

Право

журнал
высшей
школы
экономики

3/2012

ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Учредитель

Национальный
исследовательский
университет «Высшая
школа экономики»

Редакционный совет

А.А. Иванов
Г.П. Ивлиев
Г.А. Гаджиев
Т.Г. Морзакова
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

А.А. Рубанов

Понятие человечества в международном космическом праве 3

Л.Р. Сюкияйнен

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



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

A.A. Rubanov

Concept of Humanity in International Outer Space Law 3

L.R. Siukiyainen

Modern Religious Concepts of Human Rights: Theological
and Legal Approaches Compared 7

P. Eleftheriadis

Parliamentary Sovereignty and the Constitution 29

Portraits of Russian Legal Scholars. V.A.Tumanov:
Voltaire of Russian Law 56

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

M.A. Krasnov

Constitutional Law Mechanism for Russian Economic Policy 62

A.Yu. Petrov

Working Time: Fundamental Aspects of Labour Law 81

A.S. Shatalov

Criminal Case Procedure in Court of Appeal: Submitting Appeals,
Procedure for Consideration, Court Decisions (analytical review) 94

Law in Modern World

Y. Bazedov

EU Court of Justice and Private Law: Uncertainty, General Principles
and Architecture of European Legal System 116

A.A. Vishnevskiy

Bank Deposit Contract in Contemporary Banking Law:
Comparative Law Prospect 143

A.G. Osipov

International Law Aspects of Cultural Autonomy 155

D.L. Stolyarov, E.A. Mishina

Reverse Mortgage: Review of International Practice 173

Reform of Legal Education

S.G. Kamolov, I.A. Korzhov

Issues of Professional Upgrading Among State and Municipal
Employees 185

Book review 190

Summary 195



А.А. Рубанов

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

Понятие человечества в международном космическом праве

Источником международного космического права, как и любого международного права, является международный договор. Именно он содержит нормы права, предоставляющие всем государствам, существующим на Земле, определенные права и возлагающие на них определенные обязанности.

Любой международный договор оперирует правовыми понятиями, которые могут приобретать общепризнанный характер в зависимости от числа государств, участвующих в международном договоре.

Истории международного права оказалось угодно, чтобы правовые понятия, содержащиеся всего в четырех международных договорах, касающихся космоса, приобрели общепризнанный характер. Во всех них фигурирует правовое понятие человечества.

Ключевые слова: международное космическое право, понятие человечества, международный договор.

По мнению экспертов ООН¹, население Земли вот-вот достигнет 7 млрд человек. Большую часть истории человечества рост населения Земли шел очень медленно. Число людей достигло 1 млрд лишь в 1804 г. Однако с этого момента для того, чтобы население удвоилось, понадобилось лишь 125 лет. В результате за два века — с 1800 до 2011 г. — число людей выросло в 7 раз, а с 1960-х годов — еще вдвое.

Что будет дальше, не под силу высчитать даже самым дотошным статистикам. В 2011 г. на Земле родится 135 миллионов человек, но и умрет 57 миллионов. В итоге прирост составит 78 миллионов. Что последует дальше — зависит от того, сколько детей будет приходиться на одну женщину. Есть вариант, что уже к середине XXI века на Земле будет жить 10,5 миллиардов человек. С другой стороны, рост может и застопориться на отметке 8 миллиардов. Специалисты ООН по демографии взяли за основу усредненную цифру, они прогнозируют, что к 2045 г. на Земле будут жить 9 млрд человек.

Больше всего людей сегодня живет в Китае (1,35 млрд), за ним следует Индия (1,24 млрд). Однако, согласно прогнозам ООН, Индия скоро выйдет вперед.

¹ Российская газета. 2011. № 224 (5600). С. 12.

В верхнюю десятку стран по числу жителей входят лишь три развитые страны: США, Россия и Япония.

Специалисты ООН по демографии по своему правовому статусу являются служащими международной межгосударственной организации, т.е. одного из субъектов международного публичного права. В современном мире ООН — один из главных субъектов международного публичного права. Этот субъект заявил, что в середине XXI века на Земле будут жить либо 10,5 млрд человек, либо 8 млрд. Специалисты ООН отметили также, что другие субъекты международного публичного права — государства — осуществляют меры по планированию семьи. В России, в частности, существует материнский капитал.

Автор настоящих строк, неоднократно посещавший в прошлом веке Индию, может засвидетельствовать, что там, напротив, принимались пропагандистские меры по ограничению количества детей в одной семье. Специалисты по демографии правы, когда в своих наблюдениях пишут о популярности планирования семьи. Кроме того, они указывают, что рождаемость постепенно начнет сокращаться в связи с развитием пенсионной сферы. В частности, они отметили, что сейчас 30% жителей Японии уже перешагнули 60-летний рубеж, а в середине XXI века пенсионеры там будут составлять до 42%. Во всем мире к этому времени будет 22% пенсионеров — вдвое больше, чем сейчас.

В заслугу специалистам ООН следует поставить уточнение первой реакции со стороны ООН на рассматриваемую проблему. Она содержится в принятой 10 декабря 1948 г. Всеобщей декларации прав человека. В преамбуле этого документа утверждается, что существует человеческая семья. Это, конечно, метафора. Семейей человечество не является.

С другой стороны, в заслугу специалистам ООН следует поставить и то, что они не углубились в детали того, что они назвали развитием пенсионной сферы. Известно, какие трудности испытывают, в частности, государства, входящие в Европейский союз, в настоящее время в сфере изменения пенсионного законодательства.

Переходя к международному космическому праву, которое в структурном отношении принадлежит к международному публичному праву, следует прежде всего отметить, что общепризнанные нормы международного космического права сложились исторически в весьма краткий период времени: с 10 октября 1963 г. по 15 сентября 1976 г., т.е. за неполных семь лет. Уже первый международный договор — Договор о запрещении испытаний ядерного оружия в атмосфере, в космическом пространстве и под водой — говорил в преамбуле об окружающей человека среде. По существу, здесь было сказано не о среде вокруг отдельного индивида, а о среде, окружающей человечество.

Помимо этого договора общепризнанные нормы международного космического права содержатся еще в четырех универсальных международных договорах. Первым является Договор о принципах деятельности государств по исследованию и использованию космического пространства, включая Луну и другие небесные тела². Вторым стало Соглашение о спасении космонавтов, возвращении космонавтов и возвращении объектов, запущенных в космическое пространство. Третьей была принята Конвенция о международной ответственности за ущерб, причиненный

² Далее — Договор о принципах.

космическими объектами³. Наконец, четвертой является Конвенция о регистрации объектов, запускаемых в космическое пространство⁴.

Договор о принципах открывается положением, содержащим упоминание о человечестве. В его преамбуле сказано следующее: «Государства — участники настоящего Договора, воодушевленные великими перспективами, открывающимися перед человечеством в результате проникновения человека в космос, признавая общую заинтересованность всего человечества в прогрессе исследования и использования космического пространства в мирных целях... согласились о нижеследующем...»⁵. О человечестве говорит также и ст. V Договора о принципах: «Государства — участники Договора рассматривают космонавтов как посланцев человечества в космос».

Подчеркнем, что Договор о принципах говорит о заинтересованности всего человечества в прогрессе как исследования, так и использования космического пространства. Однако в процессе становления международного космического права весьма скоро обнаружилось, что исследование и использование — это различные категории. *Исследование* ведут одни государства, а *использование* осуществляют другие государства — те, которые вообще не производят запусков объектов в космическое пространство. При этом последние количественно значительно превосходят первых.

В Соглашении о спасении космонавтов, возвращении космонавтов и возвращении объектов, запущенных в космическое пространство, не содержится прямых упоминаний о человечестве. Однако в преамбуле к соглашению сказано, что его стороны действовали, «руководствуясь чувствами гуманности». Это серьезное достоинство данного соглашения. Ни в Договоре о принципах, ни в Конвенции о международной ответственности, ни в Конвенции о регистрации не содержится положений о чувствах гуманизма государств-участников.

Конвенция о международной ответственности открывается правилом, также содержащим упоминание о человечестве: «Государства-участники настоящей Конвенции, признавая общую заинтересованность всего человечества в дальнейшем исследовании и использовании космического пространства в мирных целях...».

Конвенция о регистрации, как и Конвенция о международной ответственности, открывается правилом, говорящим о человечестве: «Государства-участники настоящей Конвенции, признавая общую заинтересованность всего человечества в развитии исследования и использования космического пространства в мирных целях...». Редакционно правила Конвенции о регистрации несколько отличаются. Однако важно подчеркнуть, что о человечестве в ней сказано с полной определенностью.

