данном определении сделан акцент на том, что национальная безопасность — это стабильность, которая должна поддерживаться на протяжении длительного времени. При этом в данном определении не полностью раскрыта сущность угроз и опасностей, которые посягают на защищенность личности, общества и государства. Исходя из современного опыта можно предположить, что эти угрозы почти всегда формируются в техногенной, экологической, экономической, энергетической и информационной сферах.

Подобное определение было закреплено еще в Законе США о национальной безопасности 1947 г. — это «общая национальная цель», которая означает «защиту нации, ее институтов и источников ее могущества от внешних и внутренних врагов»¹⁹.

К такому определению национальной безопасности нужно добавить еще один очень важный элемент — способность государства реализовывать свой суверенитет. «Национальная безопасность воплощает в себе суверенитет государства, неприкосновенность его границ, право на индивидуальную или коллективную самооборону. Практически она означает как физическую, так и морально-психологическую способность государства защитить себя от внешних, а также внутренних источников

¹⁷ Закон Республики Армения от 28 декабря 2001 г. «Об органах национальной безопасности».

¹⁸ Косолапов Н.А. Национальная безопасность в меняющемся мире // Мировая экономика и международные отношения. 1992. № 10. С. 67–75.

¹⁹ Петровский В.Ф. Доктрина «национальной безопасности» в глобальной стратегии США. М., 1980. С. 15.

угрозы своему существованию. Государство находится в безопасности, когда оно в состоянии обеспечить свое свободное, независимое, мирное развитие»²⁰. Необходимо отметить, что особое место в суверенитете государства занимают именно способность и готовность обеспечить свою безопасность. Так, «концепция национальной безопасности» подразумевает как физическую, так и психологическую безопасность, имея в виду, что и та, и другая могут стать объектом угрозы со стороны внутренних и внешних источников. Государство находится в безопасности тогда, когда ему не грозят «нападение и оккупация, когда оно способно обеспечить нормальную жизнь и спокойствие своих граждан, а также дальнейший рост их экономического благосостояния»²¹.

В докладе ООН «Исследование концепции безопасности» эксперты пришли к выводу, что под национальной безопасностью понимается «такое состояние, при котором государства считают, что им не грозит опасность военного нападения, политического давления или экономического принуждения, и поэтому они могут свободно решать задачи своего собственного развития и прогресса»²². Важно то, что эксперты сделали особый акцент на психологической сфере национальной безопасности, но не отразили влияния национальной безопасности на международную безопасность. Все государства могут иметь вооруженные силы для целей и задач обороны и принимать меры по вопросам, затрагивающим их безопасность. Тем не менее, если государства в области безопасности будут использовать политику, которая нацелена и основана только на военной силе и узких национальных интересах, для обеспечения международной безопасности это может породить большие проблемы. Отдельно взятые государства могут временно усилить свою безопасность благодаря приросту своего военного потенциала. Но в итоге все их старания будут напрасными и приведут только к встречным мерам других государств и ослаблению международной безопасности.

Целью национальной безопасности является решение комплекса задач, которые базируются на сохранности и надежности эффективного функционирования государства. Любое государство для своего эффективного функционирования делает акцент в сфере обеспечения национальной безопасности, либо опираясь на усилия по поддержанию международной безопасности, либо благодаря использованию своей военной и экономической мощи²³. К сказанному можно добавить, что могут быть ситуации, когда государство выбирает такую политику, которая опирается и на то, и на другое. Конечно, это позиция очень точно показывает зависимость национальной безопасности от международной. В то же время нужно учесть, что национальная безопасность государства основывается не только на международной безопасности, но и опирается на экономическую и военную мощь страны, на ее геополитическое расположение и иные важные факторы. В широком понимании национальную безопасность государства можно классифицировать как защиту жизненно важных потребностей государства, людей и народа.

²⁰ Петровский В.Ф. Безопасность в ядерно-космическую эру. М., 1985. С. 63.

²¹ Безопасность для всех. М., 1996. С. 113.

²² Исследование концепции безопасности // Док. ООН А/40/553. С. 75.

²³ См.: Скакунов Э.И. Международно-правовые гарантии безопасности государств. М., 1993. С. 13.

Зарубежные специалисты считают, что национальная безопасность государства — это важное явление социальной жизни, которое не пересекается с международной безопасностью. Они полагают, что национальная безопасность сфокусирована на предотвращении вреда только национальным интересам и национальным ценностям государства. Что касается международной безопасности, то она существует только для сохранения международного сообщества. Следовательно, международная безопасность способна и служить предпосылкой для установления национальной безопасности государства, и вступить с ней в нестыковки. Хотя национальная безопасность государства часто тесно связана с международной безопасностью, следует отличать понятие национальной безопасности от международной²⁴.

Особо ярко различия между национальной и международной безопасностью выражаются в вопросах ядерного оружия. Все ядерные державы предполагают использовать свое оружие массового уничтожения в определенных условиях в целях обеспечения своей безопасности. При этом национальная безопасность таких государств, как, например, Армения, т.е. не имеющих своего ядерного оружия, может оказаться в зависимости не от международной безопасности, а от воли какого-либо ядерного государства. Следовательно, очень важно включить в определение национальной безопасности (как важное условие ее реализации) потребность согласования национальных интересов с глобальными, общечеловеческими интересами.

Таким образом, в определении национальной безопасности государства нужно соединить следующие значимые черты этого общественного явления. Во-первых, национальная безопасность должна быть стабильной и поддерживаться на протяжении длительного времени. Во-вторых, она должна включать в себя защищенность личности, государства, общества от техногенных, экологических, экономических, энергетических и информационных угроз. В-третьих, она должна выражать состояние государства, обеспечивающее реализацию суверенитета. В-четвертых, должна обеспечить защиту жизненных интересов гражданина и народа от внутренних и внешних угроз. В-пятых, должна основываться на согласовании национальных интересов с общечеловеческими, глобальными интересами. В-шестых, жители страны должны осознавать сложившуюся ситуацию в государстве.

При сравнении особенностей международной и национальной безопасности можно сделать вывод, что эти явления социальной жизни отличаются. Международная безопасность выражает состояние международных отношений, а национальная безопасность выражает состояние государства. Помимо этого национальная безопасность государства нацелена прежде всего на национальные потребности и интересы, а международная безопасность — на потребности и интересы мирового сообщества, которые способны вступать в противоречие с национальными. Именно поэтому понятие международной безопасности не может сливаться с понятием национальной безопасности.

²⁴ См.: *Buzan B.* Op. cit. P. 218.

А.Т. Толеубеков

аспирант кафедры
конституционного
и муниципального
права Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»

Основные этапы становления казахстанского парламентаризма

В данной статье на основе анализа истории государства и права Казахстана установлены основные этапы становления казахстанского парламентаризма, разработана периодизация развития идей парламентаризма в Казахстане.

Ключевые слова: Конституция Республики Казахстан, парламентаризм, Парламент Республики Казахстан, Сенат, Мажилис.

Исследование вопросов становления казахстанского парламентаризма имеет важное значение, поскольку, как верно замечено, «историко-государственный и сравнительно-правовой аспекты являются необходимыми для выявления природы, а также вопросов преемственности в современных процессах становления парламентаризма»¹.

Идея народовластия казахского народа зародилась несколько веков назад. В Казахстане важные государственные вопросы решались на курултае — народном собрании, в состав которого избирались заслужившие всеобщее уважение, авторитет представители всех регионов государства.

Курултай — (с монгольского) в Золотой Орде — съезд монголо-татарской знати, созывавшийся для решения наиболее важных вопросов. Играл решающую роль в процедуре избрания нового хана². По мнению ряда ученых, курултай как общественно-государственный институт появился раньше, чем возникла казахстанская государственность. Так, Д. Сулейменов считает, что данный институт «существовал, по всей видимости, еще задолго до появления монголо-татарского государства. Ибо даже Чингисхан, будучи уже полным хозяином положения после покорения большого количества народов и народностей у себя в регионе, счел необходимым созвать курултай не только для придания легитимности своей власти, но и также для рассмотрения и утверждения кодекса специально разработанных на основе степных обычаев и традиций правил и законов, которыми бы в дальнейшем руководствовались все во вновь созданном государственном объединении»³.

По мнению Д. Сулейменова, «курултай — это традиция, идущая из глубин веков. В организационном смысле он представляет из себя собрание представителей

¹ Котов А.К. Конституционализм в Казахстане: опыт становления и эффективности механизма власти. Алматы, 2000. С. 90.

² См.: Юридический словарь sell-express.ru. 2007—2012.

³ Сулейменов Д. Курултай — это казахская лоя джирга // <http://www.zonakz.net/articles/1489>

различных составных частей определенного общества с устоявшимися традициями кочевого корня для выработки решения по самым важным вопросам. Поэтому созыв курултая не связан с какой-то конкретной периодичностью. Решение о его проведении появляется в зависимости от обстоятельств»⁴. Например, в 1917 г., когда в Российской империи был низвергнут царский режим, курултай был созван и проведен дважды. На первом курултае рассматривал вопрос, каким путем теперь следует пойти казахскому народу. На втором курултае была объявлена казахская автономия и определен состав ее правительства. Б.А. Бекжанов называет курултай «древней формой парламента»⁵, а У.Б. Мухамеджанов — «своеобразным институтом степной демократии, обеспечивавшим необходимое представительство и согласование интересов в казахском обществе»⁶.

А.И. Левшин также подчеркивает роль и значение курултая в становлении государственности и парламентаризма в Казахстане, отмечая, что «исток парламентаризма как неперемennого атрибута государственности, не оформленного в соответствующий государственный институт современного типа, проявляются в первых тюркских и собственно казахских государствах, существовавших в форме военных демократий. В них наиболее важные вопросы внутренней и внешней политики, в том числе объявление войны и мира, распределение земель, территорий хозяйствования и установление размера и сроков платежа всеобщего налога, принадлежали всенародному собранию — курултаю, призванному собираться дважды в год в Степи»⁷.

Период степной демократии закончился после присоединения Казахстана к Российской империи, однако идеи парламентаризма продолжали развиваться. «Носителями и выразителями этих идей стали видные деятели Степного края, пытавшиеся создать после Февральской буржуазно-демократической революции автономное национально-демократическое государственное образование «Алаш»⁸. На рассматриваемом этапе характерными чертами казахстанского парламентаризма стали: «исторический отказ от монархического правления в какой бы то ни было форме; неприятие любой из форм теократического режима в пользу светского, национального по происхождению, социального по содержанию автономного государственного образования...»⁹

Советский период развития казахстанской государственности характеризовался отсутствием парламентаризма, как формальным, так и фактическим. Это прямо вытекало из ленинской доктрины социалистического государства как «республики Советов» — полной противоположности «парламентарной республики»¹⁰. Как от-

⁴ Там же.

⁵ Бекжанов Б.А. Парламентаризм в Казахстане: современное состояние и перспективы развития: автореф. дис. ... д-ра филос. наук. Алматы, 2010. С. 13.

⁶ Мухамеджанов У.Б. Стенограмма заседания Государственной Думы Российской Федерации // http://www.akdi.ru/gd/PLEN_Z/2006/04/s27-04_d.htm

⁷ Левшин А.И. Описание киргиз-казачьих, или киргиз-кайсацких орд и степей. Алматы, 1996. С. 227.

⁸ Котов А.К. Конституционализм в Казахстане... С. 93.

⁹ Там же.

¹⁰ См.: Ленин В.И. Полн. собр. соч. Т. 31. С. 115.

мечает Ю.Н. Бачев, «в советский период парламентаризм рассматривался как сугубо буржуазное, а стало быть, реакционное явление, чуждое советской демократии, считавшейся более высокой стадией политического развития»¹¹.

Существующий в советский период представительный орган нельзя было называть парламентом, так как здесь практически отсутствовали все характерные черты парламентаризма: демократия, принцип разделения властей, доминирующая роль избираемого населением парламента, а не правительства.

Принципы европейского парламентаризма стали основой для построения нового государственного органа в 90-е годы XX в. в период становления независимости Республики Казахстан. Как отмечают казахстанские ученые, «особая роль в истории становления парламентаризма в Казахстане отводится Верховному Совету двенадцатого созыва, в период работы которого был принят ряд важнейших правовых актов, законодательно обеспечивших проведение реформ в 90-х годах»¹². Большое значение в становлении парламентаризма имело принятие Декларации о государственном суверенитете Казахской Советской Социалистической Республики от 25 октября 1990 г., где впервые был провозглашен принцип разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную.

В п. 4 декларации указано, что граждане республики всех национальностей составляют народ Казахстана и он является единственным носителем суверенитета и источником государственной власти в Казахской ССР, осуществляет государственную власть как непосредственно, так и через представительные органы на основе Конституции Казахской ССР. Право выступать от имени всего народа республики и осуществлять законодательную власть было закреплено за Верховным Советом Казахской ССР¹³. Также в декларации провозглашалось, что государственная власть Казахской ССР обладает верховенством, самостоятельностью, полнотой внутри республики, а также во внешних сношениях в рамках, определенных Союзным договором¹⁴.

«Ключевые моменты истории развития парламентаризма в Казахстане, — считает Б.А. Бекжанов, — связаны с принятием Конституции 1993, 1995 годов»¹⁵. Мы согласны с данной точкой зрения, так как впервые основные принципы парламентаризма были закреплены на конституционном уровне. В первой Конституции независимого Казахстана 1993 г. была усовершенствована действовавшая система разделения властей. Основные властные институты сформированы с учетом развивающихся рыночных отношений. Вместе с тем Конституцией 1993 г. была значительно усилена власть первого Президента Республики Казахстан, так как именно здесь за президентом было закреплено право выступать от имени всего народа Казахстана¹⁶.

¹¹ Бачев Ю.Н. Парламентаризм в России: теоретико-правовые аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1998. С. 3

¹² Бекжанов Б.А. Парламентаризм в Казахстане... С. 14.

¹³ См.: Декларация о государственном суверенитете Казахской Советской Социалистической Республики от 25 октября 1990 г. // Информационная система «ПАРАГРАФ».

¹⁴ Там же.

¹⁵ Бекжанов Б.А. Парламентаризм в Казахстане... С. 14.

¹⁶ См.: Конституция Республики Казахстан от 28 января 1993 г.

Роль парламента в данный период времени выполнял Верховный Совет Республики Казахстан, чье правовое положение было закреплено в гл. 12 Конституции. Верховный Совет Республики Казахстан являлся единственным законодательным и высшим представительным органом Республики Казахстан и избирался сроком на пять лет.

Через два года после принятия Конституции Республики Казахстан 1993 г. была принята новая Конституция. Причины ее принятия связаны с тем, что прежняя Конституция не отражала реальной ситуации в республике и не учитывала интересов многих слоев населения. Яркую картину той ситуации дает комментарий В.А. Малиновского: «Своеобразной пробой сил стало принятие первой Конституции Республики Казахстан 28 января 1993 г. В силу целого ряда объективных и субъективных обстоятельств, главные из которых коренились в исторически неизбежной борьбе побеждающего, но еще не окрепшего нового, с уходящим в небытие, но еще сильным старым, этот основной закон не смог выйти на уровень требований будущего по всем позициям. Общество не удовлетворило представленные в Конституции ответы на вопросы о характере государственности, о статусе языков, о равенстве всех форм собственности, а также граждан независимо от национальной принадлежности, о собственности на землю и о последовательном проведении принципа разделения властей. Ценой за некоторые не совсем точные и корректные декларации (или наоборот, отсутствие в тексте ряда насущных идей) стала растущая настороженность в обществе за свое будущее граждан некоренной национальности, усиливавшееся недовольство иностранных инвесторов, торможение рыночных преобразований»¹⁷.

На всенародном референдуме в 1995 г. народ Казахстана утвердил Конституцию Республики Казахстан, которая стала фундаментом для создания современного представительного органа страны — двухпалатного (Мажилис и Сенат) парламента, действующего на постоянной основе.

Принятие Конституции Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. не было завершающим этапом в развитии парламентаризма в Казахстане. На сегодня многими учеными выделен еще один важный этап развития парламентаризма, который начался в связи с опубликованием закона «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан». Он был принят парламентом 18 мая 2007 г., подписан Президентом Республики Казахстан 21 мая 2007 г. и положил начало конституционной реформе в Республике Казахстан.

Внесенные в Конституцию поправки закрепили новые полномочия Мажилиса и Сената, предопределили коренное изменение порядка формирования Мажилиса парламента. Мажилис стал играть решающую роль при рассмотрении вопросов формирования правительства, а формирование Мажилиса посредством пропорциональной системы резко увеличило влияние политических партий на принимаемые государством важнейшие решения. В ст. 56 Конституции появилась новая норма о праве Мажилиса большинством голосов от общего числа депутатов Мажилиса по инициативе не менее 1/5 от общего числа депутатов выразить вотум недоверия правительству. В порядке назначения премьер-министра страны также произошли изменения в сто-

¹⁷ Выступление Члена Конституционного Совета Республики Казахстан В.А. Малиновского на республиканской научно-практической конференции по книге Н.А. Назарбаева «Казахстанский путь», организованной Конгрессом молодежи Казахстана (Евразийский Национальный Университет имени Л.Н. Гумилева, Астана, 16 ноября 2007 г.) // Информационная система «ПАРАГРАФ».

рону усиления полномочий Мажилиса. Теперь к исключительному ведению Мажилиса относится дача согласия большинством голосов от общего числа депутатов палаты президенту республики на назначение премьер-министра республики.

Целью расширения функций органов представительной власти являлось перераспределение властных полномочий и ответственности в сторону укрепления статуса парламента. Парламент приобрел реальные и эффективные рычаги контроля за деятельностью исполнительных органов власти, что увеличило его политический вес и авторитет в триединой структуре государственной власти.

Наряду с расширением полномочий усилилась ответственность депутатов парламента. Из Конституции был исключен п. 1 ст. 52 об отсутствии императивного мандата депутатов, зато статья дополнена основаниями лишения депутата Мажилиса своего мандата при: 1) выходе или исключении депутата из политической партии, от которой в соответствии с конституционным законом он избран; 2) прекращении деятельности политической партии, от которой в соответствии с конституционным законом депутат избран.

Были изменены численность Мажилиса и Сената. Основные цели этого нововведения — обеспечение представительства всех слоев населения из всех регионов республики (области, города республиканского значения и столицы Республики), расширение партийного представительства в выборных органах власти, обеспечение представительства в парламенте национально-культурных и иных значимых интересов общества.

Однако наряду с демократическими преобразованиями, направленными на переход к президентско-парламентской форме правления, были усилены позиции первого Президента Республики Казахстан. Во-первых, президенту было предоставлено право законодательной инициативы, возможности самостоятельно направлять в парламент для рассмотрения и дальнейшего принятия законопроекты. Согласно Конституции 1993 г. правом законодательной инициативы обладали только депутаты парламента и Правительство Республики Казахстан.

Во-вторых, хотя рассматриваемым законом было закреплено уменьшение после 2012 г. срока пребывания в должности президента с семи до пяти лет, это изменение не коснулось первого Президента Республики Казахстан, так как для него был снят запрет на избрание более двух раз подряд. Увеличение срока до семи лет в свое время было вызвано сложной политической и социально-экономической обстановкой в Казахстане и необходимостью концентрации власти в руках Президента Республики Казахстан. По нашему мнению, разрешение на избрание первого президента Казахстана более двух раз подряд нейтрализует принятые нововведения, так как усиливает позиции президента республики. Такое же мнение выражает и казахстанский ученый В.Ф. Ударцев: «В порядке противовеса усилению Парламента осуществлено системное укрепление статуса и власти Президента, особенно первого Президента Республики. Фактически укрепляется и статус Администрации Президента. Об этом как-то не принято говорить, но надо осмыслить значение и перспективы этого для объективного анализа эволюции государства, проследить какое значение это будет иметь на практике, какие приобретет формы и последствия»¹⁸.

¹⁸ Ударцев С.Ф. Конституционная реформа 2007 г. в Казахстане в контексте эволюции формы государства // Парламентаризм в Казахстане: состояние и перспективы развития: матер. Междунар. науч.-практ. конференции. Астана, 22 ноября 2007 г. Астана, 2008. С. 126.

Тем не менее, введенные изменения повлияли на уровень парламентаризма и ознаменовали переход от президентской к президентско-парламентской форме правления. Таким образом, произошел коренной переход к другой форме правления, при которой значительно усилились позиции парламента.

Представленная нами периодизация парламентаризма в Казахстане не является единственной. Так, Б.А. Бекжанов выделяет тюркский период, период казахского ханства, дореволюционный, российский, советский и постсоветский периоды. С данной периодизацией мы согласны, хотя считаем возможным конкретизировать постсоветский период.

Резюмируя изложенное, мы предлагаем определить основные этапы становления казахстанского парламентаризма следующим образом.

Первый этап начинается с принятия Декларации о государственном суверенитете Казахской Советской Социалистической Республики от 25 октября 1990 г., где был впервые провозглашен принцип разделения властей на законодательную, исполнительную и судебную. Принятие Конституции Республики Казахстан от 28 января 1993 г. на конституционном уровне закрепило этот принцип. Это период становления государственности в Казахстане, постепенного проникновения идей европейского парламентаризма. Недостатком существовавшего на тот момент представительного органа государства являлось отсутствие двухпалатной структуры.

Следующий этап начинается с принятия новой Конституции Республики Казахстан от 30 августа 1995 г. и характеризуется развитием идей европейского парламентаризма. Парламент теперь состоит из двух палат — Сената и Мажилиса, — действующих на постоянной основе.

Новый этап развития парламентаризма начался в связи с опубликованием закона «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Республики Казахстан». Он был принят парламентом 18 мая 2007 г. и подписан Президентом Республики Казахстан 21 мая 2007 г. Данный закон ознаменовал переход от президентской к президентско-парламентской форме правления.

А.А. Вишнеvский

профессор кафедры
предпринимательского права
факультета права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»,
кандидат юридических наук

Договор банковского вклада в современном банковском праве: сравнительно- правовая перспектива

В статье рассматриваются различные модели регулирования договора банковского вклада в различных правовых системах (на примере Великобритании, Франции, России). Обосновывается вывод о минимизации договорной диспропорции как основной цели правового регулирования договора банковского вклада, что достигается средствами, характерными для соответствующей правовой системы.

Ключевые слова: банковский вклад (депозит), договор банковского вклада (депозита), клиент банка, защита потребителя финансовых услуг.

В современном банковском праве банковский вклад (депозит) выступает в трех аспектах:

- 1) в качестве традиционной банковской операции;
- 2) в качестве вида деятельности, разрешенного только для организаций, имеющих лицензию на занятие банковской деятельностью;
- 3) в качестве объекта специальной правовой защиты в рамках системы гарантирования возврата депозитов.