Настало время для того, чтобы подвести некоторые итоги. Для этого нужно перенестись из космического пространства в Российскую Федерацию. Ст. 15 п. 4 Конституции Российской Федерации устанавливает: «Общепризнанные принципы и нормы международного права... являются составной частью ее правовой системы». В соответствии с этим составной частью правовой системы Российской

³ Далее — Конвенция о международной ответственности.

⁴ Далее — Конвенция о регистрации.

⁵ В данной статье не рассматриваются вопросы использования космического пространства в военных целях.

Федерации является общепризнанная норма о том, что перед человечеством открываются великие перспективы в результате проникновения человека в космос (Договор о принципах), а также о том, что существует общая заинтересованность всего человечества в прогрессе исследования и использования космического пространства (Договор о принципах), равно как и о том, что космонавты рассматриваются как посланцы человечества в космос (Договор о принципах).

Равным образом составной частью правовой системы Российской Федерации является общепризнанная норма о том, что Соглашение о спасении космонавтов, возвращении космонавтов и возвращении объектов, запущенных в космическое пространство, было заключено вследствие того, что договаривающиеся стороны руководствовались определенными чувствами, а именно чувствами гуманности.

Составной частью правовой системы Российской Федерации являются также общепризнанные нормы о том, что существует общая заинтересованность всего человечества:

- в дальнейшем исследовании и использовании космического пространства (Конвенция о международной ответственности);
- в развитии исследования и использования космического пространства в мирных целях (Конвенция о регистрации).

В завершение данной работы напомним, что в преамбуле к Конституции Российской Федерации сказано: «Мы, многонациональный народ Российской Федерации... сознавая себя частью мирового сообщества, принимаем Конституцию Российской Федерации».

Л.Р. Сюкияйнен

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

Современные религиозные концепции прав человека: сопоставление теологического и юридического подходов

Религиозные учения сыграли заметную роль в становлении концепции прав человека, но в настоящее время они не оказывают на нее серьезного влияния. В последние десятилетия основные религии уделяют большое внимание разработке собственных концепций прав человека, которые сопоставляются с современными либеральными теориями. Такие религиозные учения различаются между собой по некоторым важным аспектам. Исходные начала буддизма и протестантизма не отвергают демократическое либеральное понимание прав человека, а православие и ислам делают акцент на противопоставлении своих позиции такому пониманию. Вопрос о возможности учета современной юридической теорией прав человека религиозных взглядов остается открытым.

Ключевые слова: религия, право, права человека, либеральный подход, буддизм, протестантизм, католицизм, православие, ислам.

В современном мире последовательно юридический подход к правам человека и их трактовка ведущими религиями в рамках своего вероучения взаимодействуют весьма противоречиво. При этом исходные начала различных религий не совпадают друг с другом по ряду принципиальных моментов, в том числе по отношению к позитивному праву и той роли, которую они сами играют в правовом развитии отдельных стран и регионов.

О роли религиозных учений в становлении концепции прав человека

Европейское право сложилось и на протяжении столетий развивалось под воздействием не только римской правовой традиции, но и христианских идей. Ав-

торитетные авторы с полным основанием отмечают важную роль теологических источников в формировании западной традиции права и европейской правовой культуры. Каноническое право рассматривается в качестве одной из первых западных систем права Нового времени¹. Среди ведущих направлений европейской средневековой правовой мысли выделяются учения, ориентированные на религиозные постулаты. Стало привычным ассоциировать современное западное право в его становлении, развитии и нынешнем состоянии с протестантской этикой. Имеются исследования, которые показывают, что свой вклад в формирование права Европы и Северной Америки внес и католицизм². Не будем также забывать, что появление единичных элементов европейского права обязано влиянию (пусть и ограниченному) даже исламской традиции, имеющей религиозные корни.

Соотношение права и религии в Европе не оставалось постоянным. Эта эволюция была связана с оформлением самостоятельной концепции прав человека, которая является ведущей основой права в его современном либеральном понимании. В данном процессе религиозные представления сыграли заметную роль.

Очевидно, что религиозные институты в целом никогда не были в числе лидеров защиты прав человека. Но не подлежит сомнению тот факт, что, например, признание права на свободу вероисповедания (религии) в значительной мере обязано именно западному христианству. Кроме того, религиозные учения непосредственно отразились во включении обязанностей человека в общее представление о его правах и свободах.

Религиозные представления отнюдь не во всем совпадали с исходными началами юридической концепции прав человека уже на этапе ее оформления. В частности, это касается вопроса о происхождении указанных прав, которое либеральная мысль связывала с природой самого человека (что отразилось в понятии прирожденных неотъемлемых прав), а религиозные учения объясняли актом божественного творения.

Такие расхождения становились заметнее и даже усиливались по мере утверждения в Европе принципов секуляризации публичной жизни и культуры вообще. Этот процесс сопровождался постепенным поворотом государства от религии, ее приватизацией, т.е. превращением в частное дело индивида, и, как следствие, все более заметным отходом либерально-юридического понимания прав человека от религиозных учений. Результатом такой эволюции явилось сужение влияния религии на развитие концепции прав и свобод человека. Вплоть до середины прошлого столетия крупнейшие религии не уделяли серьезного внимания этой проблематике.

Ситуация мало изменилась даже после провозглашения в 1948 г. Всеобщей декларации прав человека. Правда, в первой половине 60-х годов истекшего века вновь обозначился интерес религиозного сознания (прежде всего католического) к правам и свободам человека. Однако только спустя два десятилетия, когда западное христианство и ислам стали активно включаться в политическое пространство

¹ См., напр.: Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1994; *Его же*. Вера и закон: примирение права и религии. М., 2008; Залужный А. Г. Право. Религия. Закон. М., 2008.

² См.: Traer R. Catholics and Human Rights // URL: <http://www.religionhumanrights.com/Religion/Christian/Catholic/catholics.fhr.htm>; **From Rejection to Proclamation. A Brief Overview of the Development of the Catholic Church's Thinking on Human Rights** // URL: http://www.socialjustice.catholic.org.au/CONTENT/PDF/human_rights_thinking.pdf

и публичную жизнь, начал набирать силу активный процесс формирования современных религиозных представлений о правах человека как относительно целостных концептов.

В своей основе они, естественно, опираются на исходные постулаты той или иной религии. Вместе с тем нынешние религиозные учения о правах человека нередко приобретают вид своеобразного ответа либеральным взглядам. Поэтому в позициях ведущих религий по этому вопросу сочетаются две основные линии. С одной стороны, подчеркивается согласие со многими положениями международно-правовых документов по правам человека. С другой стороны, религиозные концепции делают акцент на отличия, характеризующие их взгляд на права человека в сопоставлении с либеральной юридической оценкой.

По вопросу прав и свобод человека ведущие религии занимают как близкие, так и отличающиеся друг от друга позиции. Многое зависит от того, какие аспекты этой проблемы они считают для себя приоритетными. Отметим характерные особенности современного взгляда отдельных религий на данный предмет.

Отношение буддизма к правам человека

Представляется, что на фоне других религиозных учений буддийская мысль уделяет меньшее внимание включению концепции прав человека в собственную современную идеологию. Точнее говоря, хотя буддийские лидеры (начиная с самого Далай-ламы XIV) достаточно часто обращаются к теме прав и свобод человека, но делают это, прежде всего, в качестве общественных и даже политических деятелей, а не как религиозные мыслители. Исследователи современного буддизма отмечают, что в традиционных буддийских источниках нет понятия, прямо соответствующего правам человека³. Для этой религии главное — конечная реальность, универсум, а не некие человеческие концепции, к которым можно отнести и идею прав человека⁴.

Буддизм рассматривает человека не только и не столько с антропоцентрических позиций, сколько в космологическом плане. Он воспринимает человека не в качестве творения некой высшей силы, а прежде всего как крупницу космоса вместе с иными живыми существами. Человек, неразрывно связанный с иными формами жизни, представляет не абсолютную, а относительную ценность и должен стремиться ощущать себя как частица общей системы, присутствующая в других существах, которые, в свою очередь, также включены друг в друга. Такая концепция выступает как обоснование своего рода экологического взгляда на жизнь и человека, уважения любых форм жизни в равной степени.