Соответственно этому с точки зрения структуры данный правовой институт может быть представлен как включающий статусную, содержательную и эндогенную составляющие.

Статусная составляющая означает особенности правового статуса субъектов, вовлеченных в депозитную операцию, применительно к содержанию такой операции. В зависимости от статуса субъектов, вовлеченных в данную банковскую услугу, меняется содержание этой услуги либо даже ставится под вопрос сама возможность ее осуществления. Поскольку привлечение депозитов рассматривается в различных юрисдикциях как одна из составляющих банковской деятельности, то ее осуществление возможно только теми субъектами, которые имеют разреше-

ние, выданное компетентным органом соответствующей страны. Так, в Российской Федерации право на привлечение денежных средств во вклады физических лиц имеют не все банки, а только отвечающие дополнительно установленным для этих целей требованиям.

Содержательная составляющая представляет собой права и обязанности субъектов, участвующих в сделке, т.е. договор банковского вклада.

Эндогенная составляющая представляет собой системы (схемы) гарантирования (страхования) возврата вкладов¹.

В настоящей статье речь пойдет о содержательной составляющей, т.е. о договоре банковского вклада в различных национальных системах современного банковского права.

В качестве юридической формы традиционной банковской операции депозит повсеместно признается *договором* между банком и клиентом. Соответственно, к такой банковской сделке применимы правила общего договорного права. Наряду с этим депозитная операция регулируется и иными нормами — нормами специального законодательства или судебного прецедента, в зависимости от особенностей соответствующей правовой системы. Нужно сказать, что подробное регулирование договора банковского вклада характерно не для всех правовых систем. Подробное регулирование на законодательном уровне существует во Франции, достаточно подробно ряд вопросов урегулирован в прецедентном праве Великобритании. В то же время есть и другие примеры (Италия), где специальные нормы о договоре банковского депозита весьма лаконичны и ограничены рядом общих положений гражданского кодекса. Эти нормы предусматривают обязанности банка вернуть вклад и проценты по нему в соответствии с условиями договора, а также ряд технических аспектов, в частности доказательственный характер сберегательной книжки.

В качестве примеров, иллюстрирующих правовое регулирование банковских вкладов (как договоров банковской услуги), более корректно привести страны, в которых такое регулирование является сравнительно подробным. В связи с этим следует обратиться к банковскому праву Великобритании, Франции и России.

Великобритания. В терминологии английского банковского права принято говорить, как правило, не о договоре банковского вклада (депозита), а о «процентном счете» (в отличие от текущего счета). Три основных отличия процентного счета от текущего, по мнению английских юристов², суть следующие:

- процентный счет представляет собой доходный счет для клиента в смысле получения клиентом процентов на остаток на счете. Это традиционно не характерно для текущего счета, где проценты либо не начисляются, либо «выплачиваются» в

¹ Термин «эндогенный» применительно к институтам банковского права означает вспомогательный институт, имеющий основной целью минимизацию основного риска соответствующей банковской услуги. В отношении кредитных услуг данный термин используется для характеристики кредитных рейтинговых агентств. Например, Лариса Драгомир рассматривает их как рыночный эндогенный механизм, способствующий коррекции информационной диспропорции в банковской деятельности, тем самым снижая кредитный риск. См.: *Dragomir L. European Prudential Banking Regulation and Supervision*. N.Y., 2010. Part 4.2. В отношении банковской депозитной услуги этой характеристике соответствуют схемы гарантирования возврата депозитов, снижающие основной риск такого рода услуг — риск неполучения размещенных в банке денежных средств.

² См.: *Ellinger E.P., Lomnicka E., Hooley R.J.A. Ellinger's Modern Banking Law*. Oxford, 2006. P. 329–330.

виде освобождения клиента от обязанности уплачивать банковские комиссии при условии, если кредитный остаток по текущему счету выше определенной в договоре величины, т.е. по сути, речь идет о зачете взаимных требований;

- в отношении кредитного остатка по текущему счету клиент вправе выставлять чеки, в то время как чековая книжка в отношении депозитного счета в практике большинства банков не выдается. Это рассматривается в качестве доказательства подразумеваемого договорного условия — чеки не могут выставляться в отношении процентного счета;

- текущий счет в обычной банковской практике может иметь либо кредитный либо дебетовый остаток в пределах разрешенного овердрафта. В отношении процентного счета прецедентное право заняло позицию, которая не признает возможность овердрафта такого счета³.

Отмеченная разница процентного (депозитного) и текущего счетов носит устойчивый традиционный характер и достаточно четко артикулирована в прецедентном праве еще в конце XIX в.: «Если деньги находятся на текущем счете, они подлежат уплате по предъявлению чека и на них не начисляются проценты; в то время, как если они помещены на депозитный счет, они приносят проценты и не подлежат уплате по предъявлении чека, но выплачиваются после уведомления, предъявленного за 21 день до платежа»⁴. Даже при учете того, что в настоящее время разница между текущим и депозитным счетами иногда стирается (в силу того что ряд банков начисляют проценты на кредитный остаток текущего счета, а ряд банков позволяют выставлять чеки в отношении депозитного счета), указанная разница сохраняет свое традиционное значение.

По своей юридической природе отношения между банком и вкладчиком рассматриваются в английском праве как отношения между кредитором и должником, где в качестве должника выступает банк, а непосредственное содержание таких отношений определяется договором. Стандартные условия договоров предполагают, в числе прочего, что клиент (вкладчик) обязан проявлять разумную степень осмотрительности и связан правилами о возврате вклада, изначально предусмотренными договором. Суды в целом занимают позицию, согласно которой условия, напечатанные на документе, оформляющем отношения по банковскому вкладу (*passbook* — аналог сберегательной книжки либо перечень стандартных условий, предоставленных клиенту при открытии процентного счета), являются предварительными условиями в отношении обязательства банка выдать денежные средства вкладчику⁵. Естественно, данное правило действует без ущерба для прав клиента ссылаться на неосведомленность об этих условиях, в том числе и в силу упущения банка обеспечить ознакомление клиента с условиями договора. Например, в одном из дел суд посчитал, что клиент не связан условиями, написанными на обложке, в которую была вложена сберегательная книжка, поскольку в силу места расположения соответствующего текста суд посчитал невозможным рассматривать его в качестве текста контракта. На этом основании английские авторы делают вывод, согласно которому принципиальным является вопрос, насколько клиент в момент

³ *Barclays Bank v. Okenarhe* (1966).

⁴ В конкретном случае, рассматривавшемся в деле *Re Head, Head v. Head* (2) (1894).

⁵ *Re Australia and New Zealand Savings Bank Ltd., Mellas v. Evriniadis* (1972).

открытия процентного счета проинформирован, что условия договора напечатаны в сберегательной книжке⁶.

Как правило, суды склонны рассматривать один процентный счет как один договор банковского депозита, а операции, проводящиеся по этому счету, в качестве операций в рамках одного договора. Теоретически это может послужить для банка основанием не принять от клиента денежные средства для увеличения депозита, если это специально не оговаривалось при заключении договора.

Одним из наиболее существенных условий договора банковского вклада является условие о возврате денежных средств вкладчику. Прецедентное право подтвердило правомерность банковской практики, в силу которой средства выдаются по требованию, в определенный срок («фиксированный» или срочный депозит, иногда называется «инвестиционный счет»), а также по требованию за определенное время до даты выдачи⁷.

Другим существенным аспектом договора банковского вклада является признание, что сберегательная книжка (или аналогичный документ) не является оборотным инструментом, и в силу этого передача сберегательной книжки другому лицу не означает передачи этому лицу права на получение банковского вклада. Довольно курьезное обстоятельство английского банковского оборота: большинство банков перестали выдавать сберегательные книжки в силу распространенного заблуждения клиентов, которые считали, что передача сберегательной книжки другому лицу с совершением передаточной надписи на ней имеет последствия индоссирования оборотного инструмента. В результате такого неправильного понимания банкам приходилось сталкиваться с ситуациями довольно рискованных выплат средств с депозитных счетов. Другой «бытовой» клиентской причиной отхода от практики сберегательных книжек явилась нередкая их утрата клиентами, в том числе и с возможностью попадания их в руки недобросовестных владельцев. С банковской стороны определенное значение имело и то обстоятельство, что ведение сберегательных книжек означало дополнительный объем работы для банковских сотрудников.

Отсутствие оборотного характера сберегательных (депозитных) документов было подтверждено рядом прецедентов. Так, лорд Аткин указал, что депозитная расписка не содержит явно выраженного обещания банка уплатить определенную сумму, подобно простому векселю. Единственной целью выдачи расписки является подтверждение отдельно взятой транзакции, в силу чего она является письменным удостоверением долга⁸. Прецедентное право также подтвердило позицию, согласно которой стороны своей волей не могут создать новый оборотный инструмент; в лучшем случае новый инструмент может быть создан коммерческими обычаями, но при этом такой обычай хотя и не обязательно должен существовать в течение продолжительного времени, но должен быть определенным, общеизвестным и признанным в Лондонском Сити⁹. Сказанное, впрочем, не исключает доктринального подхода к возможности уступки прав требования по сберегательному

⁶ См.: *Ellinger E.P., Lomnicka E., Hooley R.J.A.* Op. cit. P. 334.

⁷ *Bagley v. Winsome and National Provincial Bank Ltd.* (1952).

⁸ *Akbar Khan v. Attar Singh* (1936).

⁹ *Crouch v. Credit Foncier of England Ltd.* (1873); *Goodwin v. Robarts* (1875); *Edelstein v. Schuler&Co* (1902); *Sewell v. Corp* (1824); *Tucker v. Linger* (1863); *Picker v. London and County Banking Ltd.* (1887).

документу. Для этого необходимо совершение на нем надписи, из которой четко следует, что права по данному документу переданы указанному лицу¹⁰.

Другой практический аспект отсутствия оборотного характера сберегательных документов состоит в том, что они рассматриваются в качестве не очень эффективного средства обеспечения. Однако удержание такого документа банком может в ряде случаев иметь характер побуждения должника к исполнению его обязательств, поскольку без их выполнения он не может иметь доступа к своим денежным средствам. (Правда, с оговоркой, что при заявлении об утрате данного документа доступ к денежным средствам может быть восстановлен, поэтому эффективное удержание предполагает сообщение банком-кредитором банку, в котором открыт депозитный счет, о факте такого удержания¹¹.)

Нужно сказать, что возможность уступки прав по сберегательному документу, позволяя такую уступку принципиально, в то же время влечет за собой сложности, свойственные уступке прав как таковой. Например, в одном из дел было постановлено, что «если депозитная расписка, содержащая действительную передаточную надпись, представлена в банк неизвестным лицом, не существует абсолютного правила в отношении обязанности банка уплатить против представления такого документа, если оказывается, что документ предъявлен лицом, не имеющим на то достаточных полномочий»¹².

В стремлении устранить недостатки традиционных сберегательных документов в качестве средства обеспечения, происходящие из отсутствия у них оборотного характера, банковская практика выработала новый документ — оборотный депозитный сертификат (NCD — negotiable certificate of deposit). Данный документ выдается в отношении каждого вклада, совершенного на процентный счет, и из самого названия документа следует, что он претендует на оборотный характер. Однако к настоящему времени этот вопрос еще не получил своего окончательного разрешения. С одной стороны, существует прецедент, на который можно сослаться в подтверждение оборотного характера такого депозитного сертификата, поскольку судья рассматривал его в качестве новой формы оборотного инструмента, порожденного коммерческой практикой¹³.

С другой стороны, эта позиция была выражена лишь как *obiter dictum* и вопрос не исследовался специально. К тому же существует немало мнений, указывающих на серьезное препятствие к признанию оборотного депозитного сертификата в качестве оборотного инструмента. Основным аргументом продолжает оставаться тот, что в отличие от простого векселя депозитный сертификат (даже оборотный) не является безусловным обещанием уплатить денежную сумму; кроме того, не решен вопрос о возможности рассмотрения оборотного депозитного сертификата в качестве соответствующего критериям определенности, разумности, общеизвестности и общепринятости.

Следует отметить и другой важный аспект, относящийся в банковском праве Англии в том числе и к взаимоотношениям банка с клиентом в связи с банковским

¹⁰ См.: *Ellinger E.P., Lomnicka E., Hooley R.J.A.* Op. cit. P. 341.

¹¹ См.: Там же.

¹² *Wood v. Clydesdale Bank Ltd.* (1914).

¹³ *Customs and Excise Commissioners v. Guy Butler* (1977).

вкладом. Независимо от вида счета лицо, имеющее счет в банке, рассматривается английским банковским правом в качестве *клиента* банка. Это влечет за собой наличие у вкладчика тех правомочий клиента, которые характерны для статуса клиента вообще, по крайней мере в той степени, в которой это не является несовместимым с природой отношений по «процентному счету»¹⁴.

Франция. Особенность банковского права Франции — высокая степень *закондательного* регулирования отношений, складывающихся в ходе депозитных операций. Многие вопросы, которые в банковском праве Великобритании регулируются на уровне договора банка и клиента, во Франции регулируются на уровне законодательства, которое устанавливает правила о банковских вкладах, учитывающие разные категории банков (и более широко — организаций), принимающих вклады, разные категории вкладчиков, разные цели вкладов. Детальный анализ данных положений был бы излишен в настоящей работе, в то же время освещение этих вопросов на уровне Денежного и финансового кодекса представляется достаточным для адекватного представления о вопросе в рамках настоящего сравнительно-правового исследования.

Наиболее традиционная для французского банковского права классификация банковских депозитов подразделяет их на регулируемые и обычные. Основной чертой регулируемых депозитов (или регулируемых счетов) являются, с одной стороны, более выгодные условия, но с другой — более жесткое регулирование, осуществляемое на основе полномочий, предоставленных компетентным органам Денежным и финансовым кодексом Франции.

Одним из наиболее популярных регулируемых депозитов является *Livret A* депозит. Проценты, получаемые по такому счету, не подлежат обложению налогом, при этом размер процентов может изменяться до четырех раз в год. Согласно Денежному и кредитному кодексу регулятивные положения должны предусматривать максимальный размер средств, которые можно разместить на таком счете¹⁵, кроме того, законом установлено, что одно физическое лицо может располагать только одним счетом такого типа¹⁶. Достаточно сходные условия характерны для другого регулируемого счета — *Livret Bleu*¹⁷.

Существует также счет для физических лиц в возрасте от 12 до 25 лет (*Livret Jeune*). Согласно Денежному и кредитному кодексу несовершеннолетние вправе самостоятельно открывать банковские счета и зачислять на них средства. Что касается снятия средств, то правила различаются в зависимости от возраста вкладчика: до 16 лет для снятия средств требуется согласие законного представителя, от 16 до 18 лет снятие средств производится самостоятельно, если против этого не возража-

¹⁴ Статус клиента банка в банковском праве Англии находится за пределами тематики настоящей статьи. Более подробно эти вопросы изложены в следующих работах: Вишнеvский А.А. Клиент банка в современном банковском праве: тенденция к возникновению специального статуса // Закон. 2010. № 12. С. 171–178; Вишнеvский А.А. Банковское право Англии. М.: Статут, 2000. С. 16–56.

¹⁵ В настоящее время, по данным ведущего французского портала по собственности во Франции French-Property.com, этот лимит составляет 15 300 евро // <http://www.french-property.com/guides/france/finance-taxation/banking/savings/regulated-savings-accounts>

¹⁶ Ст. L221-1 Денежного и кредитного кодекса Франции.

¹⁷ <http://www.french-property.com/guides/france/finance-taxation/banking/savings/regulated-savings-accounts/>

ют законные представители¹⁸. Физическое лицо от 12 до 25 лет может иметь только один счет указанного вида. Закон предоставляет Государственному совету право устанавливать особенности режима такого счета, включая условия его открытия и закрытия (в том числе по достижении вкладчиком 25 лет), процентные ставки, правила надзора за соблюдением режима счета. Нарушение вкладчиком режима счета может повлечь для него санкции в виде лишения процентов¹⁹.

Еще одним распространенным во французском обороте видом банковского вклада является «народный сберегательный счет» (*Livret d'Epargne populaire*), который доступен для лиц с небольшими доходами. Критерием определения дохода является сумма уплачиваемых налогов: если эта сумма ниже установленного в соответствии с законодательством уровня, то такое физическое лицо (налогоплательщик) имеет право на открытие указанного счета²⁰. Счет может открываться только налоговым резидентом Франции, которые должны быть в состоянии представить доказательства того, что сумма уплаченных налогов (исчисленная с соблюдением установленных для этого законодательством правил) не превышает установленного порога²¹. Режим счета может определяться Государственным советом, который вправе устанавливать операции, разрешенные для такого счета, и условия, при выполнении которых банки вправе открывать такие счета. Операции по таким счетам должны быть открыты для проверки финансовой инспекции. Законодательство позволяет открыть один такой счет одному налогоплательщику и один — его супруге (супругу)²².

Банковскому праву Франции известен также сберегательный счет для приобретения жилищной недвижимости (*Plan Epargne Logement*). Этот счет используется для создания сбережений для цели приобретения, строительства, расширения, ремонта, улучшения жилищной недвижимости, при условии, что такая недвижимость (даже если она имеет частично коммерческий характер) используется в качестве основного места проживания вкладчика. Государственному совету предоставлено право установить иное целевое назначение данных средств, но опять же в рамках приобретения (улучшения) недвижимости²³.

В отношении практически всех депозитных счетов (включая стандартные) действуют также следующие правила:

- права требования по банковским депозитным счетам нетрансферабельны (не подлежат передаче другим лицам)²⁴;
- средства с депозитного счета могут быть выплачены по требованию добровольно, но обязанность выплаты возникает у банка по истечении двухнедельного срока с момента предъявления требования²⁵;

¹⁸ Ст. L221-24 Денежного и кредитного кодекса Франции.

¹⁹ Ст. L221-26 Денежного и кредитного кодекса Франции.

²⁰ Ст. L221-13 Денежного и кредитного кодекса Франции. Для 2011 г. указанный порог равнялся 769 евро // <http://www.french-property.com/guides/france/finance-taxation/banking/savings/regulated-savings-accounts/>

²¹ Ст. L221-15 Денежного и кредитного кодекса Франции.

²² Ст. L221-16 Денежного и кредитного кодекса Франции.

²³ Ст. L221-29 Денежного и кредитного кодекса Франции, ст. L315-1–315-3 Строительного и жилищного кодекса Франции.

²⁴ Ст. L221-1 Денежного и кредитного кодекса Франции.

²⁵ Ст. L221-2 Денежного и кредитного кодекса Франции.

- вкладчик вправе перевести средства со своего депозитного счета в одном банке на депозитный счет в другом банке²⁶;
- по истечении 30 лет со дня последней операции по счету средства с такого счета распределяются: 2/5 — между сберегательными банками, остальные перечисляются в Фонд национальной солидарности и совместных действий²⁷ (если средства с депозитного счета переданы по завещанию под условием их неиспользования до определенной даты, 30-летний период исчисляется с такой даты).

Россия. Мы полагаем возможным охарактеризовать правовое регулирование договора банковского вклада в Российской Федерации на законодательном уровне как достаточно сбалансированное. Данный тезис основывается на том, что, с одной стороны, в России нет такого жесткого регулирования ряда депозитных договоров, как это имеет место в банковском праве Франции, а с другой — существующий уровень законодательного регулирования не позволяет говорить об игнорировании законодателем вопросов банковского вклада, особенно когда речь идет о вкладчике — физическом лице²⁸.

Мы полагаем возможным указать на следующие правовые конструкции российского гражданского и банковского права, защищающие интересы вкладчика.

Субъектные характеристики сторон договора. Согласно буквальному указанию гражданского законодательства стороной, уполномоченной на принятие вклада, является банк. Это положение конкретизируют нормы банковского законодательства, согласно которому банк — это не только кредитная организация, имеющая лицензию Банка России на совершение банковских операций, но это такая кредитная организация, которая вправе принимать средства во вклады от *физических лиц* (вторая сторона договора) только при наличии специальной лицензии Банка России. Данная лицензия выдается при соответствии банка ряду дополнительных требований (наряду с общими), которые предъявляются к кредитной организации при получении лицензии Банка России во время собственно регистрации кредитной организации.

Дополнительные требования предусматривают минимум два года деятельности банка либо более высокий размер собственных средств банка, раскрытие информации о лицах, оказывающих существенное влияние на принимаемые банком решения. Наряду с этим банковское право обуславливает право на привлечение вкладов физических лиц участием банка в системе обязательного страхования вкладов физических лиц в банках. Другими словами, речь идет о требованиях, принципиально направленных на получение банком права на привлечение вкладов физических лиц только в том случае, когда выполняются условия, способствующие вероятности возврата таких вкладов и выплаты процентов по ним.

Реальный характер договора банковского вклада следует из буквального содержания п. 1 ст. 834 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ), согласно которому по такому договору одна сторона (банк), *принявшая* (курсив

²⁶ Ст. L221-3 Денежного и кредитного кодекса Франции.

²⁷ Ст. L221-5 Денежного и кредитного кодекса Франции.

²⁸ Последнее обстоятельство в банковском праве России можно объяснить и тем, что вторая часть Гражданского кодекса Российской Федерации разрабатывалась и принималась после периода финансовых пирамид, известного невыполнением «финансовыми организациями» своих обязательств перед клиентами.

наш. — А.В.) поступившую от другой стороны (вкладчика) денежную сумму, обязуется возвратить вклад и уплатить проценты на условиях и в порядке, предусмотренных договором. Реальный характер договора банковского вклада позволяет вкладчику изменить свое решение в период между заключением договора и внесением денежных средств (насколько эти события могут отстоять друг от друга во времени с учетом конкретных обстоятельств). Это также лишает банк права принудительно потребовать от вкладчика внесения денежных средств, предусмотренных договором, как в момент его подписания, так и в процессе действия заключенного договора.

Публичный характер договора банковского вклада. В силу данного обстоятельства банк, с одной стороны, не может отказать в заключении договора вкладчику (физическому лицу), обратившемуся за заключением договора, а с другой стороны, банк ограничен в произвольном изменении условий договора. Невозможность отказать в заключении договора физическому лицу, обратившемуся в банк, следует из законодательных положений, согласно которым коммерческая организация обязана заключать такие договоры с каждым, кто к ней обратится, и отказ в заключении подобного договора не допускается (ст. 426 ГК РФ).