Главное в буддизме заключается не в отношениях между людьми или между человеком и обществом, а в сострадании ко всем живым существам. Поскольку все в мире взаимозависимо, то буддизм призывает к отказу от приверженности любой догме или доктрине. В рамках такого понимания сострадание вместе с мудростью важнее справедливости.

³ См.: *Traer R. Buddhists and Human Rights* // URL: <http://www.religionhumanrights.com/Religion/Buddhist/buddhist.fhr.htm>

⁴ См. об этом подробнее: *Buddhism and Human Rights* / ed. by **Damien V. Keown, Charles S. Prebish and Wayne R. Husted**. Curzon Press, 1998.

Что касается прав человека в современном понимании, то они для буддизма являются не божественными заповедями, отражающими смысл конечной реальности, а результатом деятельности разума самого человека. Поэтому права человека не важны для постижения и достижения конечной реальности. Буддизм придает приоритетное значение усвоению человеком своей природы, а не заботе о его правах в этом мире. Такой подход объясняет, почему буддизм не видит принципиального конфликта между данными правами и религиозной свободой, которая для него сводится к достижению человеком определенного состояния своего внутреннего мира⁵.

Вместе с тем отдельные буддийские мыслители подчеркивают, что мировоззрение буддизма основано на триаде — свобода, равенство и братство. Но не в смысле лозунга Великой французской революции, поскольку, например, идея братства основана на присущей буддизму концепции сострадания, уважения ко всему живому и почтения к другим людям. Это и составляет стержень концепции всеобщей морали как священного понятия. Что же касается равенства, то буддизм трактует его как подчинение всех людей одному закону природы, согласно которому они рождаются, стареют и умирают⁶. Показательно, что Далай-лама XIV разъясняет смысл данной концепции через понятие всеобщей ответственности (*universal responsibility*).

Получается, что буддийская этика — это этика не прав, а обязанностей, без которых сострадание невысказано. Акцент на всеобщности обязанностей призван подчеркнуть, что в нынешнем земном мире они не могут быть обеспечены человеческим сообществом самим по себе. Этой цели служат государственные институты и международные организации. Именно в отношениях с ними человек приобретает некие права, смысл которых — реализация взаимных обязанностей и достижение взаимосвязанности всего живого. В таком понимании права человека превращаются в средство и форму проявления сострадания.

В подтверждение подобного вывода можно привести взгляды Далай-ламы XIV на проблему прав человека, отраженные в ряде его посланий и выступлений. Например, в своем обращении по поводу 60-й годовщины Всеобщей декларации прав человека он делает упор на идее взаимозависимости, подчеркивая, что главным является стремление установить нормальные отношения между людьми. По словам буддийского лидера, смысл всех прав человека заключается в сострадании. При этом поиски мира человек должен начинать с самого себя: «Только когда мир есть внутри нас, мы можем быть в мире с теми, кто нас окружает»⁷.

Отметим также специальное послание, посвященное проблемам демократии, в котором Далай-лама XIV отмечает: «Идея, согласно которой люди могут жить свободно в качестве индивидов, равных в принципе и, следовательно, ответственных друг за друга, по своей сути согласуется с буддийской позицией»⁸. По его мнению, если невежество закабалит человека, то мудрость его освобождает. Говоря об отношении к современной концепции прав человека, буддийский лидер заявляет:

⁵ См.: *Traer R.* Buddhists and Human Rights.

⁶ См.: *Chamarik S.* Buddhism and Human Rights // Paper presented at the Expert Meeting on The Place of Human Rights in Cultural and Religious Traditions. Bangkok, Thailand. December 3–7, 1979.

⁷ См.: URL: <http://www.dalailama.com/messages/world-peace/universal-declaration>

⁸ См.: URL: <http://www.dalailama.com/messages/buddhism/buddhism-and-democracy>

«Современная демократия базируется на принципе, в соответствии с которым все люди, в сущности, равны, и каждый из нас имеет право на жизнь, свободу и счастье; буддизм также признает, что все люди имеют право на достоинство, а каждый член человеческого сообщества обладает одинаковым с другими и неотъемлемым правом на освобождение, причем не только в смысле обладания политической свободой, но и обретения фундаментальной свободы от страха и нужды»⁹. Буддизм исходит из того, что индивидуальная свобода проявляется прежде всего в просветлении, которое достигается совершенствованием разума через медитацию.

В таком понимании права человека выступают как нечто внешнее, постороннее для буддизма, второстепенный атрибут существования человека в нынешнем мире, но никак не в качестве самостоятельной ценности, включенной в буддийское мировоззрение как его органичный элемент. Все это позволяет заключить, что современная буддийская мысль не предлагает какой-либо развернутой концепции прав человека как юридического феномена. Правда, некоторые авторы полагают, что ее основу может составить представление о человеке как крупнице взаимозависимого мира¹⁰. Однако в целом вопрос о наличии самостоятельной современной буддийской теории прав человека остается открытым. В связи с этим название одной из самых обстоятельных публикаций на эту тему — «Есть ли «права человека» в буддизме?»¹¹ — само по себе выглядит символично.

Современный протестантизм и либеральное понимание прав человека

Протестантизм, как и буддизм, не видит принципиального конфликта между понятием прав человека и собственным вероучением. Но это лишь внешнее сходство. По существу с буддийской идеей позиция протестантизма имеет мало общего. Его специфика проявилась уже на начальном этапе формирования концепции прав человека. Напомним, что протестантская мысль очень серьезно повлияла на этот процесс, прежде всего в отношении религиозной свободы (свободы совести) — признания за человеком права исповедовать любое направление христианства по своему выбору. Это же можно сказать о праве каждого человека преследовать собственные экономические интересы, включая неприкосновенность индивидуальной собственности, свободу договора и выбора рода занятий, на что обращал специальное внимание Макс Вебер.

В русле такого подхода, по мнению исследователей, Первая поправка к Конституции США логично вытекала из своего рода «протестантского культурного кода», а публичная сфера американской жизни была «протестантским изобретением», к участию в котором другие религиозные общины были лишь приглашены¹².

Нетрудно убедиться в том, что протестантизм настойчивее иных направлений христианства отстаивает принципы индивидуализма и поэтому в большей степе-

⁹ См.: URL: <http://www.dalailama.com/messages/buddhism/buddhism-and-democracy>

¹⁰ См.: *Traer R.* Buddhists and Human Rights.

¹¹ См.: *Keown D.* Are There «Human Rights» in Buddhism? // *Journal of Buddhist Ethics.* 1995. Vol. 2.

¹² См.: *Bellah R.N.* Flaws in the Protestant Code. Some Religious Sources of America's Troubles // *Ethical Perspectives* 7(2004). P. 292.

ни созвучен юридическим параметрам демократии. Протестантские постулаты заметно последовательнее иных теологических концепций привержены принципам эгалитаризма и, следовательно, ближе подходят к либерально-юридическому пониманию прав человека. По сути, они совпадают с указанным подходом. Различия объясняются мировоззренческими особенностями протестантизма и серьезно не влияют на его принципиальное согласие с международно-правовыми стандартами прав человека.

Наиболее обстоятельно современная протестантская концепция прав человека изложена в аналитическом материале «Право и Евангелие»¹³, подготовленном в 1997–2001 гг. специальной исследовательской группой, которая работала под эгидой Сообщества протестантских церквей в Европе — так называемого Лойенбергского церковного товарищества.

В этом исследовании подчеркивается, что вопрос, имеют ли права человека религиозное происхождение или являются самоочевидными и могут восприниматься без какой-либо связи с культурными и религиозными традициями, остается открытым. Христианство, по мнению авторов данного материала, не должно претендовать на монополию в формировании прав человека. Даже с учетом его исключительного вклада в этот процесс следует всерьез считаться со светским аспектом обсуждаемого феномена. Только при соединении этих двух подходов — теологического и юридического — права человека можно обсуждать в универсальных терминах и одновременно стремиться к поиску путей соединения их с культурными традициями человечества. Сам протестантизм, различая право и Евангелие, конструктивно относится к идее прав человека в юридическом понимании и готов внести свой вклад в ее дальнейшее развитие.

Естественно, протестантизм видит определенные различия между современной либеральной трактовкой прав человека и их христианским пониманием. Так, не отрицая светского характера прав человека, протестантизм связывает заботу о них с охранительной ролью божественной воли, поскольку он считает невозможным исключительно рациональное объяснение их происхождения и природы.