Что касается затруднения произвольного изменения условий договора банковского вклада вследствие его качества публичного договора, то приведем в качестве примера одно из судебных дел, в котором данный вопрос получил трактовку, защищающую интересы вкладчика²⁹. Один из вопросов, исследованных в ходе рассмотрения данного дела в различных судебных инстанциях, состоял в возможности одностороннего изменения банком условий договора банковского вклада как публичного договора. Применительно к данному делу право банка на одностороннее изменение условий договора с вкладчиком содержалось в типовой форме договора банковского вклада «Универсальный», и этот факт по-разному оценивался судами различных инстанций.

Суд первой инстанции посчитал возможным в силу принципа свободы договора допустить включение банком в типовую форму договора банковского вклада условия о возможности изменения договора в одностороннем порядке. Суд апелляционной инстанции также посчитал возможным включение в типовую форму условия об одностороннем изменении банком условий договора на ином основании — типовая форма не содержит признаков договора в смысле ст. 420 ГК РФ, поскольку является только проектом договора, который не устанавливает, не изменяет и не прекращает права и обязанности конкретных лиц.

Кассационная инстанция справедливо указала на неправильное применение судами первой и второй инстанций норм материального права. Позиция кассационной инстанции основывалась на том, что договор банковского вклада с физическим лицом является публичным договором, вследствие чего должен заключаться на одинаковых со всеми физическими лицами условиях. Далее, суд указал, что типовая форма договора вклада «Универсальный» является публичной офертой, содержит заранее определенные условия. Это означает отсутствие у потребителя возможности влиять на содержание договора. На этом основании суд посчитал законным предписание Роспотребнадзора внести изменение в типовую форму до-

²⁹ Постановление ФАС Дальневосточного округа от 27 декабря 2010 г. № Ф-03-8951/2010.

говора вклада «Универсальный», состоящее в устранении права банка на одностороннее изменение условий договора.

Таким образом, можно сказать, что в судебной практике положение о публичном характере договора банковского вклада с вкладчиком-гражданином получило трактовку, согласно которой, поскольку публичный договор заключается на одинаковых со всеми условиях, условие договора о праве банка в одностороннем порядке изменять условия договора рассматривается как противоречащее положениям ГК РФ о публичном договоре.

Запрет на одностороннее уменьшение банком процентной ставки по вкладу физического лица. Наряду с общим ограничением права банка на одностороннее изменение условий договора банковского вклада как публичного договора, гражданское законодательство содержит специальный запрет на одностороннее уменьшение банком процентной ставки по договору банковского вклада, кроме случаев, предусмотренных законом, причем, подчеркнем это обстоятельство, не законом вообще, но специально принятой на такой случай нормой. Речь идет о ст. 838 ГК РФ, согласно которой «определенный договором банковского вклада размер процентов на вклад, внесенный гражданином на условиях его выдачи по истечении определенного срока либо по наступлении предусмотренных договором обстоятельств, не может быть односторонне уменьшен банком, если иное не предусмотрено законом».

Данная норма имеет историю своего толкования в судебной практике³⁰. В ходе заинтересованного применения данной нормы со стороны банков имели место попытки обосновать их право на одностороннее уменьшение процентов по вкладу тем, что закон, о котором, по мнению банков, ведет речь ст. 828 ГК РФ, существует — это федеральный закон «О банках и банковской деятельности». Ст. 29 данного закона допускает возможность одностороннего изменения банком договора с клиентом в случаях, предусмотренных не только законом, но и договором.

Дискуссия в судебных органах по этому поводу была подытожена в пользу вкладчика Верховным Судом Российской Федерации, согласно позиции которого (дело № 64В97-пр8) право банка на изменение процентов по банковскому вкладу гражданина в одностороннем порядке может быть предусмотрено только законом. Главным основанием, по которому Верховный Суд Российской Федерации отверг возможность ссылки на ст. 29 федерального закона «О банках и банковской деятельности», послужило то, что вторая часть ГК РФ вступила в силу после принятия этого закона. Мы полагаем (и отчасти сожалеем, что данный аргумент не нашел отражения в указанном решении Верховного Суда Российской Федерации), что имеет немаловажное значение и другой аспект: норма ст. 29 федерального закона «О банках и банковской деятельности» имеет общий характер. Она относится ко всем вообще договорам, заключенным между банком и клиентом. В то же время норма ст. 838 ГК РФ имеет специальный характер, относясь только к одному виду договора — договору банковского вклада, причем к такому подвиду этого договора, в котором вкладчиком является гражданин³¹. С учетом этого норма ст. 838 ГК РФ

³⁰ См. об этом, напр.: *Ефимова Л.Г.* Банковские сделки: право и практика. М.: НИМП, 2001. С. 258–259.

³¹ См. также: *Суханов Е., Хохлов С.* Вправе ли банки изменять процентные ставки по вкладам частных лиц? // *Известия.* 1996. 27 марта.

должна превалировать над нормой ст. 29 федерального закона «О банках и банковской деятельности» в силу принципа превалирования частной нормы над общей³².

Подводя итоги рассмотрения вопросов договора банковского вклада в современном банковском праве, можно сказать следующее. Банковский вклад — это банковская сделка, представляющая собой существенный риск прежде всего для вкладчика. В связи с этим в банковском праве различных стран сложились конструкции, ограничивающие свободное усмотрение сторон договора банковского вклада вообще и защищающие права вкладчика как слабой стороны в договоре по отношению к банку в частности. Эти правовые конструкции соответствуют традициям, укоренившимся в соответствующей правовой системе.

Так, в праве Франции существует сравнительно жесткая законодательная регламентация условий договора банковского вклада, прежде всего в отношении ряда законодательно закрепленных видов вкладов («регулируемые депозиты»). В праве Англии законодательная регламентация гораздо менее жесткая (практически она сводится к законодательному ограничению права на привлечение вкладов организациями, которые имеют лицензию FSA). Однако прецедентное право содержит достаточно широкий набор средств, позволяющих заинтересованному вкладчику защитить свои права, которые были выработаны в ходе развития прецедентного права, регулирующего отношения банка и клиента. Эффективные правовые конструкции, защищающие права вкладчика, закреплены и в российском законодательстве и истолкованы высшими судебными инстанциями в ряде существенных аспектов в пользу вкладчика-гражданина³³.

Таким образом, создание правовых конструкций, направленных на защиту интересов вкладчика и учитывающих правовые традиции конкретной правовой системы, можно считать устоявшейся чертой и результатом развития современного банковского права.

Мы считаем маловероятной какую-либо существенную гармонизацию банковского права в этом направлении. Процессы развития современного банковского права в Европейском союзе (это оправданно рассматривать как показатель развития современного банковского права вообще) показывают, что законодатель уделяет большее внимание развитию системы гарантирования депозитов (это было обозначено в начале статьи как эндогенная составляющая). Действительно, на уровне ЕС не делалось попыток каким-либо образом гармонизировать положения договоров банковского вклада, но в отношении систем гарантирования депозитов ситуация иная. В банковском праве ЕС официальное внимание к вопросу гарантирования возврата депозитов насчитывает более чем двадцатилетнюю историю и

³² Следует отметить, что вопрос, связанный с толкованием ст. 29 федерального закона «О банках и банковской деятельности» был поднят на уровне Конституционного Суда Российской Федерации, который в своем Постановлении от 23 февраля 1999 г. № 4-П признал положение ст. 29 федерального закона «О банках и банковской деятельности» не соответствующим Конституции Российской Федерации как позволяющее банкам произвольно снижать процентную ставку по банковскому вкладу на основе договора, без определения в федеральном законе оснований, обуславливающих такую возможность.

³³ Под эффективностью таких правовых конструкций мы имеем в виду прежде всего их материально-правовую эффективность, которой в то же время может не хватать процессуальной эффективности в силу отсутствия в российской банковской системе законодательно закрепленных органов альтернативного разрешения споров между банком и клиентом, примеры которых существуют в современном зарубежном банковском праве.

обусловлено пониманием простого обстоятельства, что для создания единого рынка банковских услуг наличие системы гарантирования возврата вкладов на всей территории ЕС столь же существенно, сколь и наличие сходных пруденциальных правил.

В качестве первого официального документа можно рассматривать Рекомендацию 87/63/ЕЕС по поводу введения схемы гарантирования возврата депозитов в Сообществе³⁴. Впоследствии принимается Директива 94/14/ЕС от 30 мая 1994 г. о схемах гарантирования возврата депозитов, которая составила основу современного регулирования данного вопроса в банковском праве ЕС. Впоследствии положения указанной директивы корректируются Директивой 2009/14/ЕС. Наконец, в настоящее время существует проект новой редакции Директивы о схемах гарантирования возврата депозитов. Содержательно положения данных документов показывают тенденцию от минимальной гармонизации к гармонизации все большего количества понятий и процедур, обеспечивающих возврат депозитов вкладчикам — физическим лицам.

Можно сказать, что по мере достижения национальной правовой системой приемлемого баланса в изначальной договорной диспропорции между банком и клиентом средствами, традиционными и приемлемыми для соответствующей правовой системы, дальнейшее развитие правового регулирования банковского вклада концентрируется на пути создания организационно-правовых средств минимизации рисков скорее экономического, нежели правового характера, при наступлении которых банк оказывается не в состоянии выполнить свои договорные обязательства. Этой цели и служит система гарантирования депозитов, но это тема для отдельной статьи.

³⁴ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31987H0063:EN:HTML>

Э.В. Талапина

старший научный сотрудник
Института государства
и права РАН, кандидат
юридических наук,
доктор права (Франция)

Правовая защита персональных данных во Франции

В статье анализируется состояние современной французской доктрины, законодательства и судебной практики в данной области. Автор отмечает, что защита персональных данных традиционно выводится судами из уважения к частной жизни, а под европейским влиянием этому праву посвящается специальное законодательство.

Ключевые слова: персональные данные, частная жизнь, основные права и свободы человека и гражданина, информационно-коммуникационные технологии, Интернет, безопасность.

Конституционная природа права на защиту персональных данных и европейское влияние

Всегда, а в эпоху стремительного развития новых информационных технологий особенно, персональные данные нуждаются в защите. Можно сказать, что эволюция информационно-коммуникационных технологий требует адекватного по скорости и технической разработанности развития мер защиты персональных данных. В юридическом плане такие меры защиты нуждаются в правовом закреплении. Высшей гарантией является конституционное урегулирование права на защиту персональных данных. Именно в таком контексте французская доктрина и судебная практика подходят к данному феномену. Можно сказать, что права, связанные с защитой персональных данных, имеют конституционное происхождение, с одной стороны, с другой — их интерпретация и применение, в особенности судебные, находятся под сильнейшим влиянием европейского права.

Конституционные права и свободы составляют сердцевину современного европейского общества. Даже страны со «старыми» конституциями, к которым относится и Франция, все более адаптируют те права, которые известны со времен буржуазных революций, к проблематике фундаментальных прав и свобод человека, возникшей после окончания Второй мировой войны.

Впрочем, это совсем не означает, что конституционные тексты формулируют особое право на защиту персональных данных. К такому результату не привели даже многочисленные в последние годы изменения Конституции Франции 1958 г. Так, в апреле 2008 г. предлагался проект изменений Преамбулы Конституции (именно там содержатся нормы о правах человека), с тем чтобы пополнить перечень фундаментальных прав правом на уважение частной жизни и защиту персональных дан-

ных (общепризнанными в доктрине и судебной практике, т.е. речь шла лишь об их конституционной формализации). Однако в конечном итоге этот проект не был поддержан комиссией, занимавшейся подготовкой конституционных изменений.

Во французской юридической литературе подчеркивается конституционное происхождение защиты персональных данных (именно так это истолковывается судами) через особо тесную связь с уважением частной жизни. Частная жизнь является традиционным объектом юридической защиты во Франции. Право на уважение частной жизни вытекает из ст. 2 Декларации прав человека и гражданина 1789 г. (вошедшей в текст современной французской Конституции). Если говорить о законах, то наиболее отчетливо право на защиту частной жизни регулируется в Гражданском кодексе Франции, ст. 9 которого в ред. 1970 г. предоставляет каждому право на уважение его частной жизни.

Общеввропейские тексты более четко и непосредственно формулируют право на уважение частной жизни (например, ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г.). Кроме того, развитие новых технологий подчеркнуло необходимость специальной защиты персональных данных. Вот почему (вдохновившись Рекомендацией об основных направлениях защиты частной жизни и трансграничной передаче данных персонального характера Совета ОЭСР 1980 г.) Совет Европы принял Конвенцию о защите физических лиц в отношении автоматизированной обработки данных личного характера от 28 января 1981 г. Вслед за этим европейское право пополнилось директивами Европейского союза о защите персональных данных физических лиц и их свободной циркуляции (95/46/CE от 24 октября 1995 г.), о частной жизни и электронных коммуникациях (2002/58/CE от 12 июля 2002 г.), о сохранении данных, собранных или обработанных в рамках предоставления общедоступных электронно-коммуникационных услуг или через коммуникационные сети общего пользования (2006/24/CE от 15 марта 2006 г.).

Разумеется, европейские директивы должны были быть имплементированы в национальное законодательство. Как отмечалось, право на защиту персональных данных выводится французской доктриной и судебной практикой из права на уважение частной жизни. В судебном толковании проблем, связанных с персональными данными, значительную роль сыграл Конституционный Совет, являющийся основным проводником европейской политики во Франции. Согласно Конституции законы до их принятия направляются в Конституционный Совет для оценки их соответствия Конституции. Именно в его решениях было широко интерпретировано право на уважение частной жизни¹, а также оценено законодательство о персональных данных². В решении от 10 июня 2009 г. (под влиянием доклада Европейского парламента от 25 февраля 2009 г. об усилении безопасности и фундаментальных свобод в Интернете) Конституционный Совет выразил мнение, что свобода выражений и коммуникаций включает и свободу доступа в Интернет. Ис-

¹ Décision № 99-416 DC du 23 juillet 1999. Loi portant création d'une couverture maladie universelle; Décision № 99-419 DC du 9 novembre 1999. Loi relative au pacte civil de solidarité.

² Décision № 2004-499 DC du 29 juillet 2004. Loi relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi № 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés; Décision № 2009-580 DC du 10 juin 2009. Loi № 2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet; Décision № 2009-590 DC du 22 octobre 2009. Loi № 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet.

следователи оценивают этот шаг как осознание необходимости новой фазы регламентации в области защиты данных, так как в условиях Интернета помимо лица, персональные данные которого обрабатываются, и ответственного лица, занятого такой обработкой, появляется третий персонаж — терминал и сеть³.

В итоге под влиянием европейских директив французское законодательство было изменено, пополнившись уже нормативным определением персональных данных. Таким образом, именно европейское право подстегнуло развитие национального законодательства в данной области. При этом ни право на уважение частной жизни, ни право на защиту персональных данных не вошли в текст французской конституции.

Французское законодательство о защите персональных данных

Базовым законом в рассматриваемой области является Закон от 6 января 1978 г. об информатике, досье (картотеках) и свободах (с многочисленными изменениями, далее — Закон 1978 г.). В нем персональные данные определяются как любая информация относительно физического лица, которое идентифицировано или может быть идентифицировано, прямо или косвенно, со ссылкой на идентификационный номер или на один или несколько присущих ему элементов. Чтобы определить, может ли лицо быть идентифицировано, необходимо рассмотреть совокупность средств, позволяющих идентифицировать данное лицо, которыми располагает или к которым может иметь доступ лицо, ответственное за обработку данных, или любое другое лицо. Европейская директива 95/46/СЕ трактует персональные данные более широко (через любые элементы, позволяющие идентифицировать лицо, — физические, физиологические, экономические, культурные или социальные). Во Франции идентификация ставится в зависимость от средств, которыми располагает тот, кто использует эти данные (чаще всего это органы власти, поэтому французский закон остается «привязанным» к администрации).

Если говорить о конкретных примерах персональных данных, то их круг весьма широк — от традиционных имени и даты рождения, адреса и телефона до банковских счетов, заработной платы, медицинского и страхового досье, электронного адреса. Что касается аспекта защиты персональных данных, то законная обработка персональных данных должна отвечать следующим условиям:

- данные были собраны и обработаны правильно и законно;
- данные собраны с определенной, ясной и законной целью и обработаны именно с этой поставленной целью (при этом возможна дальнейшая обработка данных в статистических, научных или исторических целях при соблюдении принципов и процедур, установленных законом, и если такая обработка не будет использована при принятии решений в отношении заинтересованных лиц);
- данные являются адекватными, существенными и не излишними по отношению к цели их сбора и обработки;

³ См.: *Pouillet Yves. Pour une troisième génération de réglementation de protection des données // Défis du droit à la protection de la vie privée / Perspectives du droit européen et nord-américain, coll. Cahiers du Centre de Recherches Informatique et Droit. Bruylant, 2008. P. 66.*

- данные точны и полны, а также при необходимости обновлены (соответствуют сегодняшнему дню); любые неточные или неполные данные должны быть уничтожены или исправлены;
- данные сохраняются в форме, позволяющей идентифицировать лиц, которых они касаются, в течение срока, необходимого для достижения цели, поставленной при их сборе и обработке.

Статья 7 Закона 1978 г. предусматривает, что обработка персональных данных должна производиться с согласия лица, которого они касаются, или удовлетворять одному из следующих условий:

- 1) выполнение законной обязанности, возложенной на лицо, ответственное за обработку данных;
- 2) сохранение жизни лица, данные о котором обрабатываются;
- 3) выполнение миссии публичной службы, которой наделено лицо, ответственное за обработку, или адресат обработки;
- 4) исполнение контракта, стороной в котором является лицо, данные о котором обрабатываются, или предконтрактных мер, принятых по просьбе этого лица;
- 5) реализация законного интереса, преследуемого лицом, ответственным за обработку, или адресатом обработки, при условии, что не нарушаются интересы или фундаментальные права и свободы лица, данные о котором обрабатываются.

Таким образом, по общему правилу, на обработку персональных данных требуется либо согласие (причем предварительное) лица, чьи данные будут обрабатываться, либо соблюдение одного из пяти условий, установленных законом. Если досье предусматривает, что персональные данные должны быть переданы другим лицам или организациям, заинтересованное лицо должно быть об этом проинформировано, самое позднее, при первой передаче этих данных. Персональные данные не могут быть переданы или коммерциализированы без информирования заинтересованного лица. Это право основано на ст. 38 Закона 1978 г.: всякое физическое лицо имеет право запретить, по законным основаниям, чтобы его персональные данные были объектом обработки (право оппозиции). Оно имеет право запретить (не неся при этом расходов) использование его данных в целях изучения рынка, в частности коммерческого, лицом, ответственным за обработку, в настоящий момент или в будущем. Единственное исключение предусмотрено ч. 3 данной статьи: нормы первой части статьи не применяются, если обработка данных отвечает законному обязательству или предусмотрена актом, разрешающим такую обработку.

Лицо, данные о котором были собраны, должно быть проинформировано в момент сбора данных о характеристиках их обработки (личность ответственного за обработку, цель обработки, факультативный или обязательный характер ответов, адресаты ответов, передача данных за пределы Европейского союза) и о правах, которыми оно обладает (право доступа, исправления или уничтожения данных, право оппозиции (запрета) тому, что эти данные будут предметом обработки, и, начиная с 6 августа 2004 г., тому, что эти данные будут использованы в целях изучения рынка (в коммерческих целях)). Такая оппозиция (запрет) совершается безмотивно и бесплатно⁴.

Во французской литературе часто подчеркивается, что преимуществом Закона 1978 г. является то, что он адресован как частным, так и публичным лицам. Это означает, что обработка персональных данных в публичном и частном секторах

⁴ См.: *Fauchoux V., Deprez P. Le droit de l'internet. Lois, contrats et usages. Litec, 2008. P. 96.*

одинакова, правовой режим един; особенности могут быть установлены только названным законом. В соответствии со ст. 3 лицо, ответственное за обработку персональных данных, — это лицо, орган публичной власти, служба или организация.

Таким образом, во всех случаях обработка персональных данных подчинена Закону 1978 г. и его общим правилам. Закон предусматривает и некоторые особые виды обработки данных, например обработка данных, связанных с правонарушениями: обработка персональных данных, связанных с правонарушениями, осуждением и мерами безопасности, может проводиться исключительно судебными инстанциями, органами публичной власти и юридическими лицами, предоставляющими публичные услуги, действующими в рамках своих законных полномочий (ст. 9). Имеется также Декрет от 7 ноября 2011 г. № 2011-1447 об автоматизированной обработке персональных данных по исполнению наказаний, согласно которому право оппозиции не применяется в рамках такой обработки.

Добавим, что Закон 1978 г. запрещает сбор или обработку персональных данных, которые указывают, прямо или косвенно, на расовое или этническое происхождение, политические, философские или религиозные убеждения, профсоюзную принадлежность, сведения о здоровье или сексуальной жизни.

Национальная комиссия по информатике и свободам

Франция стала одной из первых демократических стран, в которой был установлен правовой режим для персонализированной информации, наряду с Германией (1970), Швецией (1972) и США (1974). В литературе описаны пять главных характеристик Закона 1978 г.:

- защита граждан в условиях развития информатики (информационно-коммуникационных технологий);
- правовое регулирование всех видов автоматизированной обработки данных во Франции, как в публичном, так и в частном секторах;
- возникновение новых субъективных прав, таких как право на «забывание» (или забвение), делающего из каждого физического лица бухгалтера, контролера, архивариуса или «могильщика» своей персональной информации;
- принятие новых норм, касающихся легального использования информатики (информационно-коммуникационных технологий), с различием «чувствительной» информации и информации, обработка которой имеет цели, определяемые предварительными формальностями;
- создание новой структуры, имеющей функцию «примирить» технические достижения и защиту частной жизни без вмешательства судебной власти⁵.

Этой новой структурой стала Национальная комиссия по информатике и свободам (CNIL, далее — Комиссия). Это первый орган независимой административной власти во Франции. Его задачами, в частности, являются:

- информирование лиц, персональные данные которых собираются, и лиц, ответственных за обработку, об их правах и обязанностях;
- наблюдение за правильностью процесса обработки персональных данных (выдача разрешений и заключений на обработку данных, издание нормативных актов, рассмотрение рекламаций, петиций и жалоб, дача заключений по обраше-

⁵ См.: *Bensoussan Alain*. *Informatique et libertés*. P.: Francis Lefebvre, 2010. P. 15–16.