В частности, протестантизм исходит из того, что достоинство человека нельзя обосновать только рациональными аргументами. Оно присвоено человеку Богом и поэтому не является благом, которым люди могут распоряжаться по своему усмотрению. В частности, даже грешник сохраняет достоинство, которое не поддается человеческому контролю, поскольку им его наделил Бог. Именно поэтому права человека приоритетны перед его обязанностями. Речь идет о правах, которые существуют до государства и не находятся в компетенции законодателя. Обладание ими не может быть поставлено в зависимость от конкретных поступков человека. Именно универсальный характер прав человека делает их единственной основой взаимоотношений людей, придерживающихся различных культурных и религиозных традиций.

Вместе с тем, даже с учетом персонального характера прав человека для протестантизма свобода человека проявляет себя в наибольшей мере в его служении коллективу. Против исключительно индивидуалистического понимания прав человека говорит то, что их фундаментом выступает не только право, но и Евангелие.

¹³ См.: URL: <http://www.leuenberg.eu/File/Upload/doc-7161-1.pdf>

Это выражается, например, в особой заботе церкви о бедных. Именно такой подход должен быть критерием общественной этики. Люди обязаны принимать друг друга, чтобы быть взаимно справедливыми. В противном случае права человека становятся орудием в руках сильного и добившегося успеха в мирской жизни.

Конечно, с евангелической точки зрения даже грешник может быть прощен милосердным Богом. Но права человека не Евангелие. Для протестантизма ориентированная на права человека политика является деятельностью, которая следует за верой. Однако это не означает, что любая политика, даже формально отвечающая данным критериям, заслуживает одинакового отношения с позиций религии. Если она преследует цели, прямо укладывающиеся в рамки евангелических предписаний, то заслуживает того, чтобы церковь придавала ей дополнительную действенность. В случае же, когда политическая практика исходит из узко прагматических интересов, т.е. служит индивиду, а не обществу, она должна осуждаться и отвергаться.

Такая концептуальная линия современного протестантизма по правам человека пронизывает и другие его официальные документы. В качестве примера можно привести принятое в 2000 г. заявление Исполкома Сообщества протестантских церквей в Европе о проекте Хартии фундаментальных прав в ЕС. Весьма показательно, что в данном заявлении выражается полная поддержка проекта и предлагается единственное дополнение, касающееся более широкого понимания религиозной свободы. По мнению указанного авторитетного центра протестантской мысли, свободу совести следует рассматривать не только как индивидуальное, но и коллективное право, которое должно выражаться в свободе различных церквей и религиозных общин самостоятельно принимать собственные уставы и свободно управлять своими делами в рамках законодательства конкретной страны¹⁴.

Характерной для современного протестантизма является также позиция, которую заняли протестантские церкви в Европе по отношению к так называемому карикатурному скандалу, вызванному публикацией в датской газете карикатур на пророка Мухаммеда. Такой шаг, как известно, привел к взрыву недовольства мусульман и вызвал резкую критику многих известных мусульманских деятелей, которые расценили его как оскорбление религиозных святынь и посягательство на свободу вероисповедания.

В полемике вокруг этого вопроса протестантское сообщество Европы однозначно выступило в защиту либерально понимаемой свободы выражения мнения, даже с учетом того, что речь шла об оскорбительных оценках религиозных убеждений мусульман. Как отмечалось в специальном заявлении Сообщества протестантских церквей в Европе, протестанты хорошо понимают, что чувства мусульман как религиозного меньшинства были грубо задеты публикацией таких карикатур. Вместе с тем свобода религии включает не только свободу отправления обрядов и публичного исповедания веры, но и право критиковать религию. Претензия любых религий на критику иных вер или социальных порядков в равной степени предполагает их готовность отвечать на вопросы, обращенные к ним самим в любой допустимой форме выражения мнения. Религия, которая стремится оградить себя от любой критики, является тоталитарной. Если люди чувствуют, что их фундаментальные

¹⁴ См.: URL: <http://www.leuenberg.net/2155-0-16>

права нарушены в форме выражения общественного мнения или распространения художественного образа, то они могут обратиться за защитой таких прав в компетентные публичные органы¹⁵.

Ориентация на права человека в их либеральном понимании пронизывает и ответ Сообщества протестантских церквей в Европе на принятые в 2008 г. Основы учения Русской православной церкви о достоинстве, свободе и правах человека. Ведущий представительный центр европейского протестантизма дал весьма критическую оценку православной позиции по правам человека. В противовес мнению Русской православной церкви (далее — РПЦ) он подчеркнул, что Бог дарует человеку достоинство не за его заслуги, а по своей милости. Поэтому оно не может быть поколеблено или поставлено под сомнение греховным поведением человека. Если РПЦ прямо противопоставляет права человека религиозной морали, то протестантизм исходит из того, что они защищают человека и обеспечивают его участие в жизни общества, представляют собой необходимые рамки сосуществования людей.

В этом смысле протестантская концепция исходит из позитивной роли прав человека, хотя и подчеркивает некоторые отличия либерального юридического и теологического взглядов на них. В целом протестантизм оценивает права человека в юридическом смысле не как угрозу нравственности, а в качестве основы мирного, свободного и уважительного сосуществования людей в плюралистическом обществе. При этом он считает, что ограничение таких прав, даже продиктованное заботой о религиозных чувствах, противоречит общей заботе церкви об ответственности всех за состояние общества, любви к ближнему, уважению к инакомыслящим и к их убеждениям.

Согласно протестантскому пониманию, права человека принадлежат в равной степени всем людям на основе данного им Богом достоинства. Как наделить ими не может ни одна мирская власть, так и лишить их не способен ни один человеческий институт. В силу этого права человека обязательны для соблюдения государством. Современный протестантизм, в отличие от православия, не видит серьезного противоречия между правами человека в их светском понимании и религиозной моралью. В связи с этим весьма красноречивым является название упомянутого документа — «Права человека и мораль»¹⁶.

Стоит обратиться и к видению прав человека российскими протестантами, выраженному в «Социальной позиции протестантских церквей России», принятой в 2003 г. В этом документе отмечается, что свобода совести включает в себя и свободу вероисповедания, т.е. право быть верующим или неверующим, выбирать или менять свою веру. Российские протестантские церкви выступают в защиту свободы совести и религиозной свободы как основополагающего права человека в соответствии с библейским учением и международно-правовыми документами¹⁷. Иными словами, протестантизм понимает свободу религии практически в том же ключе, что и либеральная юридическая мысль, а также соответствующие международно-правовые документы.

¹⁵ См.: URL: <http://www.leuenberg.net/3270-0-16>

¹⁶ См.: URL: <http://www.leuenberg.net/9806-0-16>

¹⁷ См.: URL: <http://www.religare.ru/article7724.htm>

Взгляд современного католицизма на права человека

Интересно сопоставить такую позицию с пониманием прав человека католицизмом, который прошел достаточно длительный и извилистый путь к окончательному оформлению своей современной позиции по этой проблеме. Как отмечают исследователи, только к концу XIX в. католицизм решился на открытое обсуждение отдельных прав человека, которые он выразил готовность защищать и обосновывать с теологических позиций. Однако потребовалось еще более полвека, чтобы такой поворот привел к качественным изменениям в католическом мировоззрении по данному вопросу¹⁸.

Переломным рубежом на этом пути стало провозглашение Папой Иоанном XXIII в 1963 г. энциклики *Pacem in Terris* («Мир на земле»), которую принято называть Декларацией об установлении мира в правде, справедливости, милосердии и свободе¹⁹. В этом документе подчеркивается, что мир на земле может утвердиться лишь при соблюдении установленного по божественной воле порядка. Прежде всего речь идет о том порядке, который должен предопределять отношения между людьми. Каждого человека как такового Бог наделил сознанием и свободой воли. Следовательно, человек обладает правами и обременен обязанностями, которые проистекают из его природы. Такие права и обязанности являются всеобщими, не могут быть объектом посягательства и в своей совокупности неотъемлемы от человека. Их изначальным источником выступает божественное откровение.

Первым среди всех прав человека энциклика называет право на жизнь, а следовательно, и на все, что способствует его реализации (например, на медицинское обслуживание, заботу в старости и т.д.). Затем указанный документ перечисляет иные права человека — на уважение, доброе имя, получение информации и выбор рода занятий, а также свободу слова и выражения мнения. Называется также право на образование и пользование достижениями культуры. Достаточно оригинальным является указание на право человека свободно выбирать уклад личной жизни, в частности создавать семью или жить одному. В этом документе перечисляются и раскрываются экономические права, к которым отнесены, в частности, право на труд и право собственности. Это же можно сказать о свободе ассоциаций и передвижения. Специально говорится о политических правах человека.

Особое внимание уделяется праву человека на свободное исповедание веры в соответствии со своими убеждениями. По сути, впервые в истории католицизма энциклика в прямой форме закрепила принцип свободы совести. Документ придает большое значение обязанностям человека в увязке с его правами, а также взаимопомощи между людьми. Говорится об ответственности человека за использование своих прав в интересах общества и во имя правды, справедливости, милосердия и свободы.

Естественно, права и свободы человека не рассматриваются в энциклике в качестве совершенно самостоятельной ценности, независимой от религиозных постулатов. Не случайно подчеркивается, что в практике реализации прав человека

¹⁸ См.: Human Rights and The Catholic Faith. Lecture by Cherie Booth // URL: <http://www.the-tablet.co.uk/pageCherieboothlecture>

¹⁹ См.: // URL: http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/ht_j_xxiii_enc_11041963pacem_en.htm

приоритет должен принадлежать их духовному содержанию и нацеленности на утверждение духовных ценностей. Все права и свободы имеют смысл лишь как средство постижения божественной правды и построения более гуманного мира. Это относится и к равенству, которое коренится в равном обладании всеми людьми достоинством, восходящим к божественной воле.

Особое внимание в документе уделяется принципу субсидиарности (взаимодополнения, соподчиненности), который напрямую связан с католическим пониманием природы публичной человеческой власти. Такая власть не является безграничной, поскольку ее рамки опять-таки установлены Богом. В реализации своих полномочий властным земным институтам надлежит руководствоваться совестью и всеобщим благом.

Вместе с тем тезис «нет власти кроме как от Бога» нельзя трактовать как прямое признание за земными правителями божественных качеств. Он лишь означает, что цель власти — поддержание порядка, который определяется природой человека, проистекающей из божественной воли. Функционирование такой власти в указанных рамках является требованием и условием поддержания морального порядка. Именно в этом смысле публичная земная власть, в конечном счете, черпает свои полномочия от Бога.

Основное назначение власти — содействовать реализации общего блага и совершенствованию человека в единстве его материальных и духовных забот и интересов. При этом общее благо обретается наилучшим образом, если в мирской жизни человека гарантируются его права и свободы. Достижение такой цели требует координации усилий власти и граждан, а также сочетания законодательного закрепления прав человека с наполнением их нравственным смыслом, гарантий свободы с претворением общего блага.

При этом права, свободы и обязанности человека рассматриваются как основанные на естественном праве. По католическому учению, они в принципе не нуждаются в признании государством в законодательной форме и, в конечном счете, вытекают из главного права — права на жизнь. Принимаемое государством законодательство должно быть подчинено совести, а сформулированные людьми правовые нормы не могут противоречить естественному праву²⁰. Бенедикт XVI обращал специальное внимание на деструктивную роль закона, оторванного от естественного права и религиозных традиций²¹.

Указанный спектр идей получил дополнительное обоснование в другом документе современного католицизма — **Dignitatis Humanae** («Человеческое достоинство»), — который был провозглашен Вторым Ватиканским Собором в 1965 г. и считается официальным закреплением права человека и общин на социальную и гражданскую свободу в религиозных вопросах²². В документе подчеркивается, что сам человек на уровне своей совести и собственных убеждений решает вопрос о том, насколько он связан возложенными на него Богом обязанностями. Божественная правда не может быть навязана, а лишь свободно принята человеком в

²⁰ См.: Human Law Cannot Contradict Natural Law // URL: <http://www.catholicculture.org/culture/library/view.cfm>

²¹ См.: Crisis of Law // URL: <http://www.catholicculture.org/culture/library/view.cfm>

²² См.: // URL: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_decl_19651207_dignitatis-humanae_en.html

силу ее божественного происхождения. При этом истинное поклонение Богу нуждается в религиозной свободе и не может опираться на принуждение, исходящее от гражданского (мирского) общества. Любой человек обладает свободой совести и не может принуждаться к поведению вопреки своей вере.

Вместе с тем права и свободы человека предполагают возложение на него моральных обязанностей, смысл которых — приобщение к божественной правде. Каждый человек свободен в поисках такой правды и в следовании ей.

Для понимания подхода современного католицизма к свободе религии важно положение данного документа: человек в силу своей социальной природы вправе свободно выражать вовне свои убеждения индивидуально или коллективно при соблюдении публичного порядка²³. Этот принцип распространяется на любые религии, последователи которых вправе строить свою жизнь с учетом принятых ими правил. Показательно, что один из документов, принятых Вторым Ватиканским Собором об отношении к нехристианским религиям, говорит о признании католицизмом всего правильного, что содержится в их учениях²⁴. Защита свободы религии возлагается на государство, которое должно пресекать дискриминацию граждан по религиозному признаку. Подробное изложение такого понимания свободы совести современной католической мыслью содержится в ряде выступлений Иоанна-Павла II²⁵.

Центральным в понимании современным католицизмом прав человека является право на жизнь, что объясняет его крайне негативное отношение к абортам или эвтаназии. Одновременно нельзя не заметить особого внимания, уделяемого католической церковью вопросам семьи, а значит, ее категорического неприятия однополых браков.

Кроме того, в русле католического мировоззрения все права и свободы человека трактуются в тесном сочетании с понятием общего блага и, следовательно, с обязанностями человека. Поэтому католицизм делает особый акцент на принципе коллективизма, которому отдается предпочтение перед защитой сугубо индивидуальных интересов. Так, он признает право частной собственности, но только при условии, что оно используется для достижения общего блага²⁶.

Нельзя не заметить, что в сравнении с протестантской идеей для католицизма характерна значительно более тесная связь понимания прав человека с религиозными постулатами. Однако прямой критики либерального подхода к правам человека современный католицизм избегает, предпочитая наполнять данную концепцию моральными ценностями и принципами коллективизма.

Такое видение проблемы четко прослеживалось в выступлениях Иоанна-Павла II, по мнению которого различия между правовыми системами не отменяют тот факт, что они имеют много общих черт. К ним, прежде всего, относятся потребность в справедливости и неотъемлемые права человека, которые носят фун-

²³ См. также: *Libertas (On The Nature of Human Liberty)* // URL: <http://www.catholicculture.org/culture/library/view.cfm>

²⁴ См.: // URL: http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vatii_decl_19651028_nostra-aetate_en.html

²⁵ См., напр.: *The Freedom of Conscience and Religion* // URL: <http://www.catholicculture.org/culture/library/view.cfm>

²⁶ См.: *Seven Principles of Catholic Social Teaching* // URL: <http://www.catholicculture.org/culture/library/view.cfm>

даментальный характер и пользуются международным признанием. Но данные права должны пониматься с учетом как их антропологического измерения, так и морального фундамента. В противном случае их реализация человеком грозит слепой защитой чисто эгоистических устремлений и посягательством на достоинство других людей вместо того, чтобы ориентироваться на общее благо²⁷.

Одновременно современная католическая мысль подчеркивает, что демократия без моральных ценностей быстро превращается в открытый или слегка завуалированный тоталитаризм. Такая же участь ждет свободу без правды. Поэтому ответственное участие людей в публичной жизни является необходимым условием и прочной гарантией развития как отдельного человека, так и всего общества только в том случае, если оно ориентируется на указанные критерии²⁸.

Православная критика либерального подхода к правам человека

Взгляд на права человека сквозь призму соотношения юридических норм и морали характерен и для современного православия. Для него данная проблема является центральной во всех рассуждениях о правах человека. Однако в отличие от католицизма, православная мысль решает ее с позиции значительно более жесткого противопоставления прав человека в либеральной трактовке моральным правилам поведения, берущим свое начало в религиозной вере.

Остановимся на ключевых моментах православного понимания прав человека на примере позиции РПЦ, которая стала проявлять особый интерес к данной проблематике на рубеже истекшего и нынешнего веков. Тогда наиболее последовательно современный православный взгляд на права человека был изложен в ряде публикаций нынешнего патриарха Кирилла, который в то время в чине Митрополита Смоленского и Калининградского являлся председателем Отдела внешних церковных сношений Московского Патриархата.