ниям органов публичной власти и судов, информирование прокурора Республики о правонарушениях);

- дача заключений на профессиональные регламенты по обращениям профессиональных организаций и объединений;
- публичное информирование о развитии информационных технологий (в том числе дача заключений на проекты законов, связанных с защитой лиц при автоматизированной обработке данных, дача предложений правительству о законодательных или регламентарных мерах по адаптации защиты свобод к эволюции информационных технологий⁶, участие в разработках, связанных с защитой данных, по обращениям других органов независимой административной власти, участие по поручению премьер-министра в подготовке и оформлении французской позиции в международных переговорах в области защиты персональных данных).

Для выполнения своих функций Комиссия имеет право давать рекомендации и принимать индивидуальные решения, а также издавать регламентарные акты (нормативные акты исполнительной власти — декреты и постановления, издающиеся по вопросам, не входящим в сферу законодательства).

Частная жизнь и защита персональных данных (на примере медицинской информации)

Очевидно, что громадное число административных документов содержит персональные данные. В некоторых случаях их обработка подпадает под режим охраняемой законом тайны — медицинский секрет (врачебная тайна). Врачебная тайна известна законодательству всех развитых стран.

Если обратиться к европейскому праву, то становится ясно, как судебная практика Европейского суда по правам человека (далее — ЕСПЧ) обогатила концепцию персональных данных, в том числе за счет медицинской информации. Так, в решении от 25 февраля 1997 г. *Z. c/Finlande* ЕСПЧ провозглашает основные принципы, применимые, в соответствии с конвенцией, к защите врачебной тайны⁷. Констатируя, что соблюдение конфиденциального характера информации составляет основной принцип правовых систем всех стран, присоединившихся к конвенции, ЕСПЧ заключает: внутреннее законодательство должно обеспечить гарантии с тем, чтобы воспрепятствовать любой передаче или обнародованию персональных данных, связанных со здоровьем, в соответствии с гарантиями, предусмотренными ст. 8 конвенции. Таким образом, право Совета Европы, является ли оно конвенционным или проистекающим из *soft law*, все сильнее воздействует на толкование конвенции.

Однако защита конфиденциальности медицинской информации не рассматривается в качестве абсолютного права в свете обостренно эгоистичной концепции частной жизни. Именно поэтому ЕСПЧ постарался определить законные исключения из режима врачебной тайны. Так, медицинские сведения могут циркулировать между различными учреждениями (решение от 27 августа 1997 г. *M. S. c/Suède*),

⁶ В литературе данное положение оценивается критически в том смысле, что никаких заключений и консультаций с Комиссией не предусматривается, если меры по защите свобод в области персональных данных исходят от правительства напрямую. См.: *Flauss J.-F.* Convention européenne des droits de l'homme et droit administratif (septembre 1996 — septembre 1997) // AJDA. 1998. P. 37.

⁷ Sur la jurisprudence de la Commission, V. Actualité de la CEDH // AJDA. 1996. P. 1019.

а именно передаваться публичной больницей учреждению социальной защиты. В данном случае средство коммуникации должно быть значительно ограничено в целях эффективного гарантирования от злоупотреблений: обязательство конфиденциальности в отношении передаваемой медицинской информации, равно как передача сведений в объеме, строго соответствующем цели запроса.

Примеры законного нарушения врачебной тайны содержит и французское законодательство, например ст. L.3113-1 Кодекса здравоохранения об обязательной передаче данных. Предусматривается, что врачи и ответственные лица лабораторий, проводящих медицинские анализы (публичных и частных), должны в обязательном порядке передавать санитарным властям сведения персонального характера, касающиеся: 1) болезней, требующих немедленного локального, национального или международного вмешательства; 2) болезней, наблюдение за которыми необходимо для проведения и оценки политики здравоохранения. Перечень таких болезней определяется Высшим советом здравоохранения, а Государственный Совет своим декретом определяет условия передачи данных при сохранении анонимности.

В других случаях действует общее правило — информация о состоянии здоровья лица является его персональными данными и ее разглашение нарушает тайну частной жизни. Правда, лицо может само передать такую информацию для достижения собственных целей. Это подтверждено Решением Конституционного Совета⁸. Ст. 26, 40 и 70 французского Закона об иммиграции, интеграции и гражданстве изменяют Кодекс о въезде и проживании иностранцев и праве убежища с целью модификации условий, при которых тяжело больной иностранец может в исключительном порядке получить право пребывания на французской территории. Это объясняется невозможностью для такого иностранца получить эффективное лечение в стране происхождения; право пребывания дается ввиду исключительного человеческого (сострадательного) отношения, по оценке органа административной власти с учетом заключения генерального директора регионального агентства здравоохранения.

Данные законодательные положения были опротестованы в Конституционном Совете. Заявители жалобы утверждали, что подобная процедура, предусматривающая оценку и мнение органа административной власти в отношении состояния здоровья физического лица, нарушает врачебную тайну и тайну частной жизни. Конституционный Совет признал оспариваемые нормы не противоречащими Конституции. Согласно позиции Совета, говоря об исключительном человеческом (сострадательном) отношении, законодатель желал, чтобы были приняты во внимание индивидуальные обстоятельства, которые могут обеспечить пребывание заинтересованного лица на французской территории. При этом только само заинтересованное лицо может передать органу административной власти данные о состоянии своего здоровья, которые ложатся в основу его заявления. В итоге тайна частной жизни не нарушается.

Защита персональных данных через призму прав потребителей

Тенденция к усилению защиты персональных данных является общей для европейских стран. Во Франции она особенно наглядна в нормах, посвященных защите

⁸ Décision № 2011-631 DC du 9 juin 2011. Loi relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

прав потребителей⁹. Так, Ордонанс № 2011-1012 от 24 августа 2011 г. модернизирует нормативное регулирование электронных коммуникаций, а именно вносит изменения в Кодекс почты и электронных коммуникаций (разумеется, под влиянием европейских директив, касающихся *Raquet Télécom*). Требования Ордонанса отвечают четырем целям:

- 1) обеспечить наилучшее регулирование электронных коммуникаций;
- 2) сделать более эффективным управление радиоэлектрическим спектром;
- 3) усилить защиту потребителей и их частной жизни;
- 4) сохранить безопасность сетей и электронно-коммуникационных служб.

Можно процитировать несколько основных механизмов, предусмотренных этим Ордонансом. Согласно ст. 8 запрещено прямое изучение рынков сбыта при помощи автоматизированных систем коммуникации, телекопирования или электронной почты, с использованием координат физического лица, абонента или пользователя, который не выразил свое предварительное согласие на получение подобных данных электронным путем. Ст. 37 Ордонанса ограничивает использование *cookies* тем, что оно должно быть предварительно согласовано и одобрено пользователем. Операторы Интернета, ответственные за обработку персональных данных, должны получить согласие пользователей Интернета, предварительно предоставив им ясную и полную информацию (в частности, цель *cookies* и описание способов отказаться от них), до установления *cookies* в своих системах. Ст. 38 вводит обязательство для поставщика услуг сигнализировать о нарушениях в области персональных данных.

После внесения названным Ордонансом изменений в Кодекс потребления его новая ст. L.121-83 содержит впечатляющий перечень информации, которая должна фигурировать в контракте. Согласно этой статье всякий контракт, подписанный потребителем с поставщиком электронно-коммуникационных услуг в соответствии со ст. L.32 Кодекса почты и электронных коммуникаций, должен содержать помимо прочего информацию, выраженную в ясной, детализированной и легкодоступной форме, поясняющую возможности, которые предоставляются абоненту для дачи разрешения на фигурирование его персональных данных в справочниках или дачи запрета на такое фигурирование.

Со своей стороны, новая ст. L.121-83-1 Кодекса потребления устанавливает, что каждый поставщик электронно-коммуникационных услуг предоставляет в распоряжение потребителей (и актуализирует эту информацию в своих пунктах продажи и посредством телефонных или электронных коммуникаций, доступных в реальном времени по разумным тарифам) следующую информацию: способы защиты против возможной угрозы индивидуальной безопасности, частной жизни и персональным данным во время использования электронно-коммуникационных услуг.

Необходимо отметить, что потребитель должен иметь возможность легко предохраняться от покушений. Для этого закон устанавливает, что рекламные сообщения должны ясно и четко напоминать, что потребитель может бесплатно запретить использование его персональных данных в целях изучения рынка (ст. L.311-5 Кодекса потребления).

⁹ См.: *Piedelièvre S.* Les dispositions relatives au Code de la consommation de l'ordonnance № 2011-1012 du 24 août 2011 // *Communication Commerce électronique*. Décembre 2011. № 12, étude 22.

Безопасность обработки данных

Ордонанс № 2011-1012 от 24 августа 2011 г. имеет целью усилить обязательства поставщиков электронно-коммуникационных услуг, чтобы наиболее эффективно отвечать на серьезные угрозы безопасности информационных систем. Ордонанс вводит в Закон 1978 г. новую ст. 34 bis, которая логически связана со ст. 34, устанавливающей требования безопасности, которую должны обеспечить лица, ответственные за обработку персональных данных. В такой ситуации общество, ставшее жертвой правонарушения в области персональных данных (кража, пиратство, утрата и т.п.), должно немедленно предупредить об этом Национальную комиссию по информатике и свободам¹⁰.

Меры безопасности должны всегда сопровождаться мерами ответственности¹¹. Ордонанс от 24 августа 2011 г. вводит во французское право обязательство декларировать нарушения защиты персональных данных (а именно — любое нарушение безопасности, случайное или намеренное, повлекшее за собой разрушение, утрату, изменение, обнародование или неправомерный доступ к персональным данным, являющимся объектом обработки в рамках предоставления электронно-коммуникационных услуг). Это заявление (декларация) должно быть сделано в комиссию немедленно, в противном случае поставщику услуг грозят пять лет тюремного заключения и штраф в размере 300 тыс. евро, как то устанавливает новая ст. 226-17-1 Уголовного кодекса.

Рассматривая эту декларацию, комиссия констатирует, что поставщик услуг отреагировал правильно и что соответствующие меры защиты данных с целью сделать их непонятными для любого лица, не имеющего разрешенного доступа, были применены к данным, затронутым правонарушением. В этом случае комиссия может заключить, что аналогичная декларация не должна быть заявлена абоненту или заинтересованному физическому лицу. В противном случае комиссия может обязать поставщика это сделать, чтобы позволить заинтересованным лицам минимизировать последствия такого нарушения, а именно продекларировать утечку своих персональных данных финансовым учреждениям, кредитным агентствам, обратиться с жалобой в полицию и к адвокату, чтобы защищаться против любого дальнейшего использования персональных данных.

В то же время эта декларация в комиссию и последующее расследование не должны привести к уменьшению ответственности поставщиков услуг по отношению к их абонентам. Поставщики сохраняют возможность самостоятельно информировать заинтересованных лиц в любое время об обнаруженном нарушении, даже если комиссия считает, что они предприняли все необходимые меры с целью ограничения нарушения. Такой подход соответствует доверительным отношениям, устанавливающимся между поставщиком электронно-коммуникационных услуг и его абонентами.

Требования обеспечения безопасности предъявляются как к частным, так и к публичным лицам, как, например, при электронной обработке персональных дан-

¹⁰ См.: *Caprioli É.A.* Notification des violations de données à caractère personnel // Communication Commerce électronique. Décembre 2011. № 12, comm. 116.

¹¹ См.: *Chassigneaux C.* Regards sur la violation de données à caractère personnel // Communication Commerce électronique. Décembre 2011. № 12, étude 23.

ных в органах власти. Постановление от 23 декабря 2011 г. об обменах электронным способом данными персонального характера, содержащимися в актах гражданского состояния, призвано уточнить гарантии, которым должны отвечать безопасные процедуры, осуществляемые электронным способом. Все запросы на верификацию и ответы на них должны направляться через платформу электронной коммуникации данных гражданского состояния (COMEDDEC).

Организации или лица, желающие осуществить верификацию данных гражданского состояния электронным путем, так же как и органы местной власти, желающие ответить электронным путем на эти запросы, должны предварительно подписать соглашение об услуге (*convention de service*) с министерством юстиции и Национальным агентством безопасных (гарантированных) документов (*l'Agence nationale des titres sécurisés — ANTS*), которые эксплуатируют COMEDDEC под ответственность министерства. Платформа отвечает требованиям Ордонанса № 2005-1516 от 8 декабря 2005 г. об электронных обменах между пользователями и административными властями и между самими административными властями. Постановление также уточняет возможности использования электронной подписи офицерами гражданского состояния¹².

Европейские подходы к обработке персональных данных

Вопросы обработки данных в объединенной Европе неизменно выходят на проблему передачи данных государствам — членам Европейского союза, а также третьим странам. В принципе, согласно европейским актам, передача данных возможна только стране, которая имеет адекватный уровень защиты данных (Швейцария, Исландия, Аргентина, Канада). Россия в этот перечень не входит. Однако из данного правила существуют исключения, например, когда персональные данные авиапассажиров передаются в антитеррористических целях. Свободная циркуляция персональных данных внутри Евросоюза настораживает исследователей, которые предлагают Франции сохранить предварительный контроль в этой сфере и меры по обеспечению более высокого уровня защиты персональных данных¹³.

Европейское право фиксирует строгие лимиты для сбора и использования персональных данных, а также требует от каждого государства ЕС создания национального независимого органа по защите таких данных. Независимость данного органа является принципиальной позицией, отстаиваемой и судами.

Это наглядно иллюстрирует решение Европейского суда справедливости (CJUE 9 mars 2010, *Commission c/Allemagne*, aff. C-518/07)¹⁴. Еврокомиссия выступила против Германии по мотиву некорректной имплементации директивы 95/46/CE, нормы которой предписывают полную независимость органа по защите персональных данных и, соответственно, не допускают контроля со стороны государ-

¹² См.: *Bruggeman M.* Vers une dématérialisation généralisée des données de l'état civil // *Droit de la famille*. Février 2012. № 2, alerte 9.

¹³ См.: *Ponthoreau M.-C.* La directive 95/46 CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données // *RFDA*. 1997. P. 125.

¹⁴ См.: *Aubert M., Broussy E., Donnat F.* Chronique de jurisprudence communautaire // *AJDA*. 2010. P. 937.

ства. В Германии правила организации этих органов и их интеграции в систему государственного контроля определялись на уровне земель и частично различались в разных землях. Суд подчеркнул, что любая форма государственного контроля несовместима с идеей независимости органа. Суд использовал теорию независимых административных властей, которые должны подчиняться не администрации, а подпадать только под судебный контроль.

Во Франции такой независимой административной властью является Национальная комиссия по информатике и свободам. Ее независимость обеспечивается способом формирования (от различных органов и гражданского общества), сроком мандата (5 лет), запретом конфликта интересов, отсутствием предварительного финансового контроля за расходами комиссии (такие расходы контролируются только Счетной палатой). Остается добавить, что Россия не входит в перечень стран с адекватным уровнем защиты персональных данных в том числе и по причине отсутствия независимого органа по защите данных.

Если говорить о перспективах европейского регулирования, то вскоре вместо европейской директивы 95/46/СЕ будет принят регламент (предположительно, в конце 2012 г.). Планируется также разработка других актов. Согласно Коммюнике Еврокомиссии IP/12/46 от 25 января 2012 г.¹⁵ реформа включает Коммуникацию, определяющую цели комиссии, а также два нормативных акта — регламент, определяющий общее регулирование защиты данных в Европейском союзе, и директиву по защите персональных данных, обрабатываемых в целях предупреждения и обнаружения уголовных преступлений, расследования и преследования, судебной деятельности.

Среди основных направлений реформы — минимизация сбора данных, уничтожение ряда формальностей за счет обязательства обоснования необходимости каждого запроса данных, обязательство задать защитные параметры по умолчанию, выражение согласия на применение *cookies*, распределение ответственности за нарушения между лицом, осуществляющим обработку, и «субподрядчиком» обработки, система европейского «одного окна». Предприятия и организации должны будут в кратчайшие сроки (при возможности — в течение 24 часов) заявлять национальному органу контроля о значительных нарушениях, связанных с передачей персональных данных.

* * *

Таким образом, французский подход к защите персональных данных представляет собой своеобразный коктейль из национальных и европейских норм и судебных положений. Административные традиции, столь характерные для французского государства, борются с европейским либерализмом, продиктованным в том числе нейтральностью информационных технологий и все более широким участием частных лиц в регулировании Интернета. Необходимость защиты персональных данных как элемент концепции индивидуализма, лежащего в основе теории фундаментальных прав и свобод, не вызывает сомнений на доктринальном уровне, но требует принятия адекватных правовых и, прежде всего, технических мер, что пока не полностью реализовано на практике.

¹⁵ Projet de réforme de la réglementation européenne en matière de protection des données // *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*. 9 Février 2012. № 6, act. 96.

Б.В. Назмутдинов

преподаватель кафедры
теории права и сравнительного
правоведения Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»,
кандидат юридических наук

Понятие государства в трудах классиков евразийства

Автор статьи рассматривает различные определения понятия государства в трудах евразийцев Н.С. Трубецкого, Н.Н. Алексеева и Л.П. Карсавина, сопоставляя их взгляды с концепциями российских и зарубежных ученых. Выявление характеристик государства, обозначенных евразийцами, приводит автора к выводу о внутренней противоречивости государственно-правовых воззрений классического евразийства.

Ключевые слова: аксиология, геополитика, евразийство, идеократия, месторазвитие, понятие государства, правовой нормативизм, структура права.

В европейской общественной мысли с наступлением Нового времени начали утверждаться договорные теории происхождения государства. Оригинальность последних состояла в том, что их авторы стремились, во-первых, освободить свои политико-правовые конструкции от сугубо религиозных оснований, во-вторых, обосновать государство не как результат договора правителя и его подданных, но как итог соглашения «каждого с каждым»¹.

Подобные взгляды могли породить и порождали (например, у Дж. Локка) убеждение, что назначение государства заключается в соблюдении базовых положений первичного соглашения: государство призвано обеспечивать гражданам безопасность, признавать их свободу и собственность; эти три блага провозглашались основными правовыми ценностями.

Поскольку такой договор полагался первичным и учреждающим, задачи государственной власти должны были состоять в том, чтобы декларировать в законодательстве защиту упомянутых ценностей и исполнять провозглашенные

¹ Соглашение подданных с государем не могло обосновать существование государственного правления, поскольку правитель изначально полагался договаривающейся стороной, т.е. уже существующим.

обязательства, в том числе карая тех, кто посягнул на эти правовые ценности, т.е. деятельность должностных лиц должна преимущественно заключаться в правоустановительной, правоисполнительной и юрисдикционной функциях.

Исходя из данной логики, деятельность государства допускается прежде всего в правовых формах. Более того, государство само становится правовой формой. Впоследствии Г. Кельзен пришел к выводу, что государство по своей сути — это «относительно централизованный правопорядок»².

Данный подход в современной российской юриспруденции нашел отражение в трудах В.С. Нерсисянца. Он особо подчеркивал, что объектами изучения правовой науки являются право и государство, тогда как предметом — понятие права³. Государство включается в данное понятие; государство должно интересоваться юриста лишь как правовое явление. Все остальные аспекты государства изучают другие науки — политология, социология, экономика, наука государственного управления, антропология.

Тем не менее в российской общественной мысли существуют иные воззрения. К авторам, их сформулировавшим, относятся, например, классики евразийства — Н.С. Трубецкой (1890–1938), П.Н. Савицкий (1895–1968), Л.П. Карсавин (1882–1952) и Н.Н. Алексеев (1879–1964).

Евразийцы не считали государство лишь правовым институтом, они также стремились показать его явлением духовно-нравственным. Более того, в контексте геополитического подхода⁴, близкого евразийцам, государство представляет собой особенный организм, где его правовая характеристика — одна из многих других.

Взгляды евразийцев представляются актуальными в связи с использованием системного подхода в изучении правовых явлений, посредством которого выявляются не только взаимосвязь права с иными социальными регуляторами (моралью, религией), но и исследуется влияние естественных факторов — территории, климата и др. — на развитие правовых систем.

П.Н. Савицкий сформулировал понятие «месторазвитие». Автор сконструировал этот термин, используя аналогии с географическими понятиями: месторождение полезных ископаемых, местоформование почв и пр.⁵ Однако месторазвитие являлось для евразийцев не только пространством, местом развития народов, но прежде всего географически определяемой социальной общностью — культурой, вписанной в определенную природную среду.

Перечисленные авторы отстаивали уникальность «месторазвития Евразии» — срединного пространства, отличного как от Европы, отделенной от нее пулковским меридианом, так и от Азии, от которой Евразия отграничена хребтами Кавказа, Памира, Тянь-Шаня и т.д. Подобная уникальность проявлялась, по мнению

² Чистое учение о праве Ганса Кельзена: Сб. перев. Вып. 2. М., 1988. С. 146.

³ См.: Проблемы общей теории права и государства: учеб. для вузов / под ред. В.С. Нерсисянца. М., 2002. С. 9. В.С. Нерсисянец, разумеется, подчеркивал отличие собственного, либертарно-юридического, правопонимания от «нормативизма» Г. Кельзена. Тем не менее в вопросе о предмете правовой науки авторы друг другу в целом не противоречили.

⁴ Под геополитикой Савицкий понимал науку «...о географическом распространении и географическом характере политических объединений (государств)». *Савицкий П.Н.* Геополитические заметки по русской истории // Савицкий П.Н. Избранное. М., 2010. С. 279.

⁵ См.: *Савицкий П.Н.* Географический обзор России-Евразии // Россия — особый географический мир. Прага, 1927. С. 28–29.

евразийцев, в различных сферах общественной жизни в Евразии: языковой, экономической, — а также в контексте политико-правового устройства государства, стремившегося и стремящегося охватить это единое, «чашеобразное» пространство.

Тем не менее, автор данной статьи заявляет о противоречивости политико-правовых взглядов евразийцев, объясняемой тем, что Н.С. Трубецкой, Л.П. Карсавин и Н.Н. Алексеев не сформулировали общепринятого для евразийского движения определения понятия государства. Общими для евразийцев были следующие положения.

1. Авторы считали реальность государства производной от жизни народов. Государство для евразийцев не было самоценным явлением, поэтому евразийцев нельзя называть этатистами в точном значении этого термина, и тем более фашистами.

2. Евразийцы так или иначе отталкивались от так называемого классического («арифметического») подхода, видевшего в государстве три основных момента — территорию, население, публичную власть, — внося в этот подход, тем не менее, существенные изменения.

3. Стихия государства, по мнению евразийцев, полностью не охватывается стихией права; государство есть также этическое и «техническое» явление.

4. Территориальный момент для евразийцев был не формальным, но субстанциальным. Ученые восприняли территорию не только как область «действия» государственной власти. Месторазвитие стало для них важнейшим геополитическим понятием: оно характеризовало связь политической общности с особенностями территории, на которой она развивалась.

Поскольку вопрос о территории как субстанциальном начале требует отдельного рассмотрения, он должен рассматриваться в отдельной работе. Данная статья посвящена обоснованию первых трех тезисов.

1. Реальность государства как понятия

Н.А. Бердяев, анализируя политическую программу евразийцев, отмечал их практическую устремленность, жажду активного государственного строительства и пришел к выводу, что евразийцы (в отличие от славянофилов) — крайние этатисты⁶.

Представляется, что с такой оценкой согласиться нельзя. Пореволюционное движение евразийства в силу своего положения в эмиграции не могло дистанцироваться от политики. «Желая быть миром и государством в подлинном смысле этого слова, евразийство не боится включить себя в своеобразную стихию подлинной государственности»⁷, — пишет В.Н. Ильин, противопоставляя евразийцев славянофилам.

Лидеры евразийства, не считая природу государства злой, полагали, что политическое общение действительно обладает своей уникальностью. Однако они не утверждали, что политическое общение носит первичный характер, что оно равновелико общению духовному, религиозному. В отличие от этатистов евразийцы не считали государство самоценным явлением. Реальность государства для них вто-

⁶ См.: Бердяев Н.А. Утопический этатизм евразийцев // Россия между Азией и Европой: Евразийский соблазн. М., 1993. С. 302–303.

⁷ Ильин В.Н. Евразийство и славянофильство // Евразийская хроника. Вып. IV. Прага, 1926. С. 19.

рична, государство есть благо, но «относительное благо»⁸, поэтому евразийцы не являются этатистами в точном значении этого термина. Тем более нельзя называть их идеи близкими политико-правовым воззрениям итальянских фашистов, поскольку абсолютное большинство евразийцев отрицало первичность бытия государства по отношению к бытию народа.

Сфера духовно-религиозной жизни была для евразийцев намного важнее политического общения. П.Н. Савицкий подчеркивал, что «...действие в хозяйстве и государстве разрешается и освещается озарением религиозным»⁹. Вопрос о высших ценностях не может быть разрешен в области государственно-правовой жизни. «Благополучие хозяйственное и государственное есть не более как *условие*, само по себе бессильно разрешить проблему [человеческого счастья]», — напоминал Савицкий¹⁰. Хотя он и говорил об этатизме евразийцев, это касалось прежде всего активности государственной власти в экономике, а не сущности государства¹¹.

Не считая государство самоценным явлением, евразийцы не стремились сформулировать общепринятого в их движении понятия государства. Более того, они совершенно по-разному объясняли природу общественных отношений, хотя и использовали общепринятую терминологию: едва ли не каждая их статья отсылает нас к «идеократии», «правлящему отбору» и пр.

Лидером, стремившимся сгладить противоречия, был П.Н. Савицкий. В своих обзорах евразийской литературы он пытался установить единую терминологию, расставлял акценты, дирижировал мнениями. В статье «Евразийство как исторический замысел» (1933) он сочетал трактовку революции как «смены правящего слоя», заимствованную у Л.П. Карсавина, с идеей «евразийских советов» Н.Н. Алексева, одновременно упоминая об «общеевразийском национализме» Н.С. Трубецкого¹².

То была пусть и по-своему добросовестная, но весьма ограниченная рефлексия: не добираясь до сути политического евразийства, она ограничивалась критикой его обрамления. Важно понять, почему политико-правовые взгляды Н.С. Трубецкого, Л.П. Карсавина и Н.Н. Алексева сочетались между собой не органически, но механически. Для этого необходимо выявить различные понятия государства у евразийцев.

По Н.С. Трубецкому, ключевое понятие, используемое в контексте государства, — воля; государство есть категория «географически-волевая»: «Сущность государства определяется суммированием и механической комбинацией определенных волевых стремлений, действующих на данной территории»¹³. Ученый описывал государственную реальность как производную от реальности народа: «Если

⁸ Карсавин Л.П. Церковь, личность и государство // Человек. 2005. № 2. С. 79.

⁹ Савицкий П.Н. Два мира // Савицкий П.Н. Избранное. М., 2010. С. 167.

¹⁰ Там же.

¹¹ «...Наш этатизм радикальнее, чем этатизм и тех европейских «социалистов», которые вообще его не признают, радикальнее в том смысле, что охватывает более широкие сферы общественной жизни. <...> Однако хотим подчеркнуть уже здесь, что и мы отнюдь не понимаем государственного начала как всеохватывающего и всеопределяющего принципа». Савицкий П.Н. В борьбе за евразийство // Евразийский сборник. Кн. VI. Прага, 1929. С. 8.

¹² См.: Трубецкой Н.С. Об истинном и ложном национализме // Трубецкой Н.С. Наследие Чингисхана. М., 2000. С. 113.

¹³ Трубецкой Н.С. Письма к П.П. Сувчинскому: 1921–1928. М., 2008. С. 151.

государство обладает некоторыми индивидуальными чертами, то черты эти всегда заимствованы им от определенного народа и присущи, в конце концов, не государству как таковому, а народу, создавшему данное государство. Поэтому государство не имеет такого настоящего самобытного личного бытия, какое имеет народ, а имеет лишь бытие вторичное, и личные признаки, так сказать «отраженные»...»¹⁴

Подобное мнение не отличается оригинальностью; схожих взглядов придерживался, к примеру, Ф.К. фон Савиньи¹⁵. Однако оно позволило евразийцам распространить аксиоматику своего учения о культуре на область государственной жизни. Ведь если бытие народа первично, а государства — вторично, то культурная уникальность народов порождает различия в их политико-правовом развитии. Потому нельзя утверждать, что существуют такие универсальные модели, как, например, «правовое государство». Напротив, необходимо изучать иные культурные общности, полагая их равными себе, а не замыкаться на внутриевропейских политических обобщениях.

Л.П. Карсавин также считал, что «...государство по отношению к культуре вторично и является только формой ее личного бытия»¹⁶. При этом автор ставил политическую сферу выше сфер духовно-художественного творчества и материальной культуры, поскольку именно в ней «...выражается единство всех сфер, как и сама внешне единая культура»¹⁷.

Подобное мнение объясняется тем, что в «Основах политики» (1927) Л.П. Карсавин следовал мысли, изложенной им еще в доевразийской «Философии истории» (1923). Автор отвергал «механицистскую» социологию как науку об обществе, противопоставляя ей политику. Политика, по его мнению, призвана стать учением о культуре как целом, выражающем себя в существовании соборного (симфонически-коллективного) субъекта¹⁸.

Политика, таким образом, превращается из учения о правильном государственном устройстве в науку о закономерностях развития соборного субъекта. Учения о государстве и праве — лишь часть подобной политики. Л.П. Карсавин считал, что при таком подходе «...снимается господствующая донныне антитеза общества и государства, и вместе с тем государственность признается моментом, качеством или признаком, определяющим единство и цельность культурного организма»¹⁹.

Народ или группа народов, как и личность, осознает себя как целое прежде всего в государстве. Государство есть форма народа, но не форма в аристотелевском значении (как сущность предмета либо понятие о нем). Государство — наиболее удобная рамка народной деятельности, именно в государстве народ осознает себя наиболее полно.

Правящий слой, являясь политической «индивидуацией» народа, инстинктивно выражает его волю. Исходя из этого, государство также живет, по Л.П. Карсавину, особенной жизнью. В 1926 г. философ отказывался называть государство

¹⁴ Там же. С. 152.

¹⁵ О взглядах Ф.К. фон Савиньи см.: *Алексеев Н.Н.* Очерки по общей теории государства. М., 1919. С. 109.

¹⁶ *Карсавин Л.П.* Основы политики // Основы евразийства. М., 2002. С. 385.

¹⁷ Там же. С. 382–384.

¹⁸ См.: Там же. С. 368.

¹⁹ Там же. С. 367.

личностью, хотя наблюдение за «многочисленными» образованиями (например, США) приводило его к мнению, что государственность иногда предшествует «народному бытию»²⁰. Однако уже в 1934 г. автор высказался более откровенно: «Каждая взаимодействующая группа людей есть социальная личность, как, например, товарищество, учреждение, сейм. Существуют социальные личности только на одно мгновение, периодически проявляющиеся (сейм), относительно постоянные (семья, народ, *государство*, человечество [курсив мой. — Б.Н.]»²¹.

Л.П. Карсавин не мог говорить подобным образом до разрыва с евразийцами, поскольку для них политический органицизм был неприемлем. Трубецкой отвергал всякие сравнения государства с личностью и организмом²², считая личностями народы и совокупность народов, в связи с чем его вполне можно назвать «политическим персоналистом»²³.

Н.Н. Алексеев вовсе отрицал, что коллективное образование может быть личностью, называя его союзом. Вслед за Аристотелем он называл государство определенным порядком общения. Общение же предполагает разъединенность, поэтому государство есть не столько единство, сколько множество. Поэтому оно и «не может быть никаким самостоятельным существом, ни организмом, ни личностью, ни субстанцией, — но некоторой постоянной точкой социальных связей»²⁴.

Автор также следовал за немецким социологом Г. Зиммелем, поскольку тот «возражал против тенденции приписывать коллективу единую волю или душу <...> [и] определял «общество» как совокупность взаимоотношений, а не как сумму личностей»²⁵. Именно поэтому Н.Н. Алексеева можно назвать политическим функционалистом.

²⁰ Цит. по: Степанов Б.Е. Спор евразийцев о церкви, личности и государстве // Исследования по истории русской мысли: Ежегодник за 2001–2002 годы. М., 2002. С. 147.

²¹ Карсавин Л.П. Государство и кризис демократии // Новый мир. 1991. № 1. С. 189.

²² «Сущность государства определяется суммированием и механической комбинацией определенных волевых стремлений, действующих на данной территории. Т<ак> к<ак> самые эти волевые стремления б<ольшей> ч<астью> не захватывают существенных сторон индивидуальных личностей (ведь громадное большинство обывателей соучаствуют во всей этой волевой комбинации, именуемой государством только тем, что не сопротивляются установленному государственной властью жизнеустройению, — т<о> е<сть> как раз очень мало существенной и чисто отрицательной чертой своей душевной жизни), и т<ак> к<ак> объединение людей по географическому признаку тоже несущественно и условно (поскольку границы государства в принципе не совпадают с границами этнографическими, т<о> е<сть> проходят зачастую внутри цельной личности отдельного народа), — государство и не может быть настоящей хоровой личностью: ибо для хоровой личности необходимо прежде всего объединение по существенным признакам данных индивидуальных личностей. Не может государство быть настоящей личностью и потому, что оно психически односторонне, обладает только волей (притом волей только определенного свойства), а разумом только в связи с этой волей... Если государство обладает некоторыми индивидуальными чертами, то черты эти всегда заимствованы им от определенного народа и присущи, в конце концов, не государству как таковому, а народу, создавшему данное государство». Трубецкой Н.С. Письма к П.П. Сувчинскому: 1921–1928. С. 151.

²³ Термин «политический националист» здесь не совсем уместен, поскольку он намекает на то, что автор является сторонником создания «национальных государств», каким Трубецкой никогда не был.

²⁴ Алексеев Н.Н. Очерки по общей теории государства. С. 149.

²⁵ Рингер Ф. Закат мандаринов: Академическое сообщество в Германии, 1890–1933. М., 2008. С. 211.

Особенности понимания сущности государства привели Алексеева и Трубецкого к двум различным моделям идеального государства. Тезис же Карсавина о том, что правящий слой инстинктивно воплощает в себе волю целого, привел автора к признанию органичными многих политических форм, в том числе и СССР²⁶.

2. Связь евразийства с классическим подходом к государству

Расходясь друг с другом в понимании сущности государства, евразийцы пытались обосновать государство, развивая теорию трех его моментов: территории, населения, публичной власти. В доказательство этого тезиса можно привести высказывание Н.С. Трубецкого: «Бытие государства определяется, с одной стороны, существованием того очага или центра конденсации специфически-государственной энергии (жизнеустроительной воли в вышеописанном смысле), которое можно назвать «властью» (правительством, правящим классом и т.д.), с другой — географическими пределами радиации, сферой притяжения этого центра»²⁷.

Очевидно, что автор считает власть и территорию существенными моментами государства. Однако население (как момент государства) также присутствует в данном высказывании, поскольку властвовать можно не над территорией, но над субъектами, на ней находящимися. Власть есть взаимосвязь, но подлинной взаимосвязи с территорией (как неодушевленным пространством) быть не может. «Радиация власти» действует прежде всего на население, живущее в определенном пространстве.

Л.П. Карсавин также отталкивается от классического подхода к государству. По его мнению, государство есть результат народной деятельности. При этом «существование государства предполагает: 1) существование преимущественного субъекта государственности, т.е. правящего слоя; 2) организацию как форму бытия и деятельности правящего слоя; 3) организационные формы, определяющие его отношение к другим частным соборным субъектам, индивидулирующим целое, и, конечно, к индивидуумам; 4) область его, правящего слоя, деятельности, т.е. его суверенную власть и внешние пределы ее действительности или территорию»²⁸.

В данном высказывании присутствуют властный и территориальный моменты; население конструируется через определенный порядок, организационные формы его взаимодействия с правящим слоем, при этом последний полностью не обособляет себя от народа, поскольку является его «индивидуацией». После отхода от евразийства Л.П. Карсавин использует более привычную терминологию: «Территория, власть и население — таковы три основных элемента государства... Чтобы уберечься с самого начала от материалистических предположений, будем называть их не элементами, а *моментами*»²⁹.

Момент следует отличать от элемента, поскольку момент не составная часть, но качественное, аспект целого. Момент, например, может выражать цвет или протяженность тела, но тело не есть механическая совокупность моментов. Точно так

²⁶ Карсавин Л.П. О политическом идеале // Евразия. 1929. № 13. 16 февраля. С. 2.

²⁷ Трубецкой Н.С. Письма к П.П. Сувчинскому: 1921–1928. С. 152.

²⁸ Карсавин Л.П. Основы политики. С. 387.

²⁹ Карсавин Л.П. Государство и кризис демократии. С. 183.

же арифметическая сумма территории, населения и власти не является государством. Чтобы образовывать целое, моменты должны быть органически связаны, проницаемы друг для друга³⁰.

Тем не менее, евразийцы стремились развить эту юридико-политическую триаду моментов, предложив междисциплинарное, геополитическое видение государства. Так, К.А. Чхеидзе полагал, что юристы обычно считают, будто «основное свойство государственной территории — непроницаемость; населения — состояние в едином политическом целом; власти — независимость, суверенитет. Иной подход геополитический. Для него важнейший момент не непроницаемость — понятие юридическое, но *естественные, природные* особенности и богатства территории. Поэтому геополитик говорит не о территории, но о *месторазвитии*... Геополитик интересуется населением не с точки зрения его принадлежности к единому политическому целому (хотя, конечно, и это факт не безразличный), а с точки зрения *творческих способностей* населения. Основным критерием будет здесь соработа, сотрудничество, участие в единой организации»³¹.

Таким образом, для евразийцев территория становится субстанциальным, а не формальным моментом, она есть не только пространственное ограничение государственной власти. Авторы интересуются, как особенности месторазвития (рельеф, температура, почва, климат) влияют на политическую форму конкретного государства. Население рассматривается не только как юридическое, но как психосоциальное и географическое целое. Евразийцев также интересуют не только субъекты власти и границы ее осуществления, но и сущность власти. Из обоснования этой сущности возникает концепция идеократии как обоснования власти «знающих».

3. Государство как метаправовое понятие и явление

Подход евразийцев к изучению государства не предполагает отождествления последнего с правовым явлением; для них публичное право — это лишь один из моментов существования государства. Евразийцы подчеркивали важность духовного оправдания государства, оно для них также было явлением религиозно-нравственным. Таким образом, государство рассматривалось в трех его плоскостях: государство как хозяйство, связанное с природной средой, т.е. территорией как субстанциональным началом; государство как религиозно-нравственное явление; государство как право.

В силу этих причин евразийцы негативно относились к тому, что государствоведы (и, зачастую, обычные граждане) пытались воспринимать государство лишь через призму правовых норм. Н.Н. Алексеев сожалел об утрате «западными народами чувства реальности государства»³². По его мнению, государство начинает восприниматься не как действительное учреждение, но косвенным образом, посредством

³⁰ Именно поэтому власть и территория немислимы вне населения. Говоря о государстве, невозможно мыслить население вне рассмотрения его властной организации и т.д.

³¹ Чхеидзе К.А. Из области русской геополитики // Тридцатые годы. Утверждение евразийцев. Кн. VII. Париж, 1931. С. 112.

³² Алексеев Н.Н. Теория государства // Алексеев Н.Н. Русский народ и государство. М., 1998. С. 386.

правовых норм как интеллектуальных инструкций, которые и подменяют собой государство.

Вполне очевидно, что подобная критика направлена прежде всего против «чистого учения о праве» Г. Кельзена, считавшего государство «относительно централизованным правопорядком»³³ и признававшего правовое понятие государства единственно существующим. Подобное видение характерно, кстати, не только для многих ученых-юристов, но и для чиновников. «Если современному европейскому администратору говорят об управлении, — подчеркивает Алексеев, — перед ним сейчас же встает вопрос: а какой закон он не должен нарушать... Такая установка затемняет конкретные задачи управления и убивает государственную активность»³⁴.

Именно поэтому Алексеев пытается различать управленческие и правовые дисциплины, изучающие государство. Первые должны иметь дело с «технической» стороной государства, тогда как вторые — с правовой. Вполне обоснованно, что изменения государственной техники проводятся в рамках права, тем не менее их сущность находится в иной плоскости — экономической и пр. Именно поэтому евразиец приветствует ту реакцию, «которая начинает признавать пользу старой камералистики, бывшей по-своему чистой наукой об управлении, стремившейся к тому, чтобы научить чиновников техническим приемам работы в государственных условиях»³⁵. Н.Н. Алексеев также подчеркивал нравственную сторону государственного управления, напоминая, что государство посредством уголовно-правовых норм регулирует не только правовую, но и нравственную область человеческих взаимоотношений³⁶.

Более того, Алексеев заявлял, что «в конечной основе своей всякая власть связывается только нравственными узами»³⁷, поскольку она сама может изменить ограничивающие ее нормы. Примечательно, что данную мысль в первой половине XIX в. высказывали не только славянофилы (идейные предшественники евразийцев), но и английский юрист Дж. Остин, считавший конституционное и международное право нравственными ограничениями государственной власти.

По мнению евразийцев, государство не может быть полностью правовым, поскольку изначальная обязанность государственной власти связывать себя правом есть внеправовая, нравственная обязанность. Игнорирование нравственной и технической стороны государства в угоду его правовому аспекту, по мнению Н.Н. Алексеева, приводит к тому, что совокупность правовых норм начинает рассматриваться как самодостаточная реальность. Образ государства, лишившись телесности (техники) и духовной основы (нравственности), превращается в дурную абстракцию.

Евразийский протест против подобной юридизации государства представляется нам убедительным³⁸. Н.Н. Алексеев вовсе не призывал упразднить правовой

³³ Чистое учение о праве Ганса Кельзена. Вып. 2. С. 146.

³⁴ Алексеев Н.Н. Теория государства. С. 501–502.

³⁵ Там же. С. 502.

³⁶ См.: Там же. С. 505.

³⁷ Там же. С. 602–605.

³⁸ Схожие мысли выражал Л.А. Тихомиров: «К сожалению, юристы, имеющие своей задачей не только теоретическое изучение социально-государственных явлений, но главным образом искусство наилучшего управления, обыкновенно увлекаются этой последней стороной дела и оставляют

«буфер» между гражданами и органами государства, определяющий их права и обязанности. Для него было значимо, чтобы люди понимали вспомогательный характер многих правовых норм, осознавали, что в рамках закона существуют многие внеправовые, технические, процедурные нормы, что эти правила не могут собой заменить норм безусловных, «самодовлеющих». Невозможно определить сущность властвования правовой регламентацией, нельзя правовым текстом создать совершенный экономический строй.

Утверждение, что государственная «стихия» не исчерпывается началами права, не было оригинальным положением евразийцев. Среди русских ученых схожего взгляда придерживался их современник Н.В. Устрялов (1890—1937), говоривший о разуме государства, «учиняющем прорывы в праве» в момент революции³⁹. Однако нельзя объяснять эти взгляды наглядным влиянием революции, парализовавшей многие нормы права. Еще в начале XX в. многие европейские ученые призывали не подменять исследование государственных явлений изучением норм конституционного права. Критика евразийцем «юридизаторов» государства созвучна мнению шведского классика геополитики Р. Челлена, которое он изложил в труде «Государство как форма жизни» в 1916 г., т.е. за 15 лет до опубликования «Теории государства» Н.Н. Алексеева.

Юридизация государства, по мнению шведского автора, обусловлена тем, что ученые все еще «держатся за теоретическое оправдание последнего исторического проявления идеи государства»⁴⁰. Челлен имел в виду прежде всего воззрения манчестерской школы, связанные с трудами Локка и Канта; ее сторонники видели в государстве лишь «полицейского» гаранта правопорядка: «Когда деятельность государства в значительной степени ограничивается функциями надзора за соответствием фактов реальности изданным нормативным предписаниям, тогда и образование заключается в изучении этих нормативных предписаний, не более того. Служить государству — служить праву, и точка!»⁴¹

Н.Н. Алексеев утверждал то же самое, добавив к тому критику германской юриспруденции: «Нет другого, более верного способа утратить реальность какого-нибудь явления, как отождествить его с другим, его сопровождающим, и заслонить, таким образом, первое посредством второго. На этом строилась вся естественно-правовая, революционная теория государства: она отождествила правителей и управляемых, господствующих и подчиненных, субъект и объект государственного авторитета. Подобное же совершила и германская юридическая теория, отождествив государство с нормой права и заслонив государство правом»⁴².

без должного внимания законы самих явлений. В этом отношении государственное право должно еще много учиться у естественных наук». *Тихомиров Л.А.* Монархическая государственность. М., 1998. С. 43.

³⁹ «Неслучайно о «разуме государства» (raison d'Etat) говорят тогда, когда государственная власть нарушает право, учиняет «прорывы в праве» — 18 брюмера Бонапарта, 3 июня Столыпина». *Устрялов Н.В.* О разуме права и праве истории (Конспект вступительной лекции по курсу общей теории права на юридической факультете в Харбине) // *Устрялов Н.В.* Национал-большевизм. М., 2003. С. 421.

⁴⁰ *Челлен Р.* Государство как форма жизни. М., 2008. С. 49.

⁴¹ Там же. С. 50.

⁴² *Алексеев Н.Н.* Теория государства. С. 388.