В своей известной статье²⁹ он впервые в четкой форме поставил вопрос о необходимости выработки цивилизационной модели, которая предполагала бы гармонизацию разнонаправленных императивов неолиберализма и традиционализма. Речь идет о поиске баланса между прогрессом в сфере соблюдения прав личности и меньшинств и сохранением национально-культурной и религиозной идентичности отдельных народов. Суть позиции автора по данной проблеме состоит в решительном отрицании самой идеи некоего приоритета либерального стандарта, имеющего не только христианские корни, над нормой церковного Предания. По его мнению, на роль подлинно универсального стандарта может претендовать отнюдь не самый либеральный подход из всех возможных в отношении прав и свобод человека, но лишь такой, который, при условии постулирования перечня неких

²⁷ См.: Basic Rights Do Not Depend on Positive Law // URL: <http://www.catholicculture.org/culture/library/view.cfm>

²⁸ См.: Democracy Must Be Based on Moral Norms // URL: <http://www.catholicculture.org/culture/library/view.cfm>

²⁹ См.: Митрополит Смоленский и Калининградский Кирилл. Обстоятельства нового времени. Либерализм, традиционализм и моральные ценности объединяющейся Европы // НГ-Религии. 1999. 26 мая.

общеобязательных принципов, органично и непротиворечиво предполагал бы совместимость с национально-культурными и религиозными ценностными ориентациями принявших его стран.

Эта позиция получила развернутое обоснование применительно к правам человека в другой газетной публикации нынешнего главы РПЦ³⁰. Ее ключевой тезис — решительное противопоставление православного понимания прав человека либерализму, который, по словам автора, допускает религиозную мотивацию человеческого выбора только в личной или семейной жизни, но никак не в иных аспектах. Отсюда вытекает и принципиальное различие в трактовке свободы. Для христианства она обретается человеком по мере освобождения от греха и дарована ему для того, чтобы он имел возможность самостоятельно сделать выбор в пользу осознанного подчинения себя воле Бога. Иначе говоря, свобода в таком понимании определяется критериями религиозной веры. А либеральная концепция исходит из презумпции свободы индивида как цели и средства человеческого существования, абсолютной ценности личности, ограниченной в своих действиях только правами, интересами и свободой другого человека.

Либеральная идея не призывает к освобождению от греха, само понятие которого в ней отсутствует. Более того, греховные проявления человека допускаются, если они не входят в противоречие с законом и не нарушают свободы другого человека. В этом смысле либеральная идея диаметрально противоположна христианству. Не погрешив против правды, подчеркивает нынешний патриарх, ее можно охарактеризовать как антихристианскую.

Существование либеральных институтов в экономике, политике, социальной жизни и межгосударственных отношениях приемлемо. Но применительно к личности и межлическим отношениям оно недопустимо. Если либеральная идеология используется как пусковой механизм растормаживания и высвобождения пагубных вожделений, взрыва плотского начала и торжества человеческого эгоизма, а либеральные институты служат легитимации права на грех, то общество, лишённое представления о норме жизни, неизбежно обрекается на духовное вырождение, становясь ареной буйства темных страстей. Под напором раскрепощенного греха общество, принимающее подобную систему ценностей, рано или поздно будет обречено на гибель.

Сопоставив либеральную и религиозную системы ценностей, глава РПЦ выражает категорическое несогласие с представлением о вере как «частном деле», не имеющем общественного значения. Он утверждает, что не либеральные стандарты, а именно религиозный образ жизни должен быть принят в России как естественная и безусловная ценность.

Такое видение определяет официальную позицию РПЦ по правам человека, которая детально изложена в ряде ее документов. В частности, в Основах социальной концепции РПЦ, принятых в 2005 г., серьезное внимание уделяется обоснованию отношения православия к государству, законодательству и правам человека. В данном документе утверждается, что нельзя понимать принцип светскости государства как означающий радикальное вытеснение религии из всех сфер жизни народа,

³⁰ См.: Митрополит Смоленский и Калининградский Кирилл. Норма веры как норма жизни. Проблема соотношения между традиционными и либеральными ценностями в выборе личности и общества // Независимая газета. 2000. 16–17 февраля.

отстранение религиозных объединений от участия в решении общественно значимых задач, лишение их права давать оценку действиям властей.

Однако появление принципа свободы совести — свидетельство того, что в современном мире религия из «общего дела» превращается в «частное дело» человека. Сам по себе этот процесс свидетельствует о распаде системы духовных ценностей, потере устремленности к спасению в большей части общества, утверждающего принцип свободы совести. Если первоначально государство возникло как инструмент утверждения в обществе божественного закона, то свобода совести окончательно превращает государство в исключительно земной институт, не связывающий себя религиозными обязательствами. Утверждение юридического принципа свободы совести свидетельствует об утрате обществом религиозных целей и ценностей, о массовой апостасии и фактической индифферентности к делу церкви и победе над грехом.

Затрагивая тему права, документ подчеркивает, что когда человеческий закон совершенно отвергает абсолютную божественную норму, заменяя ее противоположной, он перестает быть законом, становясь беззаконием, в какие бы правовые одежды он ни рядился. Любая противоречащая этой заповеди светская норма делает преступником не нарушителя ее, а самого законодателя. Иными словами, человеческий закон никогда не содержит полноту закона божественного, но чтобы оставаться законом, он обязан соответствовать богоустановленным принципам, а не разрушать их.

С аналогичных позиций оценивается и либеральная идея прав человека, которая, как считает РПЦ, по мере секуляризации превратилась в понятие о правах индивидуума вне его связи с Богом. При этом охрана свободы личности трансформировалась в защиту своеволия. В системе современного светского гуманистического понимания гражданских прав человек трактуется не как образ божий, но как самодостаточный и самодовлеющий субъект. Однако вне Бога существует лишь человек падший, весьма далекий от чаемого христианами идеала совершенства. Между тем для христианского правосознания идея свободы и прав человека неразрывно связана с идеей служения. Права нужны христианину прежде всего для того, чтобы, обладая ими, он мог наилучшим образом осуществить свое высокое призвание к «подобию Божию», исполнить свой долг перед Богом и церковью, перед другими людьми, семьей, государством, народом и иными человеческими сообществами.

Эти идеи прослеживаются также в Декларации о правах и достоинстве человека, принятой Десятым Всемирным Русским Народным Собором в 2006 г. В ней отмечается, что человек как образ божий имеет особую ценность, которая не может быть отнята. Совершая добро, личность приобретает достоинство. Таким образом, ценность — это то, что дано, а достоинство — это то, что приобретается. Вечный нравственный закон имеет в душе человека твердую основу, не зависящую от культуры, национальности, жизненных обстоятельств. Эта основа заложена Творцом в человеческую природу и проявляется в совести. Однако голос совести может быть заглушен грехом.

Внутреннюю свободу от зла следует отличать от свободы нравственного выбора. Первая является самоценной, а вторая становится ценностью и позволяет личности обрести достоинство только тогда, когда человек выбирает добро. Наоборот, если тот избирает зло, то свобода выбора ведет к саморазрушению и наносит урон достоинству человека. Права человека имеют основанием ценность личности и должны быть направлены на реализацию ее достоинства. Именно поэтому содержание прав человека не может не быть связано с нравственностью. Отрыв этих прав от нравственности означает их профанацию, ибо безнравственного достоинства не бывает.

Православие исходит из того, что существуют ценности, которые стоят не ниже прав человека, — вера, нравственность, святости, Отечество. Если эти ценности вступают в противоречие с реализацией прав человека, то общество, государство и закон должны обеспечить гармонию между ними. Нельзя допускать ситуаций, при которых осуществление прав человека подавляло бы веру и нравственную традицию, приводило бы к оскорблению религиозных и национальных чувств, почитаемых святых, угрожало бы существованию Отечества. Опасным видится и изобретение таких «прав», которые узаконивают поведение, осуждаемое традиционной моралью и всеми историческими религиями. Нетрудно заметить, что последнее критическое замечание относится к современному либеральному пониманию прав человека и их законодательному закреплению.

Противопоставление христианского религиозного подхода либеральной идее пронизывает содержание основного документа по рассматриваемой проблеме — Основы учения Русской православной церкви о достоинстве, свободе и правах человека, — принятого Архиерейским Собором РПЦ в 2008 г. В нем обращается внимание на то, что либеральная концепция прав человека в корне расходится с христианским учением. В результате ее распространения и практической реализации христиане оказываются в условиях, когда общественные и государственные структуры могут принуждать, а зачастую уже принуждают их мыслить и поступать вопреки божьим заповедям, что препятствует достижению самой важной цели в жизни человека — избавлению от греха и обретению спасения.