При первом знакомстве с проблемой, обозначенной Р. Челленом и Н.Н. Алексеевым, складывается мнение: если мы утверждаем, что государство охватывается началом права, то относим государство к области должного, а не сущего; наука о государстве тем самым превращается в науку о публично-правовых должествованиях.

Для того времени эта проблема была чрезвычайно актуальна: достаточно вспомнить о проблематике неокантианства и связанной с этим направлением мысли теории Г. Кельзена. Европейская геополитика и евразийство настаивали, что государство не исчерпывается правовыми и этическими должествованиями. Наука о государстве призвана стать наукой о сущем. Упразднив связь государства с территорией, на которой оно развивалось, особенностями культуры, хозяйствования, мы утратим его реальность. Поэтому «Государство как форма жизни» — это не просто название, но основной тезис работы Р. Челлена: государство есть форма сущего.

Впрочем, подобное видение (государство фактично, а право — область должного) было бы слишком прямолинейным. Действительно, Н.Н. Алексеев подчеркивал, «что государственное общение гораздо более принадлежит к органически-стихийному плану общественного бытия, чем правопорядок и правообщение»⁴³. Однако нельзя воспринимать право только как область должного. Применительно к праву неизбежен не только вопрос: что нам нужно делать, — но и вопрос: почему нас к этому принуждают?

Неопозитивисты начала XX в. отвечали на этот вопрос, создавая логический ряд правовых норм, где действительность нормы проверяется наличием отсылки к ней в вышестоящей норме. Лишь нормы логики позволяют нам возводить действительность норм права к условной «Основной норме», существование которой является не гипотезой, но аксиомой. Подобная норма («должно соблюдать нормы конституции»)⁴⁴, из которой логически следуют должествования позитивного права («должно соблюдать нормы законов, принятых в соответствии с Конституцией» и т.д.), по мнению Кельзена, является постулатом, а не позитивной нормой национального правопорядка.

Вместе с тем у австрийского юриста логическая действительность нормы сочетается с ее действительностью. Он признает, что правопорядок считается действительным, если он также и действителен: конституция государства, фундируемая «Основной нормой», должна в общем и целом соблюдаться. Однако это не есть вопрос факта: никто не будет проводить социологическое исследование с целью проверить, так ли это в реальности. Видимо, кто-то решает и постулирует, соблюдается она или нет. Кто же является этим субъектом?

Кельзен, стремясь упразднить инстанцию суверена, фундирующую право у Дж. Остина, не смог этого сделать. Поэтому многие авторы (например, Дж. Раз) полагают, что Кельзен не создал полностью чистой теории права: суверен фигурирует в ней, скрываясь под именем «Основной нормы»⁴⁵.

⁴³ Алексеев Н.Н. Введение в изучение права. М., 1918. С. 137.

⁴⁴ Подобная норма носит метаправовой характер. По сути, она вне права, но без нее нет и правопорядка.

⁴⁵ Попробуем обосновать подобное утверждение. Недействительность «Основной нормы» при революции вовсе не означает того, что «Основная норма» в общем и целом не соблюдается. Иначе возник бы вопрос, кто ее не соблюдает? Может быть, большинство? Тогда какое большинство?

Более того, евразийцы считали, что нормативизм Кельзена, полагающий основой права логически выверенное, принудительное долженствование и освобождающий право от религиозных, моральных, иных ценностных обоснований, ставит под угрозу действенность права. В связи с этим Н.Н. Алексеев попытался обосновать право аксиологически. Основываясь на «Логических исследованиях» Э. Гуссерля, он отрицал обоснованность дихотомии «науки о сущем — науки о должном», поскольку «каждую «норму» можно выразить в виде теоретической истины, утверждающей нечто о порядке «сущего», а не «должного». Вместо «не убий» можно сказать «убийство постыдно»... Возможность превращения всякой нормы в теоретическую истину неизбежно стирает непреходимое различие между сущим и должным, сводя его к разнице грамматической формы выражения, а не к принципиальным онтологическим разностям двух самостоятельных стихий. Вопреки Кельсену мы должны сказать, что «должное» ни в коем случае не является имеющей онтологический смысл категорией, но только способом речи, имеющим чисто прагматическую ценность»⁴⁶.

В более поздней работе Н.Н. Алексеев повторяет ту же самую мысль, приходя к заключению, что «основой этой [объясняющей смысл долженствования] является, следовательно, идея ценности, которая гораздо первоначальнее, чем идея нормы: нормативность есть только своеобразная формулировка ценностного суждения»⁴⁷.

Таким образом, евразийцы отрицали за правом его чисто логический характер, находя его основание в сфере ценностей. Момент принудительности также не был для них единственно важным моментом права. Отрицая, с одной стороны, юридикацию государства, а с другой — превращение права лишь в сферу должного, евразийцы стремились укоренить государство в сфере фактического. Для этого они обращались к понятию нормативного факта, предложенного Л.И. Петражицким, считавшим подобный факт обладающим нормативным значением: из наличия этого факта проистекает действительность норм⁴⁸.

Более того, Н.Н. Алексеев разделял понятия государства и права. Сопоставляя сущностные признаки государства и правовой структуры, он пришел к выводу, что теоретической связи между государством и правом нет. Их связь носит, прежде всего, исторический, а не сущностный характер.

По мнению Алексеева, «государство есть человеческий союз, обладающий первенствующей, универсально-действующей властью, осуществляемой в общих интересах»⁴⁹, государство есть «властное отношение между личностями»⁵⁰. Данное определение не предполагает, что государство — это правовой союз, более того,

Относительное, абсолютное или квалифицированное? Или, может быть, большинство военнослужащих? Однако речь идет вовсе не о большинстве. В момент революции отсутствует тот, кто назвал бы прежнюю «Основную норму» действенной и которому бы все подчинились, т.е. нет суверена.

⁴⁶ Алексеев Н.Н. Введение в изучение права. С. 45.

⁴⁷ Алексеев Н.Н. К учению об объективном праве // Тридцатые годы. Утверждение евразийцев. Париж, 1931. С. 230–231.

⁴⁸ См.: Петражицкий Л.И. Теория права и государства в связи с теорией нравственности. СПб., 2000. С. 265–266.

⁴⁹ Алексеев Н.Н. Русское государственное право. Конспект лекций, читанных русским студентам Юридического факультета Пражского университета в 1921–1922 уч. г. Составил студ. Я. Зеленкин. Выпуск I. На правах рукописи. ГАРФ. Ф. 5765. Оп. 3. Д. 17. Л. 2.

⁵⁰ Алексеев Н.Н. Очерки по общей теории государства. С. 167.

ученый не считает, что государство с необходимостью должно содержать в себе момент права. Характеристика правовой структуры у Алексеева также не предполагает государственного элемента в своем составе — эта структура включает в себя носителя ценностей, область ценностей как таковую и взаимоотношение ценностей между собой через их носителя.

Основываясь на данной логике, Алексеев приходит к выводу, что «возможны правовые объединения негосударственного характера. Например, родовые организации строятся на правовых началах, не составляя, однако, государств. С другой стороны, государство может осуществлять свою власть и не путем правовой регуляции государственной жизни. Теория монархического абсолютизма является одним из ярких примеров такого взгляда на государство, который считает что в совершенном государственном устройстве властвование должно иметь не правовой, а нравственный характер... Наше старое законодательство содержит в себе немало элементов, указывающих, что такой взгляд получил признание и в положительном праве. Наконец, мечты о всемирном единстве человеческих душ, тот идеал о всемирном теократическом государстве, который прельщал многих, уже совершенно лишен всякого основания, находя для себя высшую и последнюю санкцию в нравственной правде человеческого сердца... Вот почему можно думать, что между правом и государством нет необходимой органической связи, и что та очевидная связь, которая существует между ними, есть связь историческая, присущая определенной только эпохе»⁵¹.

Таким образом, Алексеев утверждает, что государство исторически есть союз правовой, государство *сейчас* не может существовать вне связи с правом. Однако автор не утверждает, что так будет всегда, пока существует само государство: государству присущ, прежде всего, момент властной общительности, союзности, а не правовое начало. Власть «есть такое отношение между людьми, в котором каждый из членов занимает положение неравное, неодинаковое»⁵². Отношение между неравными может поддерживаться не только нормами права, но также нормами нравственности и религии, поэтому учение о государстве для евразийцев не могло быть учением о публичном праве.

Так, Н.Н. Алексеев, анализируя труды В.М. Гессена о подданстве и гражданстве, пришел к выводу, что между статусом иностранца и «подданного» нет сущностного, принципиального различия. Логически иностранец и «подданный» могут быть равны в правах и обязанностях: отдельные различия касательно воинской службы, избирательных прав и могут носить временный, исторический характер. Единственное, что принципиально отличает их друг от друга, — верность государству. Но эта категория (*нем. treue*), предложенная германскими юристами, по мнению Н.Н. Алексеева, носит нравственный, а не правовой характер⁵³: автор отрицал существование естественного права. Тем самым ученый считал нравственные связи между индивидом и государством не менее очевидными, чем правовые.

Однако положение, что государство есть нравственное явление, утверждали еще античные классики, мыслившие государство прежде всего в терминах целей,

⁵¹ Алексеев Н.Н. Русское государственное право. ГАРФ. Ф. 5765. Оп. 3. Д. 17. Л.2. Об.

⁵² Алексеев Н.Н. Очерки по общей теории государства. С. 179.

⁵³ См.: Там же. С. 201–202.

а не учреждений⁵⁴. Это объясняется тем, что право и нравственность в античной философии были неразделимы. Однако сейчас невозможно ставить вопрос о нравственной стороне государства в том контексте, как это делали древние греки.

Замечание Н.Н. Алексева, будто отдельные отношения в государственном общении могут регулироваться неправовыми социальными регуляторами, вовсе не означает, что государственный и правовой моменты полностью разделены. Для евразийца здесь важно то, что государственное общение сущностно *не связано* с правом. Главное — отрицание связи, а не утверждение, будто государство есть какое-либо иное общение.

Евразийцы не смогли дать ответ на важный вопрос: если государство — это нравственное явление, то каковы в сущности эти нравственные нормы? Отсюда и противоречивость их выводов: государство у евразийцев то заботится о «внутренней правде», воплощая собой «идею-правительницу», (Н.С. Трубецкой), то охраняет лишь «правду внешнюю» (Н.Н. Алексеев).

Обосновав государство геополитически, евразийство не сумело построить этическую теорию государства. Из-за этого и возникли сложности с построением государственного идеала, идеократии (иначе — «власть идей, идеалов»). Последняя возможна только ввиду концептуального различия права и государства, ведь она есть прежде всего нравственное правление. Идеократия не исчерпывается правовым описанием государственных институтов, подобный строй призван обеспечить единый нравственный идеал: государство обременено этическими обязательствами перед подвластными. Вот почему и возникает вопрос: каковы эти нравственные нормы? Исчерпываются ли они требованиями служения и подвига? Что будет, если в идеократии властвующие перестанут соблюдать свои нравственные обязательства? По мнению евразийцев, подобное невозможно: если власть их нарушает, это будет уже обычное государство «внешней правды», а не идеократия.

Тем не менее, такая внутренне противоречивая концепция идеократии стала стержнем политико-правовой системы евразийства, нивелируя как теоретические, так и исторические воззрения евразийцев. Однако данный вопрос заслуживает отдельного рассмотрения.

⁵⁴ Устройство государственных органов в аристократии и олигархии может быть идентичным, однако цель первой (интерес целого) отлична от целей второй (собственный интерес), поэтому они суть разные политические формы. В Новое время подобное становится невозможным. Т. Гоббс говорил, что тирания — это в сущности та же монархия, тиранией она является лишь для ее критиков.

В.Е. Лоба

и.о. проректора по научной и инновационной деятельности Армавирской государственной педагогической академии, кандидат юридических наук

Е.В. Сафронова

профессор кафедры теории и истории государства и права Белгородского государственного университета, доктор юридических наук

А.Н. Якушев

профессор, заведующий кафедрой теории и истории государства и права Международного инновационного университета, доктор исторических наук

Диссертационные исследования по уголовному праву, защищенные в университетах Российской империи (1815–1917 гг.)

В представленной статье указываются труды ученых-криминалистов, защитивших диссертации по уголовному праву в университетах Российской империи. Хронологические рамки исследования ограничены датой защиты первой и последней известной авторам диссертации по уголовному праву.

Ключевые слова: уголовное право, диссертационные исследования, Российская империя, университеты.

Актуальность статьи заключается в том, что в современной юридической науке отсутствуют обобщающие исследования по уголовному праву в магистерских и докторских диссертациях университетов Российской империи. В то же время хотелось бы отметить, что отдельными вопросами преступления и наказания в диссертационных исследованиях университетов Российской империи все же занимались один из авторов этой статьи¹, а также А.Д. Макиев².

Каталоги кандидатских, магистерских и докторских диссертаций, защищенных в России, были подготовлены учеными Г.Г. Кричевским³, А.Н. Якушевым⁴ и Рос-

¹ См.: Лоба В.Е. Доктрина о наказании в диссертационных исследованиях университетов Российской империи: генезис и развитие: дис. ... канд. юрид. наук. Белгород, 2010.

² См.: Макиев А.Д. История учений о преступлении: дис. ... канд. юрид. наук. Махачкала, 2006.

³ См.: Кричевский Г.Г. Магистерские и докторские диссертации, защищенные на юридических факультетах университетов Российской империи (1755–1918). Ставрополь, 2004.

⁴ См.: Якушев А.Н. Магистерские и докторские диссертации по уголовному праву университетов Российской империи: библиография, оглавления, положения и выводы. Ставрополь, 2006;

сийской государственной библиотекой⁵. Изучение этих каталогов показывает, что из 590 человек, получивших ученые степени доктора и магистра по разрядам юридических наук, лишь 80 диссертантов защитили свои диссертации по уголовному праву, что составляет около 14% от общего количества лиц, утвержденных в ученых степенях за период 1814–1918 гг.

К громадному сожалению, статистика присуждения ученых степеней представлена без Дерптского (Юрьевского) университета, поскольку в каталоге диссертаций Э.П. Ойссара⁶ не были указаны научные специальности⁷. Как бы там ни было, известные нам диссертанты в общей сложности защитили 90 диссертаций. Разночтение в цифрах объясняется тем, что ряд соискателей через определенный промежуток времени после получения степени магистра наук осуществляли защиту докторских диссертаций.

Из уже упомянутых нами 90 диссертационных исследований, посвященных уголовному праву, на юридических факультетах университетов Российской империи было защищено 58 (64%) магистерских и 32 (36%) докторских. География защиты диссертаций по уголовному праву выглядит следующим образом⁸: Дерптский (Юрьевский), Казанский, Киевский, Московский, Новороссийский, Санкт-Петербургский, Томский, Харьковский университеты.

Первая диссертация по уголовному праву была защищена в 1815 г. в Харьковском университете В.Ф. Титаревым на тему «О существе уголовных законов». Последняя — в 1917 г. в Дерптском (Юрьевском) университете В.Н. Ширяевым на тему «Взяточничество и лиходейство в связи с общим учением о должностных преступлениях».

Как правило, в том же месте, где защищалась магистерская диссертация, со временем традиционно защищалась и докторская диссертация (Л.Е. Владимиров, Харьковский университет; А.К. Вульферт, Московский университет; Г.С. Гордеенко, Харьковский университет; М.В. Духовской, Московский университет; А.С. Жиряев, Санкт-Петербургский университет; А.Ф. Кистяковский, Киевский университет; Г.Е. Колоколов, Московский университет; В.Н. Палаузов, Новороссийский университет; А.А. Пионтковский, Казанский университет; Н.Н. Розин, Санкт-Петербургский университет; Н.Д. Сергеевский, Санкт-Петербургский университет; В.В. Сокольский, Киевский университет; Н.С. Таганцев, Санкт-Петербургский университет; Д.Г. Тальберг, Киевский университет; И.Я. Фойницкий, Санкт-Петербургский университет).

Сводный каталог кандидатских и докторских диссертаций по истории науки, защищенных в России (СССР) (1794–1999): библиографический указатель. Невинномысск, 2000; Сводный каталог кандидатских и докторских диссертаций по истории науки и истории исторической науки, защищенных в России и СССР (1936–1994 гг.): хронологический указатель. СПб., 1994.

⁵ См.: Каталог кандидатских и докторских диссертаций, поступивших в Библиотеку им. В.И. Ленина и Государственную центральную научную медицинскую библиотеку // Государственная библиотека им. В.И. Ленина. М., 1946–1991; Электронный каталог авторефератов с 1988 по 1997 г. и диссертаций с 1994 по 1997 г. М., 2002; Электронный каталог авторефератов и диссертаций с 1998 по 2001 г. М., 2002.

⁶ См.: *Ойссар Э.П.* Диссертации, защищенные в Тартуском университете 1802–1918: библиографический указатель. Тарту, 1973.

⁷ См.: *Якушев А.Н.* Указ. соч.

⁸ Все ученые юридических факультетов университетов Российской империи одинаково внесли огромный вклад в науку, поэтому мы расположили университеты в алфавитном порядке.

Среди магистерских и докторских диссертаций по уголовному праву тематически можно выделить следующие основные разделы⁹: «Уголовное право», «Уголовный процесс», «Судебная статистика». Здесь имеет смысл отметить, что в дореволюционный период отечественная наука уголовного права (как материальное право) долгое время не отделялась от уголовного процесса (формальное право). Уголовный процесс как форма реализации уголовного закона стал активно развиваться лишь после судебной реформы 1864 г. и утверждения Учреждения судебных установлений, Устава уголовного судопроизводства, Устава о наказаниях, налагаемых мировыми судьями, Устава гражданского судопроизводства.

В свою очередь, в рамках раздела «Уголовное право» диссертантами рассматривались следующие подразделы¹⁰:

- **уголовная политика** — 3 диссертации (А.М. Богдановский «Молодые преступники. Вопрос уголовного права и уголовной политики»; С.К. Гогель «Роль общества в деле борьбы с преступностью»; М.П. Чубинский «Очерки уголовной политики. Понятие, история и основные проблемы уголовной политики как составного элемента науки уголовного права»);

- **начала уголовного права** — 7 диссертаций (С.И. Баршев «Положения, извлеченные из науки законовещения»; Я.И. Баршев «Догматико-критическое изложение так называемых уголовных теорий: тезисы»; С.М. Будзинский «Начала уголовного права»; Г.С. Гордеенко «В чем должно состоять учение уголовное законовещение в России в настоящее время?»; Г.С. Гордеенко «Разбор основных начал науки уголовного права»; В.Д. Спасович «Учебник уголовного права»; В.Ф. Титарев «О существе уголовных законов»);

- **школы и направления в науке уголовного права** — 5 диссертаций (А.К. Вульфферт «Антрополого-позитивная школа уголовного права в Италии»; А.К. Вульфферт «Антрополого-позитивная школа уголовного права в Италии»; М.Н. Гернет «Социальные факторы преступности»; Д.А. Дриль «Малолетние преступники. Эюд по вопросу о человеческой преступности, ее факторах и средствах борьбы с ней»; Г.С. Фельдштейн «Главные течения в истории науки уголовного права в России»);

- **история развития отдельных институтов уголовного права** — 15 диссертаций (Л.С. Белогриц-Котляревский «О воровстве-краже по русскому праву»; Л.С. Белогриц-Котляревский «Преступления против религии в важнейших государствах Запада»; А.М. Богдановский «Развитие понятий о преступлении и наказании в русском праве до Петра Великого»; С.О. Богородский «О философии уголовных законов у древних и новых народов»; Н.С. Власьев «О вменении по началам теории и древнего русского права»; Ф.Ф. Депп «О наказаниях, существовавших в России до царя Алексея Михайловича»; Н.Д. Иванишев «О плате за убийство в древнем русском и других славянских законодательствах в сравнении с германской вирою»; П.Д. Колосовский «Очерк исторического развития преступлений против жизни и здоровья»; И.А. Максимович «О развитии понятия о преступлении в исто-

⁹ За основу тематической классификации была взята современная структура уголовного права, процесса, судебной статистики как оптимально структурированная.

¹⁰ Предложенное деление во многом носит условный характер, поскольку в целом ряде диссертационных исследований затрагивались, например, как вопросы уголовной политики, так и школы (направления) в науке уголовного права либо вопросы истории уголовного права с сугубо теоретическими вопросами.

рии русского законодательства»; А.Н. Попов «Русская Правда в отношении к уголовному праву»; Н.А. Палибин «О характере уголовных законов Русской Правды, Судебника и Уложения»; Н.Д. Сергеевский «Наказание в русском праве XVII века»; Д.Г. Тальберг «Насильственное похищение имущества по русскому праву. (Разбой и грабеж.)»; А.Н. Филиппов «О наказании по законодательству Петра Великого в связи с реформой»; А.П. Чебышев-Дмитриев «О преступном действии по русскому допетровскому праву»);

- **преступление** — 9 диссертаций (Е.Н. Ефимов «Природа преступления»; А.С. Жиряев «О стечении нескольких преступников при одном и том же преступлении»; Г.Е. Колоколов «О соучастии в преступлении. О соучастии вообще и о подстрекательстве в частности»; Г.Е. Колоколов «К учению о покушении»; А.Н. Орлов «О покушении на преступление по началам науки и современным законодательствам»; П.П. Пусторослев «Анализ понятия о преступлении»; Н.В. Ратовский «О покушении на преступление»; Н.С. Таганцев «О повторении преступлений»; А.П. Чебышев-Дмитриев «Опыты по уголовному праву. О покушении»);

- **объективная сторона преступления** — 1 диссертация (Н.Д. Сергеевский «О значении причинной связи в уголовном праве» Вып. 1: Введение. «Теория причинной связи и ее значение в уголовном праве». Вып. 2: «Вопрос о причинной связи в литературе уголовного права»);

- **субъективная сторона преступления. Мотив и цель совершения преступления** — 3 диссертации (А.Д. Киселев «Психологическое основание уголовной ответственности»; Г.С. Фельдштейн «Учение о формах виновности в уголовном праве»; М.П. Чубинский «Мотив преступной деятельности и его значение в уголовном праве»);

- **понятие и цели наказания** — 4 диссертации (А.А. Жижиленко «Наказание. Его понятие и отличие от других правоохранительных средств»; С.П. Мокринский «Наказание, его цели и предположения». Ч. 1: «Общее и специальное предупреждение преступлений»; С.П. Мокринский «Наказание, его цели и предположения». Ч. 2: Значение результата. Ч. 3: «Казуальный и потенциальный моменты действия»; С.В. Познышев «Основные вопросы учения о наказании»);

- **отдельные виды наказаний** — 5 диссертаций (А.Ф. Кистяковский «Исследование о смертной казни»; А.А. Пионтковский «Об условном осуждении или системе испытания»; С.Н. Тимашев «Условное осуждение»; А.Г. Тимофеев «История телесных наказаний в русском праве»; И.Я. Фойницкий «Ссылка на Западе в ее историческом развитии и современном состоянии»);

- **обстоятельства, исключающие уголовную противоправность деяния** — 2 диссертации (П.П. Пусторослев «Понятие о незаменимой саморасправе как учреждении уголовного права»; Н.Н. Розин «О крайней необходимости»);

- **освобождение от наказания и уголовной ответственности** — 2 диссертации (А.А. Пионтковский. «Условное освобождение»; В.К. Саблер «О значении давности в уголовном праве»);

- **преступления против чести и достоинства** — 3 диссертации (М.В. Духовской «Понятие клеветы как преступления против чести частных лиц по русскому праву»; Н.Н. Розин «Об оскорблении чести»; Б.И. Утин «Оскорбление чести по русскому праву с XVIII века»);

- **преступления против жизни** — 1 диссертация (Н.С. Таганцев «О преступлениях против жизни по русскому праву»);

- **имущественные преступления** — 3 диссертаций (И.И. Аносов «Злоупотребление доверием»; В.В. Есипов «Повреждение имущества огнем по русскому праву»; И.Я. Фойницкий «Мошенничество по русскому праву»);
- **преступления против религии** — 2 диссертации (С.В. Познышев «Религиозные преступления с точки зрения религиозной свободы. К реформе нашего законодательства о религиозных преступлениях»; В.Н. Ширяев «Религиозные преступления»);
- **преступления против власти** — 4 диссертации (А.А. Жижиленко «Подлог документов»; В.В. Сокольский «О нарушениях уставов монетных»; Г.Л. Фогель «О клятвopе преступлениях вообще и о наставлениях Российского законодательства до оногo касающегося в особенности»; В.Н. Ширяев «Взятничество и лиходействие в связи с общим учением о должностных преступлениях»).