Одновременно либеральное оправдание греховного поведения человека приводит к еще большему умалению его достоинства, которое и так искажено грехопадением. Хотя нравственно недостойная жизнь в целом и не разрушает богоданного достоинства, но помрачает его настолько, что оно становится малоразличимым. Сохранение человеком богоданного достоинства и возрастание в нем обусловлено жизнью в соответствии с нравственными нормами, ибо они выражают первозаданную, а значит, истинную природу человека, не омраченную грехом. Поэтому между достоинством человека и нравственностью существует прямая связь. Более того, признание достоинства личности означает утверждение ее нравственной ответственности.

Свобода есть одно из проявлений образа божия в человеческой природе. В то же время свобода выбора не есть абсолютная и конечная ценность. Она поставлена Богом на службу человеческому благу. Осуществляя ее, человек не должен причинять зла самому себе и окружающим. Это значит, что подлинно свободен тот, кто идет путем праведной жизни и ищет общения с Богом, источником абсолютной истины. Напротив, злоупотребление свободой, выбор ложного, безнравственного образа жизни в конце концов разрушает саму свободу выбора, так как ведет волю к порабощению грехом. Только Бог, являясь источником свободы, может поддерживать ее в человеке. Те, кто не желают расставаться с грехом, отдают свою свободу дьяволу — противнику Бога, отцу зла и несвободы. Признавая ценность свободы выбора, церковь утверждает, что таковая неизбежно исчезает, когда выбор делается в пользу зла. Зло и свобода несовместимы.

Слабость института прав человека в том, что он, защищая свободу выбора, все менее и менее учитывает нравственное измерение жизни и свободу от греха. Общественное устройство должно ориентироваться на обе свободы, гармонизируя их реализацию в публичной сфере. Нельзя защищать одну свободу, забывая о другой.

Свободное стояние в добре и истине невозможно без свободы выбора. Равно и свободный выбор теряет свою ценность и смысл, если обращается ко злу.

Общество должно создавать механизмы, восстанавливающие гармонию человеческого достоинства и свободы. В общественной жизни концепция прав человека и нравственность могут и должны служить данной цели. При этом нравственность, т.е. представления о грехе и добродетели, всегда предшествует закону, который и возник из этих представлений. Права человека не могут быть выше ценностей духовного мира. Поэтому недопустимым и опасным является истолкование прав человека как высшего и универсального основания общественной жизни, которому должны подчиняться религиозные взгляды и практика.

Не являясь божественным установлением, права человека не должны вступать в конфликт с откровением Божиим, которое для православного христианина выше любых иных норм, ибо по нему Бог будет судить человека и народы перед своим престолом. В силу этого права человека не могут быть основанием для принуждения христиан к нарушению заповедей Божиих. Православная церковь считает недопустимыми попытки подчинить взгляд верующих на человека, семью, общественную жизнь и церковную практику безрелигиозному пониманию прав человека. Нельзя вводить в область прав человека нормы, размывающие или отменяющие как евангельскую, так и естественную мораль.

С точки зрения православия, политико-правовой институт прав человека может служить благим целям защиты человеческого достоинства и содействовать духовно-нравственному развитию личности. Для этого реализация прав человека не должна вступать в противоречие с богоустановленными нравственными нормами и основанной на них традиционной моралью. Индивидуальные права человека не могут противопоставляться ценностям и интересам Отечества, общины, семьи. Осуществление прав человека не должно быть оправданием для посягательства на религиозные святыни, культурные ценности, самобытность народа. Права человека не могут служить поводом для нанесения непоправимого урона природному достоянию.

Одновременно РПЦ отвергает свободу совести как требование религиозной нейтральности или индифферентности государства и общества, а также признание всех вероисповеданий относительно или равно истинными в своей правоте. Это неприемлемо для православия, которое, уважая свободу выбора, призвано свидетельствовать о хранимой им истине и обличать заблуждения.

Вполне ожидаемо акцент, который православие делает на придании ясного нравственного измерения правам и свободам человека, воспринимается российскими правозащитниками как идеологическая атака на универсальность данных прав и стремление поставить достоинство человека в зависимость от степени его приверженности религиозным постулатам. Конфликт между либеральным пониманием прав и свобод человека и их православным пониманием ярко проявился и в известных спорах вокруг художественных выставок «Осторожно, религия!» и «Запретное искусство — 2006».

Напомним также, что позиция РПЦ по достоинству, правам и свободе человека получила откровенно критическую оценку со стороны европейского протестантизма. Открытое противостояние этих двух религиозных взглядов на обсуждаемую проблему не скрывают обе стороны: в отмеченных выше публикациях нынешнего патриарха Кирилла протестантизм характеризуется как едва ли не главный проповедник либеральной идеи прав человека.

Следует, однако, подчеркнуть, что в современной православной мысли есть и совсем другой подход к проблеме прав человека. Так, известный проповедник игумен Вениамин Новик в ряде своих публикаций доказывал, что христианская идея не только не противоречит либерализму, но и лежит в его основе, а официальная линия РПЦ по сути означает ограничение свободы совести (религии)³¹.

Особенности исламского понимания прав человека

Противопоставление прав человека в либеральной интерпретации и религиозных ценностей характерно и для современного ислама. Нам уже приходилось рассматривать исламскую концепцию прав человека в ранее опубликованных работах³². Поэтому остановимся лишь на тех ее чертах, которые оттеняют исламский взгляд на данную проблему на фоне иных религиозных учений и либеральной идеи.

Современное исламское правоведение обратилось к разработке собственной позиции по правам человека относительно недавно. Ее появление стало реакцией мусульманской мысли на принятие международных документов по правам человека, в целом отражающих либеральный взгляд на этот вопрос. Взгляды современных мусульманских авторов на соотношение исламских ориентиров с либеральными стандартами прав человека не отличаются единством.

Широко распространенной является точка зрения, согласно которой между исламским подходом и либеральной идеей нет принципиальных расхождений, а различия касаются некоторых деталей и конкретных норм.

Наряду с таким подходом можно встретить и иную позицию, сторонники которой предпочитают делать акцент на серьезных различиях между исламской концепцией прав человека и международно признанными либеральными стандартами. Естественно, что чаще всего мусульманские юристы, отстаивающие такой взгляд, оценивают подобные различия в пользу ислама. Изредка встречаются публикации, авторы которых, наоборот, подчеркивают, что многие традиционные исламские правовые принципы и нормы обращены в прошлое и не соответствуют современным требованиям³³.

Как у сторонников, так и у оппонентов современной исламской правовой мысли по правам человека есть свои аргументы. Во многом их характер зависит от угла зрения на обсуждаемую проблему. Если в центре внимания находятся официальные государственные структуры, то акцент, как правило, делается на внешних моментах, например на присоединении той или иной мусульманской страны к международным пактам по правам человека.

Подобный взгляд характерен для формально юридического, позитивистского похода, сторонники которого отмечают тенденцию к сближению исламской концепции с международными стандартами, упоминая лишь некоторые расхождения

³¹ См., напр.: Новик В. Православие. Христианство. Демократия. СПб., 1999. С. 301–365.

³² См., напр.: Сюкияйнен Л.Р. Исламская концепция прав человека: теоретические основы, тенденции и перспективы развития // Права человека: итоги века, тенденции и перспективы. М., Норма. 2002; *Его же*. Исламский взгляд на свободу и равенство: юридическое закрепление и религиозно-этические границы // Всеобщая декларация прав человека: Универсализм и многообразие опытов. М.: Отделение общественных наук РАН, Ин-т гос. и права РАН, Ин-т философии РАН, 2009.

³³ См., напр.: Аль-Багдади Ахмад. Исламская мысль и Всеобщая декларация прав человека. Эль-Кувейт, 1994 (на араб. яз.).

между ними на уровне отдельных конкретных прав. При этом упускается из вида характерное для мусульманского мира заметное несовпадение официально провозглашенных норм законодательства с массовым правосознанием и сложившейся в обществе системой ценностей, которые формируются под определяющим влиянием традиций, прежде всего, исламских догм.

В частности, если конституции мусульманских стран закрепляют принципы свободы и равенства всех граждан независимо от расы, пола или вероисповедания, то это еще отнюдь не означает, что исламская правовая мысль последовательно отстаивает указанные критерии и на практике они реализуются в соответствии с буквой закона. Точнее говоря, исламские принципы вместе с местными традициями существенно корректируют положения законодательства, наполняют их особым содержанием. Без учета такой специфики анализ позитивных правовых норм будет неполным, а то и просто ошибочным, тем более что исламское видение прав человека зачастую само получает официальное нормативное закрепление.