В рамках раздела «**Уголовный процесс**» соответствующие подразделы могут выглядеть следующим образом:

- **меры пресечения** — 3 диссертации (А.Ф. Кистяковский «О пресечении обвиняемому способов уклониться от следствия и суда»; П.И. Люблинский «Свобода личности в уголовном процессе. Меры, обеспечивающие неуклонение обвиняемого от правосудия»; В.В. Микляшевский «О средствах представления обвиняемого в суд и пресечения ему способов уклониться от следствия и суда»);
- **участники уголовного судопроизводства** — 7 диссертаций (Л.Е. Владимиров «О значении врачей-экспертов в уголовном судопроизводстве»; Л.Е. Владимиров «Суд присяжных. Условия действия института присяжных и метод разработки доказательств»; А.Г. Криворотов «Рассуждение о значении свидетелей в уголовном судопроизводстве по началам римского и российского законодательства»; И.В. Михайловский «Основные принципы организации уголовного суда»; В.Н. Палаузов «К вопросу о форме участия народного элемента в уголовной юстиции»; В.Н. Палаузов «Постановка вопросов присяжным заседателям по русскому праву»; М.П. Ясинский «Главный литовский трибунал, его происхождение, организация и компетенция»);
- **доказательство в уголовном судопроизводстве** — 2 диссертации (С.Г. Ерофеев «Рассуждение о доказательствах уголовных преступлений и о свойствах сих доказательств вообще и в особенности по российским узаконениям»; А.С. Жиряев «Теория улики»);
- **судебные акты** — 4 диссертации (С.М. Будзинский «О силе судебных решений в гражданском и уголовном процессах и о взаимном влиянии этих процессов, преимущественно по законам Царства Польского»; Г.В. Демченко «Судебный прецедент»; М.В. Духовской «Имущественные проступки по решениям волостных судов»; Э.Я. Немировский «Отношение приговора к обвинению»);
- **иные вопросы процессуального характера** — 4 диссертации (Я.В. Резанов «Об очистительной присяге в делах уголовных»; В.В. Сокольский «Главнейшие моменты в истории повального обыска»; Д.Г. Тальберг «Гражданский иск в уголовном суде или соединенный процесс»; Л.Я. Таубер «Жалоба потерпевшего при преступлениях неофициальных»).

Раздел «**Судебная статистика**» заполняет лишь диссертация Н.А. Неклюдова «Уголовно-статистические этюды. Этюд 1: Статистический опыт исследования физиологического значения различных возрастов человеческого организма по отношению к преступлению».

К заслуге Г.Г. Кричевского и А.Н. Якушева стоит отнести еще и установление некоторых официальных оппонентов при защите тех или иных диссертаций, чье мнение во многом предопределяло дальнейшую судьбу диссертантов. Для примера вспомним судьбу диссертационного исследования А.Г. Тимофеева «История телесных наказаний в русском праве», в котором достаточно негативную роль сыграл официальный оппонент А.Я. Шпаков.

Рассмотрев статистику оппонирования диссертационных исследований по уголовному праву, приходим к выводу, что лидерами по количеству участия были: И.Я. Фойницкий (6 раз), М.В. Духовской (5 раз), Л.С. Белогриц-Котляревский, А.Д. Киселев (4 раза), А.Ф. Кистяковский, Г.Е. Колоколов, Н.Д. Сергеевский (3 раза), И.Е. Андреевский, С.И. Баршев, Л.Е. Владимиров, Н.В. Давыдов, В.П. Даневский, А.А. Жижиленко, В.Н. Лешков, В.А. Назабитовский, А.И. Палюмбецкий, А.А. Пионтковский, С.В. Познышев, Н.Н. Розин, Н.С. Таганцев, Л.Я. Таубер (2 раза). Другие ученые: А.С. Алексеев, К.Д. Анциферов, С.О. Богородский, Н.Х. Бунге, С.И. Викторский, Ю.С. Гамбаров, В.М. Гордон, Н.А. Гредескул, Э. Григорович, Г. Губе, Г.В. Демченко, Н.А. Зверев, В.В. Ивановский, П.Е. Казанский, Д.И. Каченовский, В.Л. Легонин, Д.И. Мейер, Н.И. Миролюбов, П.Н. Мрочек-Дроздовский, П.А. Прокошев, В.И. Сергеевич, А.Н. Стоянов, А.А. Федотов-Чеховский, Г.С. Фельдштейн, Г.Л. Фогель, Н.М. Цытович, А.П. Чайковский, А.П. Чебышев-Дмитриев, М.П. Чубинский, Г.Ф. Шершеневич, А.Я. Шпаков — оппонировали по одному разу.

Несомненный интерес представляет факт, что в отдельных случаях оппонентами по научной специальности «Уголовное право» выступали ученые, защитившие свои магистерские и докторские диссертации по другой научной специальности. Например, ученые, защитившие диссертации по специальности «Гражданское право» (Ю.С. Гамбаров, В.М. Гордон, Н.А. Гредескул, Г.Ф. Шершеневич), «Политические науки» (Н.Х. Бунге), «Государственное право» (А.С. Алексеев, И.Е. Андреевский, Н.А. Зверев, В.В. Ивановский, П.Н. Мрочек-Дроздовский, В.И. Сергеевич, А.Н. Стоянов, А.Я. Шпаков), «Международное право» (В.П. Даневский, П.Е. Казанский), «Общественное правоведение и дипломатия» (В.Н. Лешков), «Политическая экономия» (Н.М. Цытович), «Юридические науки» (Д.И. Каченовский, Д.И. Мейер, А.И. Палюмбецкий). Это не случайно, поскольку высочайший уровень их профессиональной подготовки позволял осуществлять оппонирование, не погрешив против науки.

В отдельных случаях оппонентами выступали ученые без какой-либо степени: К.Д. Анциферов, С.И. Викторский, Э. Григорович, Г. Губе, Н.В. Давыдов, В.Л. Легонин, Н.И. Миролюбов, В.А. Назабитовский, П.А. Прокошев, А.А. Федотов-Чеховский, А.П. Чайковский. Данное обстоятельство может свидетельствовать об их высоком авторитете как специалистов в области уголовного права даже в отсутствие ученой степени.

Завершая исследование в области магистерских и докторских диссертаций, посвященных уголовному праву, подведем некоторые предварительные итоги:

- во-первых, приоритет по количеству защищенных диссертаций по уголовному праву принадлежал Санкт-Петербургскому (26 диссертация) и Московскому (21 диссертация) университетам;

- во-вторых, основные проблемы, поднятые диссертантами в своих работах, — это вопросы материального и формального права. Среди материального права актуальными вопросами явились вопросы истории развития отдельных институтов уголовного права, а также вопросы преступления. Среди формального права актуальными вопросами явились вопросы института участников уголовного судопроизводства;
- в-третьих, можно смело говорить, что у российских ученых дореволюционного периода складывались стабильные научные связи на базе одного университета;
- в-четвертых, можно сказать, что между учеными различных отраслей науки складывались и углублялись межпредметные связи.

Распределение диссертационных исследований по университетам

№ п/п	Название университета	Количество защит	
		Магистерские	Докторские
1	Дерптский (Юрьевский) университет	1	1
2	Казанский университет	5	3
3	Киевский университет	9	5
4	Московский университет	15	6
5	Новороссийский университет	2	2
6	Санкт-Петербургский университет	14	12
7	Томский университет	1	0
8	Харьковский университет	11	3
Итого:		58	32

Материал выверен, цифры, факты, цитаты сверены с первоисточником. Материал не содержит сведений ограниченного распространения.

Е.В. Машкова

научный сотрудник
института правовых
исследований Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»

Право: утверждается ли доверие граждан? Материалы круглого стола

5 апреля 2012 г. в рамках XIII-й Апрельской международной научной конференции, посвященной проблемам развития экономики и права, состоялась круглый стол «Право: утверждается ли доверие граждан?».

Ключевые слова: право, доверие граждан, правовая культура, правовое сознание, правоприменение, законодательная деятельность.

Ю.А. Тихомиров (директор Института правовых исследований НИУ ВШЭ) в своем выступлении отметил, что тема доверия к праву стала очень актуальной в последнее время, потому что отношение к праву в обществе меняется, и, к сожалению, не в лучшую сторону. Можно выделить ряд причин и несколько тенденций, которые должны беспокоить юристов. В частности, то, что в последние 30 лет в России активно обновляется правовой (нормативный) массив, но нередко это приводит к тому, что теряется статус человека, статус социальной общности, а инструментальный регулятор приобретает первенствующее значение. Ко всему прочему, в правовой системе и в законодательстве усиливается «наказательный» аспект. Законодатель, предвидя риски неисполнения правовых актов, насыщает многие проекты законов поправками в Кодекс об административных правонарушениях. Подобный «наказательный» аспект создает ощущение, что правопорядок укрепляется карательными мерами. В связи с этим в научных кругах обсуждаются вопросы изменения границ между административной и уголовной ответственностью. Перемещение правонарушений из одной сферы в другую показывает, что общество, а точнее, государство, ищет каналы укрепления законности.

Закон необходимо понимать, в том числе, и как меру учета разных социальных интересов. Данное качество закона в последнее время нередко теряется, что связано не только с наличием в обществе интересов разных слоев населения, но и с многонациональностью российского общества, особенно при нарастающем потоке мигрантов. Эти люди обладают разным менталитетом и являются носителями разных правовых культур.

Не уменьшается в обществе и отчуждение граждан от публичных институтов, общество и государство не могут поддерживать их авторитет. Подобное отчуждение

не преодолевается даже несмотря на попытки государства выстроить мост между населением и законодательством. В частности, появились законодательные решения, которые обеспечивают доступ к правовой информации, например, открыты сайты многих ведомств и учреждений, показывающие ведомственные правовые акты, что, конечно, повышает осведомленность граждан.

Отмеченные тенденции ставят перед юристами вопрос: каким путем необходимо укреплять доверие различных слоев населения к праву? Есть несколько путей решения проблемы. Первый путь укрепления доверия граждан видится в повышении качества правового регулирования, которое пока очень невысокое. Главное, чем здесь необходимо заниматься, — это введение инструмента юридического прогнозирования и использование механизма оценки регулирующего воздействия (ОРВ) как элементов законодательного процесса. Кроме того, усилиями юристов должна вводиться система правового мониторинга, которая позволяет отслеживать этапы реализации нормативных актов.

Второй путь поиска укрепления доверия связан с развитием во внутреннем праве так называемого мягкого права. Понятие «мягкое право» традиционно применяется в рамках международного публичного права, оно довольно хорошо разработано в рамках теории международного права. Такая линия регулирования возникает и в рамках внутреннего права. Появляется довольно большой поток этико-правового регулирования. Это не только регулирование в бизнес-корпорациях, такая практика существует давно в кодексах делового поведения, но и в министерствах России появляются теперь кодексы этического поведения. Появляются такие кодексы и в государственных корпорациях. Эти кодексы содержат нормы самообязательств — это очень важное качество. Граждане хотят быть соучастниками правотворческого процесса и берут на себя добровольные обязательства. Здесь уместно сделать два критических замечания: такое регулирование извлекает из текста правового акта некоторые нормы и насыщает ими свои обязательства. Вместе с тем сам порядок введения социальных нормативов, можно сказать, является упрощенным и противоречивым. Проблема заключается также и в том, что часто подобные документы остаются только на столах. Направление такой деятельности требует внимания правоведов, потому что оно создает дополнительную стимуляцию для поведения людей.

Третьим направлением укрепления доверия граждан к закону можно считать расширение деловой практики публичных обсуждений законопроектов. Это направление сегодня по существу в России отсутствует. Правительство Российской Федерации довольно поспешно приняло в феврале 2012 г. скупой документ¹. Так нельзя обращаться с аккумуляцией общественного мнения, здесь необходима сильная реформа, тем более что в субъектах Федерации есть инструменты гражданско-правотворчества. Обсуждение законопроекта — это гражданская инициатива, прямое участие в управлении. Власти должны принимать меры для эффективного информирования граждан.

Подводя итоги выступления, Ю.А. Тихомиров пришел к следующим выводам: необходимо существенное повышение качества правового регулирования; требу-

¹ Постановление Правительства Российской Федерации от 22 февраля 2012 г. № 159 «Об утверждении Правил проведения общественного обсуждения проектов федеральных конституционных законов и федеральных законов» // Российская газета. 2012. 2 марта. № 5719.

ется эффективное информирование граждан; следует формировать мотивы правомерного поведения. Говоря о проблеме правового поведения, необходимо иметь в виду полюса правомерного и неправомерного поведения. Без решения этой проблемы ни одна отрасль права развиваться не может. Если при разработке законопроектов данный фактор не будет учитываться, то нормы обрекаются на бездействии с самого начала. Поведенческий аспект права очень важен.

А.В. Юревич (заместитель директора Института психологии Российской академии наук) поставил в качестве одного из главных индикаторов отношения граждан к закону вообще вопрос: а можно ли нарушать закон, если он заведомо плох и несправедлив? Когда этот вопрос задавали гражданам западных государств, от 9 до 15% жителей отвечали, что такой закон можно нарушать; было некоторое количество затрудняющихся ответить, но большинство говорили, что плохой закон надо стараться изменить легитимными способами, а соблюдать его все равно надо, потому что закон есть закон. В России ситуация практически асимметрична. С середины 1990-х годов, когда подобные опросы стали проводиться и в России, примерно 15% наших сограждан отвечали: «Да, надо соблюдать любой закон, как бы плох он ни был, и пытаться изменить его легитимными способами»; некоторая доля опрашиваемых всегда затруднялась ответить, но остальные говорили: «Зачем мы будем такой закон соблюдать?». И вырисовывалась такая формула: да, мы будем соблюдать законы, но только тогда, когда его соблюдение будет для нас выгодно.

Похожие результаты дают опросы населения по поводу отношения к конкретным законам, но здесь есть разница во мнениях среди представителей разных возрастных групп, которые можно назвать поколениями. Например, при выяснении отношения населения к мошенничеству авторы проводимого исследования пришли к следующим результатам: среди относительно молодых респондентов, в тех категориях, которые сформировались как личности в 1990-х и 2000-х годах, около 90% ничего плохого в мошенничестве не видят, считая его нормальным способом зарабатывания денег. В их сознании утвердилась классическая для современного российского общества идеология: каждый зарабатывает как может, деньги не пахнут.

Довольно ярким феноменом нашего массового правосознания являются его систематические противопоставления морали и закону. В российской литературной классике досоветского периода положительные герои очень часто утверждали, что жить надо по совести, а не по закону, потому что закон враждебен и выражает интересы правящего класса. В советское время, в общем, такая же идеология была зафиксирована в массовом сознании. Однако в начале 1990-х, точнее в конце 1980-х, эти идеологемы поменялись местами, т.е. утверждалось, что надо жить по закону, а не по совести. При этом из внимания была упущена простая вещь: в нормальном обществе закон опирается на мораль, а мораль — на закон, они подкрепляют друг друга и в отсутствие друг друга существовать не могут. Без нравственности нельзя возродить правопослушность.

Подводя итоги выступления, *А.В. Юревич* сформулировал следующие выводы:

- законы должны быть разумными, чтобы к ним относились уважительно. Для этого нужно радикальное изменение механизма принятия закона. Законы — это наиболее общие правила социального поведения и взаимодействия, соответственно, разрабатываться законы должны не только юристами, но и представителями

всех научных дисциплин, которые обществом изучаются, — социологами, психологами, экономистами;

- необходимо совершенствовать механизм обсуждения и принятия законов, чтобы закон не воспринимался как чужой и выражающий интересы власти. Надо создать механизм сопричастности к принятию закона. Обсуждение законов в Интернете — очень полезная практика, при которой создается эффект сопричастности;

- пропаганда законопослушности в СМИ и через систему образования, тренинг законопослушности с помощью специальных социологических мер. Это можно делать в школе, в вузах. Возможны механизмы воздействия с помощью нарастающих у нас институтов гражданского общества. Прецеденты такого рода должны приобрести достаточно массовый характер.

Исследования *М.В. Курчикьян* (руководитель Центра социально-правовых исследований Университета Оксфорд) лежат в области сравнительного правоведения. Свой доклад М.В. Курчикьян начала с уточнения терминологии. Правовая культура, о которой далее шла речь, — это динамичный способ интерпретации понятия закона, это понимание различных ролей, которые закон выполняет в различных социальных контекстах. Можно ли говорить о правовой культуре в обществе, если разные социальные группы имеют разные интерпретации, понимание, позиции и характеристики? Предположить, что Россия представляет собой одну правовую культуру, наверное, неверно. М.В. Курчикьян проводила исследования в Москве, Нижнем Новгороде, Новгороде и Ростове, т.е. в европейских городах России. Это не значит, что выводы проведенных исследований не относятся ко всей России, но нет и оснований утверждать, что речь идет о всей России. Вторая сложность концепции состоит в том, что никто не может претендовать на полное понимание такого явления, как правовая культура, в лучшем случае мы можем определить некоторые ее характерные черты.

В результате проведенного исследования при ответе на вопрос, что значит закон в российском сознании и как он работает, М.В. Курчикьян дала три его основные характеристики: первая — это формализм интерпретации закона; вторая — инструментальное использование закона; третья — роль неформальной практики, неформальных правил игры в поведенческом контексте.

На Западе есть понятие (концепция) мягкого закона, суть которой заключается в том, что толкование текста закона должно осуществляться с учетом оценки тех принципов, которые заложены в законе, цели, для которой закон был создан, и того результата, которого закон хотел бы достичь. Таким образом, когда закон применяется, он может быть применен в своем мягком виде, т.е. правоприменитель путем толкования помогает достичь такого результата, который предполагался законодателями в тексте этого закона. Судья на Западе имеет полное право толковать закон, оставаясь внутри легального поля, и применить его в мягкой форме. Жесткий закон иногда бывает даже невозможно применить к некоторым отношениям, потому что жизнь значительно сложнее и выдает множество ситуаций. Как только вы применяете жесткий закон, вы получаете непредсказуемые последствия, которые законодатель не предполагал создавать. Поэтому жесткий закон всегда сильно сужает поле законности, в то время как мягкий закон его расширяет. Можно применить мягкий закон, ориентируясь на принципы, и оставаться в рамках закона, законность этим не нарушается. На Западе поддерживается баланс между жестким

и мягким законом. В России закон воспринимается всегда жестко. При этом возникает задача приспособления закона к жизни, и в случае узких представлений о законности такое приспособление выглядит как нарушение закона. Таким образом возникает поле незаконности, которое дает возможность для возникновения коррупции. Поэтому в России так сильна идея создания новых контрольных организаций, которые бы контролировали уже имеющиеся.

Закон всегда используется как средство для социального конструирования в каких-либо целях. На Западе дополнительно к качеству инструментальности закон имеет такое качество, как ценность, которая формирует социальный порядок. Это сложилось традиционно, сложилось в течение веков. Но это не значит, что на Западе закон не нарушается, — закон создает ожидания и ценности, которые ограничивают его нарушение. В России отношение к закону как к социальной ценности не сформировалось. Поэтому инструментальное отношение к закону осталось без социальных ограничений, которые представляют собой ценности сами по себе.

Говоря о роле неформальных институтов в обществе, М.В. Курчикьян отметила, что любой институт, любое общество состоит из совокупности двух элементов — формальных и неформальных. Неформальные есть везде, как на Западе, так и в России, т.е. система неформальных взаимоотношений — это нормальная ситуация общества. Вопрос только в качестве и источниках этих неформальных отношений. Идея социального порядка не одинакова во всех обществах. Социальный порядок создается вне закона, формируется через иерархическую структуру отношений. В российском обществе неформальные и формальные отношения работают в противоположных направлениях, они идут вопреки друг другу, неформальные отношения начинают разрушать то, чего формальные могли бы добиться, если бы не оказались под давлением неформальных. Неформальные отношения всегда начинают разрушать формальную структуру.

Российская формальная структура на сегодняшний день достаточно хорошо установилась, и формально законы неплохие. Но неформальные отношения начинают разрушать то, что предполагалось сделать через формальные связи. В континентальной правовой системе формализм в принципе значительно сильнее, чем в англосаксонской. Однако в российском варианте он дошел до своего экстрима. В России очень долго была комбинация формального и традиционного законов, что создало совершенно новую традицию, принципиально отличную от римской правовой традиции. Исторически традиционный закон в России всегда оставался очень сильным. Проблема состоит не в том, что в России надо многое менять, а в том, что российская традиция должна быть особо изучена.

Также М.В. Курчикьян сказала несколько слов об отношении российского общества к власти и о нигилизме. Российский нигилизм переходит все рациональные пределы и начинает быть деструктивным для российского народа. При проведении исследования в среде практикующих юристов, которые работают в судах и с судьями, перед ними был поставлен вопрос: какой процент дел, исходя из практики, является коррумпированным? Средний процент, который они называли, — 20%. Это очень высокий показатель. Но остается 80% некоррумпированных дел. Необходимо начать с того, чтобы посмотреть, как это работает, и оттуда можно сделать следующий шаг, а также ответить на вопрос: почему то, что не работает, не работает?

С.В. Бошно (заведующая кафедрой государства и права Российской академии государственной службы при Президенте Российской Федерации) в своем исследовании выявила некоторые проблемные моменты в формировании правовой культуры, которые носят всеобщий характер, и обозначила некоторые актуальные вопросы.

Первое — это проблема места, где должны храниться правовые ценности, где они должны формироваться и откуда транслироваться. Сегодня мы не видим в законодателе образца. В то время как образец, которому хотелось бы соответствовать, — это уникальный способ передачи прав. Правовое сознание начинает носить искаженную форму, когда человек, который защищает правило, сам его не соблюдает. Такого элемента, как образец, в современной правовой культуре России нет. Можно предположить, что трансформация носит слишком радикальный характер, идет очень быстро, а также отсутствует тот социальный слой, который показал бы этот образец.

Вторая проблема заключается в том, что в ходе социализации происходит расхождение ориентиров, кроме того, быстрые социальные изменения в Российской Федерации привели к невообразимым социальным расслоениям, которые в свою очередь привели к тому, что в рамках одного и того же профессионального сословия есть люди, живущие в несоизмеримых социально-правовых условиях. А правящие элиты настолько дистанцированы от общества, что создается впечатление, что они вообще не соотносят себя с правом.

Правовая культура как отношение к правилу — это лишь небольшая часть того, что включает в себя понятие «правовая культура». Правовая культура — это не то, как я знаю право, и не то, как я его понял; это совокупность тех поступков, которые я демонстрирую в связи с этим, иными словами, уважение закона должно демонстрироваться поведением людей. Выделяются разные элементы правосознания, и только один из них выделяется собственно правом — юридическая практика.

Еще одним важным элементом правовой культуры является идентичность человека его мироощущению, это значит, что не должно быть резких расхождений между его представлением о праве и теми представлениями о праве, которые существуют в обществе.

С.В. Бошно выразила особые опасения о том, что официальная среда, государственные служащие и наши законы не признают авторитетов ученых и их трудов. Ей был приведен пример решения Верховного Суда Российской Федерации, в котором было написано, что решение районного суда отменяется на основании того, что оно было вынесено в соответствии с определением нормативного акта, сформулированным С.С. Алексеевым. Речь идет о человеке, который очень многое сделал для страны, в том числе в области изучения правовой культуры. Такое неуважение, пренебрежение к тому, что сделано человеческой мыслью, просто уничтожает все, что мы делаем. Такой нигилизм уже в узкой профессиональной сфере гораздо опаснее того, который формируется в обществе в принципе. Судья Верховного Суда Российской Федерации должен позиционировать себя как самого культурного, самого ответственного человека, т.е. он лицо страны, которую он представляет. Он выносит решение не от собственного имени, поэтому должен действовать сознательно и более интеллигентно, элегантно и правомерно.

Е.Н. Салыгин (декан факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики») в своем выступлении особо обратил внимание на то, что не надо доказывать низкий уровень доверия к праву, а факторы, которые во многом обусловили это явление, связаны с правовой культурой. Доверие можно рассматривать как определенный социальный и культурный капитал (как это делают социологи и экономисты). Если уровень доверия к системе законов высок, то, конечно, можно рассчитывать, что данные законы будут реализовываться в большей степени. Если уровень доверия низок, то, конечно, и сами законы, и правоприменительные органы воспринимаются как нечто такое, что не связано с какими-либо ожиданиями и обменными взаимоотношениями, с определенной пользой. Доверие — это вообще базовая характеристика развития общества, это качество его показателей, как межличностных (поскольку доверие — важная межличностная категория) или межгрупповых, так и общих показателей определенной культуры.

Если мы говорим о реализации права и проблеме доверия, мы видим совершенно четкие зависимости. Как правило, доверие базируется на восприятии основных источников. В качестве источников может выступить отсутствие заинтересованности в том смысле, что субъект, которому мы доверяем, будет действовать не в своих личных интересах, а иногда даже вопреки им, для того чтобы предоставить обществу соответствующее благо. Если мы возьмем нашу правовую и правоохранительную системы, то мы увидим проблему заинтересованности элит в использовании властных ресурсов (в том числе правоохранительных органов и судебной системы). Мы увидим также, что интересы элит одни, а интересы разрозненного и разобщенного общества несколько другие. Граждане России не воспринимают российские правящие элиты как способные пожертвовать своим интересом для того, чтобы действовать в пользу адресата при принятии нормативного правового акта.

Можно назвать и другие источники доверия. Во многих случаях основу доверия составляют представления об эффективности. Под эффективностью Е.Н. Салыгин в первую очередь понимает проектируемые институты, цели, способы их достижения. Кроме того, это система критериев оценки, чтобы получить хотя бы элементарное представление, для чего эти институты создаются, какие цели стоят перед ними, чего мы хотим добиться, какие средства используем, чем этот институт лучше, позволяет ли он решать какие-либо существующие проблемы, которые накопились в государственном управлении, или способствует расширению базовых ценностей, реализации прав человека и т.д. Эффективность — категория достаточно абстрактная, но в каждом конкретном случае при проектировании институтов, при законодательных инновациях мы должны понимать, как оценивать определенную инновацию, как оценивать то или иное решение, а уже потом, приняв или отвергнув эти правила игры, делать выводы. Эффективность как категория характерна не только для экономических отношений, но и для отношений в правовом обществе.

Для того чтобы повысить доверие к закону, недостаточно одного только повышения его качества. Необходимо, чтобы сами адресаты были вовлечены в процесс принятия законов, брали на себя ответственность, чтобы для них была прозрачна сама процедура закона, понятны цели и эффективность того или иного закона. Без развитого гражданского общества повысить доверие к закону нельзя, потому

что только такое общество вовлекает граждан в решение политических проблем, в том числе помогает решить проблемы законотворческого характера. Основным источником уважения к закону является уважение властных институтов, которые эти законы принимают и поддерживают. Такое уважение будет только лишь в том случае, если снизится степень отчуждения, если граждане будут реально принимать участие в разработке законов и ощущать результат этого участия.

Отдельным фундаментальным вопросом является проблема включения в законодательный процесс адресатов будущего закона и исследование отношения к нему правоприменителя. Но существующий в России темп законодательной деятельности не позволяет проводить даже элементарные социологические опросы. Более того, в России нет такой традиции и нет такой необходимости. Делаются попытки в рамках направления, которое можно назвать правовой мониторинг: ведется прогнозирование, проводятся исследования, дается экономический анализ, и то достаточно упрощенный. Давать более или менее точные оценки для адресатов, которым законы будут адресованы, — это путь, которым нужно идти и который нужно финансировать.

В своем выступлении *В.Н. Лексин* (заведующий отделением Института системного анализа Российской академии наук) отметил, что при принятии любого закона необходимо произвести оценку его эффективности, так как на практике в 3/4 принимаемых федеральных законов впоследствии вносятся изменения. Такие же изменения вносятся в законы субъектов Российской Федерации, так как законы субъектов начиная с 2000-х годов излагают практически то же, что написано в федеральном законе. По мнению *В.Н. Лексина*, каждый закон должен завершаться заключительной частью, содержащей некоторый перечень критериев, в соответствии с которыми можно было бы оценить две вещи: его результативность и эффективность. Результативность — это степень достижения цели независимо от затрат, результатов и всего остального. Практически результативность закона является ответом на вопрос, достигает ли закон своей праворегулирующей силы. Эффективность — это позиция экономическая, т.е. соотношение эффекта и вызвавших его затрат. Во многих федеральных законах, которые были приняты и сопровождалось экономическим заключением, это заключение ограничивалось одной строчкой с примерным содержанием: не повлечет изменений в бюджетной политике. Оценка эффективности и результативности законов, с точки зрения *В.Н. Лексина*, — это существенная часть вообще всей правотворческой деятельности в стране.

Говоря об эффективности как об экономической позиции, следует говорить о том, что мы называли общественной эффективностью. Более того, это понятие включает в себя, например, экологическую эффективность, социальную, эффективность здравоохранения и многое другое. Нужно обеспечить баланс между различными видами эффективности. Если экономическая эффективность противоречит экологической, социальной, то говорят, что экологические интересы убыточны. По мнению *В.Н. Лексина*, нужно уметь измерять эти убытки, хотеть их просчитать, дать оценку того, что будет завтра. Принятие любого нормативного акта требует расчетов, тем более что такие методики есть.

В завершении своего доклада *В.Н. Лексин* предложил: в случае если речь идет о результативности права как такового, то можно ввести мораторий на изменение любого нормативного акта на определенный период. Любое министерство, под-

готовившее проект нормативного акта, который изменяется до истечения определенного срока, должно быть лишено на какое-то время права заниматься законопроектной деятельностью. Должны быть критерии оценки, которые позволили бы определять эффект от реализации закона (эффективный или негативный), и почему закон надо менять. В качестве примера можно взять закон «О полиции», который сменил всю милицейскую систему. Вопрос: какие критерии результативности обосновывают правомерность принятия этого акта и как оценивать сам этот факт? Изменяется уровень заработной платы, изменяется конфигурация системы полиции, изменяется материально-техническое обеспечение. Нужно написать в самом законе, к чему это приведет, чтобы каждый мог выразить свое доверие к такому закону. То же самое необходимо сделать при разработке закона о муниципальной милиции. Например, необходимо рассчитать, что изменится в случае его принятия на уровне сельских и городских поселений.

LEGAL THOUGHT: HISTORY AND MODERNITY

N.S. Bondar

MODERN RUSSIAN CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL CONCEPTUALISATION IN LIGHT OF CONSTITUTIONAL JUSTICE

In accordance with the methodology of world outlook and legal pluralism, based on a combination of positivism and natural law, the article is devoted to the constitutionalism as a legal and philosophical category. One of the main attribute features of modern constitutionalism is constitutional justice. In this way Constitutional Court appears to be not only the keeper and interpreter but also as a reformer of the Constitution and the important factor of the whole system of the Russian constitutionalism development. On this basis analyzed the main directions of the judicial «live» constitutionalism development as a new in quality political and legal regime of judicial protection of the Constitution, rule of law and revealed the normative-doctrinal value of the Constitutional Court decisions.

Keywords: the Constitutional Court of the Russian Federation, constitutional justice, constitutionalism, positivism, natural law, judicial constitutionalism.

L.K. Saviuk

PORTRAITS OF LEGAL SCHOLARS: J. BENTHAM

The article represents the retrospective view of J. Bentham's side on the state, law, moral and their historical dependence. The assumption is made on the relevance of the thinker's ideas to modernize the political and legal life in Russia including those on legal laws.

Keywords: J. Bentham, utilitarianism, legal positivism, legislative projects, legislative drafts, analytical method, criminal law, crime, punishment, pardon.

M.V. Antonov

WAY AND PERSPECTIVES OF EUGEN EHRlich'S LEGAL CONCEPTION

The paper describes the landmarks in the life and work of Eugen Ehrlich (1862–1922), the outstanding Austrian legal thinker, the founder of sociology of law. The author stresses the importance of Ehrlich's scientific project for the further development of sociology of law, reveals the key stages in the evolution of Ehrlich's theory and gives a short account of the problems which this theory deals with. The special emphasis is made on the connection of state and law in the perspective of sociological jurisprudence and the role of sociology of law in the issues of administration of law.

Keywords: Ehrlich, sociology of law, living law, legal pluralism, jurisprudence of interests, social order, administration of law.

RUSSIAN LAW: CONDITION, PERSPECTIVE, COMMENTARIES

O.M. Oleynik

LICENSING ENTREPRENEURSHIP: THEORY AND PRACTICE

The article features the theoretical problems of licensing some types of entrepreneurship. The major problem is the ambiguity of the concept of type of activity and its correla-

tion with the subject of licensing. Examples from practice of licensing retail sale of alcohol in duty-free shops illustrate the theoretical problems. Besides, the balance of state control, i.e. licensing and customs controls is analyzed.

Keywords: licensing, entrepreneurship, type of activity, legal regime, retail trade, duty-free, balance of state control measures.

E.I. Alexeyevskaya, A.S. Gutnikova

COMMENTARY ON THE DECREE № 17 ON PROCEEDINGS DEALING WITH CONSUMER RIGHT PROTECTION ADOPTED BY PLENUM OF THE RUSSIAN FEDERATION SUPREME COURT AS OF JUNE 28, 2012

The article represents a commentary on the Decree №17 *On proceedings dealing with Consumer Right Protection* adopted by Plenum of the Russian Federation Supreme Court as of June 28, 2012. The authors describe the novels interpreting consumer right protection legislation by the highest legal authority among the courts of law and make explanation for some provisions of the decree in question which lacked enough justification as to the proper interpretation and application of the Russian Federation law *On Consumer Protection Rights*.

Keywords: Consumer, commodity, service, seller, manufacturer, complaints, legal actions.

M.A. Baratova

ISSUE OF LEGAL QUALIFICATION FOR FAMILY MEMBER

This article features an extended analysis of legal categories *family member* and *residence as a family member*. The analysis has been performed on the basis of legal regulation and materials of legal practice.

Keywords: housing law, family member, residential properties, residence as a family member, registration, right to use residential properties, housing dispute.

G.T. Yermoshin

JUDGE IN RETIREMENT: STATUS, RIGHTS, DUTIES

The article features the problems of attaching civil rights and duties to judges in retirement on a legal basis. A special attention has been given to the social status of former judges in retirement though not having reached the age giving the right to monthly lifelong pension. Additionally, the problems are studied as to the welfare of judges in retirement, updating the law on the status of judges according to the current norms and specific suggestions on its improvement are formulated.

Keywords: Judge, judge in retirement, period of service as a judge, status of judges, welfare of judges in retirement.

A.A. Shulakov

FORMS OF ESTABLISHING OF CLOSE CONNECTION TO THE LEGISLATION AND INTERNATIONAL TREATIES

In the article in analyzing the form of establishing the principle of close connection to the law and international treaties are considered components of the mechanism for determining the applicable law, as well as depletion of proposals aimed at improving the current regulation of conflicts.

Keywords: private international law, principle of closest connection, public interests, ordre policy, conflict rules.

LAW IN THE MODERN WORLD

E.A. Ivanov

INTERNATIONAL TERRORIST ORGANIZATION AS A POTENTIAL SUBJECT OF RESPONSIBILITY UNDER INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

In this article, the author analyses threats to international security posed by international terrorist organizations and the main approaches to combating their criminal activities at the national and international levels. The author offers his own concept of responsibility of international terrorist organizations under international criminal law and establishment of the International Tribunal on Crimes of International Terrorist Organizations as a possible solution.

Keywords: international terrorism, international terrorist organizations, international criminal law, International Tribunal on Crimes of International Terrorist Organizations.

A.A. Aleksanyan

STRUCTURE OF CONCEPTS NATIONAL AND INTERNATIONAL SECURITY: COMMONALITIES AND DIFFERENCES

The article is the result of studying the problems as to comparing the concepts 'international security of state' and 'national security of state'. The study discloses the structure of the concepts, their commonalities and differences. The research is based on the analysis of the UN Charter, UN General Assembly and Security Council resolutions, cases of International Court of Justice, documents of international organizations, treaties between states, national legal documents, the international law doctrine. Additionally, the author scrutinizes the issue: why these definitions, though interconnected, cannot be merged.

Keywords: national security, international security, international peace, cooperation of states, sovereignty, internal and external threats.

A.T. Toleubekov

THE MAIN PERIODS OF THE KAZAKHSTAN PARLIAMENTARISM DEVELOPMENT

In this article on the basis of the analysis of history of the state and the law in Kazakhstan the main stages of the Kazakhstan parliamentarism development and the periodization of development of parliamentary idea in Kazakhstan are elaborated.

Keywords: Constitution of the Republic of Kazakhstan, parliamentarism, Parliament of the Republic of Kazakhstan, Senate, Mazhilis.

A.A. Vishnevsky

DEPOSIT GUARANTEE SCHEMES IN EU BANKING LAW: TRENDS IN CURRENT DEVELOPMENT

The article features certain results of a more than twenty year period of development in deposit protection under EU banking law, the major notions and possible perspectives to improve this scheme.

Keywords: deposit guarantee schemes, deposit protection, EU banking law, bank deposit.

E.V. Talapina

LEGAL PROTECTION OF THE PERSONAL DATA IN FRANCE

The author analyzes the modern French doctrine, the legislation and judiciary practice in this sphere. The author notices that protection of the personal data is traditionally de-

duced out of the respect for private life by the courts, but under the European influence the special legislation is devoted to this right.

Keywords: personal data, private life, human rights and fundamental freedoms, technologies of information and communication, Internet, safety.

DISCUSSION CLUB

B.V. Nazmutdinov

CONCEPT OF STATE IN WORKS OF EURASIANISM IDEOLOGY LEADERS

The author considers the definitions of *state* in the works of Eurasianism ideology leaders, i.e. N. Trubetskoy, N. Alexeyev and L. Karsavin and compares their views with the conceptions of Russian and foreign scholars. Having revealed the features of state specified by Eurasianism ideologists, the author makes a conclusion on the inner controversy of state and law views expressed by the representatives of pure Eurasianism.

Keywords: axiology, geopolitics, Eurasianism, ideocracy, mestorazvitie, state, legal norms, structure of law.

LAW IN FIGURES

V.E. Loba, E.V. Safronova, A.N. Yakushev

DISSERTATION PAPERS ON CRIMINAL LAW DEFENDED AT RUSSIAN EMPIRE UNIVERSITIES (1815–1917)

The article specifies the works of criminalists who defended their dissertations on criminal law at the Universities of the Russian Empire. The chronological scope of this research is limited to the date of the defense of the first and the last dissertations on criminal law known to the authors.

Keywords: criminal law, dissertation research, the Russian Empire, Universities.

Содержание номеров журнала за 2012 г.

1/2012

Правовая мысль: история и современность

Н.У. Барбер

Разделение властей и Конституция Великобритании 3

Т.А. Алексеева

Юридические источники конституционных проектов Франсиско де Миранды 18

А.И. Илалутдинов

Элементы нормы права и их внутреннее строение 37

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

Е.П. Тарасова

Проблема влияния субъективных факторов на процесс разработки Конституции России в 1993 г. (на примере работы Конституционного совещания) 50

С.А. Маркунцов

Размышления о мнимом криминологическом понятии преступления 63

А.В. Пащенко, В.В. Хрешкова

Нормативное регулирование уничтожения лекарственных препаратов, предназначенных для клинических исследований 69

Право в современном мире

И.Ю. Богдановская

Классификация конституций стран «общего права» 80

А.К. Волков

Реформирование рынка природного газа ЕС: Директива 2009/73/ЕС «Об общих принципах внутреннего рынка природного газа и об отмене Директивы 2003/55/ЕС» 91

Е.В. Постникова

Директива Европейского Парламента и Совета по услугам на внутреннем рынке 102

Й. Стиеранка, О. Бусарова

Противодействие легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма в Словацкой республике 118

Дискуссионный клуб

133

Научная жизнь

182

Summary

194

Правовая мысль: история и современность

Г.А. Гаджиев

Конституционно-правовое концептуальное пространство и его ценности 3

Т. Эндикотт

Перспективы развития права в сфере прав человека 17

И.В. Гетьман-Павлова

Французская доктрина международного частного права в XVIII веке 26

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

В.А. Сивицкий

О динамике типологии решений Конституционного Суда Российской Федерации 57

Т.А. Полякова, И.В. Зимин

Актуальные проблемы правового обеспечения юридической значимости электронных документов 74

А.Б. Панов

О малозначительности административных правонарушений 80

Право в современном мире

С.Ю. Данилов

Правовое регулирование «специального статуса» субъекта федерации: дифференциация права на примере статуса Квебека 99

Й. Стиеранка, О. Бусарова

Противодействие легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма в Словацкой республике 109

А.Ш. Маралбаева

Развитие системы законодательства Кыргызской Республики в условиях переходного периода 136

А.С. Касаткина

Современные кодификации международного права в странах Юго-Восточной Азии (Китайская Народная Республика и Япония) 144

Л.М. Белкин

Гарантии свободы творчества и границы их ограничения в решениях Европейского суда по правам человека 165

Реформа юридического образования

А.Н. Козырин

Преподавание финансового права в магистратуре 173

Рецензии

189

Summary

196

3/2012

Правовая мысль: история и современность**А.А. Рубанов**

Понятие человечества в международном космическом праве 3

Л.Р. Сюкийянен

Современные религиозные концепции прав человека: сопоставление теологического и юридического подходов 7

П. Элефтериадес

Парламентский суверенитет и Конституция 29

Портреты российских ученых-юристов. В.А. Туманов: Вольтер российской юриспруденции 56

Российское право: состояние, перспективы, комментарии**М.А. Краснов**

Конституционно-правовой механизм выработки экономической политики России 62

А.Я. Петров

Рабочее время: фундаментальные аспекты трудового права 81

А.С. Шаталов

Производство по уголовным делам в суде апелляционной инстанции: принесение жалоб, порядок рассмотрения, принимаемые решения 94

Право в современном мире**Ю. Базедов**

Европейский суд и частное право: неопределенность, общие принципы и архитектура европейской судебной системы 116

А.А. Вишневский

Договор банковского вклада в современном банковском праве: сравнительно-правовая перспектива 143

А.Г. Осипов

Международно-правовые аспекты культурной автономии 155

Д.Л. Столяров, Е.А. Мишина

Обратная ипотека: обзор мировой практики 173

Реформа юридического образования**С.Г. Камолов, И.А. Коржов**

Проблемы повышения квалификации государственных и муниципальных служащих 185

Рецензии 190**Summary** 195

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях.

На первой странице следует указать название статьи, ФИО автора, ученую степень, ученое звание, место работы, должность, контактные телефоны, e-mail.

Объем статей — от 1 до 1,5 усл. п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. 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.

Редактор *И.В. Гетьман-Павлова*
Художник *А.М. Павлов*
Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*
Корректор *Н.О. Федорова*

Подписано в печать 03.12.2012. Формат 70×100/16

Усл. печ. л. 16,25. Тираж 600 экз.