Сказанное заставляет обратиться к анализу ключевых особенностей, отличающих исламское понимание смысла и содержания прав человека от того, как они воспринимаются с позиций демократических либеральных стандартов. Речь, в частности, идет о различном понимании свободы человека.

Исламская мысль связывает границы указанной свободы прежде всего с императивными нормами (главным образом, с запретами) шариата, а значит — с религиозными критериями. Причем эти рамки со стороны могут казаться посягательством на права и свободы человека, но ислам их воспринимает как высшую, божественную справедливость. В связи с этим отметим, что именно справедливость, а не свобода, равенство или достоинство рассматривается исламом в качестве центральной категории концепции прав человека.

Такой подход пронизывает всю эту концепцию, даже когда она формально соглашается с либеральной оценкой прав человека. Например, профессор крупнейшего исламского университета «Аль-Азхар» Абдель Азим аль-Матани подчеркивает, что в принципе свобода человека в исламе ограничена лишь обязанностью не нарушать права других людей. Однако этого недостаточно, поскольку одновременно должны соблюдаться принятые в обществе этические ценности. Более того, при конфликте между либерально понимаемыми правами человека и указанными ценностями приоритет отдается последним.

В частности, свобода в исламском понимании не означает право оскорблять исходные постулаты и догматы веры, поскольку это относится к нарушениям публичного порядка. Если кому-нибудь не нравятся определенные религиозные ценности или религиозно ориентированное поведение, то это его личное дело. Но он не вправе посягать на них и призывать к этому. В противном случае будет причинен ущерб другим людям, а это, естественно, должно пресекаться³⁴.

Аналогичной позиции придерживается Мухаммед аз-Зухейли, автор самого обстоятельного исследования прав человека с исламских позиций. По его мнению, с исламской точки зрения о реализации прав человека можно говорить лишь тогда, когда мусульмане соблюдают нормы шариата. Отступление от этого условия оправдано только объективной необходимостью постепенного претворения указанных норм на уровне позитивного законодательства той или иной страны, конечно при

³⁴ См.: Аль-Байан. 1999. 26 ноября.

условии искреннего стремления властей последовательно проводить такую правовую политику³⁵.

Внешне отмеченный подход перекликается с позицией отдельных направлений современного христианства (прежде всего православия), которые также ставят признание прав человека в либеральном понимании в зависимость от соблюдения нравственных религиозных норм. Но для ислама характерно одно принципиальное отличие.

Дело в том что в странах европейской правовой традиции в условиях светского государства религиозно-нравственные ориентиры, как правило, лежат вне сферы юридически признаваемых прав и свобод человека, непосредственно влияя на них только в том случае, если эти ориентиры принимают правовую форму. В странах исламской правовой культуры ситуация иная. Здесь религиозно-нравственные догмы ислама, относящиеся к внешнему поведению человека в мирской сфере, являются не просто этическими требованиями или заповедями веры, а выступают важнейшей частью разделяемой обществом и, что еще важнее, поддерживаемой государством в той или иной форме системы правил взаимоотношений людей. Иными словами, эти нормы имеют не только религиозный, но и правовой характер, поскольку получают законодательное закрепление.

Это осуществляется в различной форме. Так, порой приоритет исламских норм в косвенной форме санкционируется положениями конституций мусульманских стран об уважении и поддержании традиций, культурного и духовного наследия. Во многих случаях основные законы подчеркивают, что речь идет именно об исламских ценностях. Но даже если такая оговорка отсутствует, в мусульманских странах подобные конституционные ссылки все равно воспринимаются как подтверждение авторитета исламских норм. Например, ст. 41 Основного регламента о власти Саудовской Аравии 1992 г. предусматривает, что находящиеся в стране лица обязаны соблюдать законодательство страны, а также ценности саудовского общества, уважать его традиции и чувства. На практике это приводит к тому, что все в данной стране, в том числе иностранцы, вынуждены подчиняться даже исламским правилам ношения одежды. В этом отношении характерна также интерпретация публичного порядка, к которому, согласно судебным решениям, в ряде мусульманских стран (например, ОАЭ) относятся постулаты ислама.

Иными словами, на уровне конституционного законодательства права и свободы человека во многих мусульманских странах поставлены в рамки шариата, императивные нормы которого, фиксирующие запреты, являются одновременно и ограничителями прав и свобод человека. В наиболее полном виде такой подход получил закрепление в Основном регламенте о власти Саудовской Аравии, который в ст. 26 устанавливает, что государство защищает права человека в соответствии с исламским шариатом.

Данное ограничение установлено и официальными документами по правам человека, принятыми на уровне всего мусульманского мира. Например, Декларация прав человека в исламе, одобренная в августе 1990 г. на сессии министров иностранных дел стран — членов Организации исламской конференции (ОИК), в ст. 25 закрепляет, что шариат является единственным источником для толкования и разъяснения ее положений.

Исламские религиозно-нравственные ориентиры и нормы фикха серьезно корректируют реальное правовое содержание конституционных положений, касаю-

³⁵ См.: *Аз-Зухейли Мухаммад*. Права человека в исламе. Сравнительное исследование Всеобщей декларации и Исламской декларации прав человека. Дамаск-Бейрут, 1997. С. 366 (на араб. яз.).

щихся, в частности, свободы и равноправия. Так, ст. 7 кувейтской Конституции 1962 г. гласит, что справедливость, свобода и равенство являются основополагающими устоями общества. Одновременно в ст. 29 установлено, что люди обладают равным достоинством и равны перед законом в публичных правах и обязанностях, а дискриминация по признаку пола, происхождения, языка или религии исключается. Казалось бы, принцип равенства закреплен в однозначной и безусловной форме. Но данные положения нельзя толковать в отрыве от содержания ст. 12, которая устанавливает обязанность государства охранять исламское и арабское наследие и тем самым ставит принцип равенства в рамки норм шариата.

С учетом сказанного вполне естественными являются особая забота, проявляемая во многих мусульманских странах, об охране исламских религиозных символов и святынь, а также решительное предупреждение любых действий, которые могут поколебать незыблемость религиозных устоев общества. Нередко такой курс закрепляется на законодательном уровне. В качестве примера приведем закон ОАЭ от 1978 г. № 18 о преступлениях, затрагивающих исламскую религию. Этот закон устанавливает серьезную ответственность не только за посягательство на учение ислама и его очевидные устои, но и за миссионерскую деятельность с целью распространения иных религиозных убеждений. В Пакистане ответственность за богохульство и оскорбление мусульманских святынь предусмотрена поправками, внесенными в 80-х годах прошлого века в Уголовный кодекс 1860 г., и регулярно применяется на практике.

Показателен в этом отношении пример Кувейта. Принятый здесь в марте 2006 г. Закон о печатных изданиях и распространении информации запрещает публиковать любые материалы, посягающие на деяния и атрибуты Аллаха, задевающие честь признаваемых исламом пророков, сподвижников пророка Мухаммеда и членов его семейства, а также представляющие догматические основы ислама в негативном свете.

Нетрудно заметить, что вполне очевидные противоречия между исламским подходом к правам человека и их либеральным юридическим пониманием непосредственно связаны с религиозными аргументами. Ведь именно точные, конкретные и однозначно понимаемые положения шариата, выступающие в глазах мусульман религиозными заповедями, прямо противостоят либеральным представлениям. Это касается, например, статуса женщин и немусульман, жестоких наказаний по исламскому праву за некоторые преступления, включая вероотступничество, права на жизнь.

Конечно, исламское право не сводится к императивным точным предписаниям шариата. Большинство его норм формулируется правовой доктриной на основе рациональной аргументации. Они отличаются изменчивостью и в принципе открыты к сближению с либеральными критериями прав и свобод человека. Но нельзя не видеть пределов такой эволюции, которые заданы именно религиозными постулатами и касаются наиболее чувствительных сторон проблемы прав человека в их либеральной трактовке.

Современные теологические концепции прав человека: сходство и различие

Анализ ведущих особенностей современного теологического понимания прав человека позволяет отметить в концентрированном виде специфику подхода основных религий к этому вопросу и сопоставить их позиции.

Вполне очевидно, что для буддизма проблема прав человека выглядит второстепенной, внешней по отношению к его мировоззрению. Протестантизм также проводит достаточно четкую грань между своим вероучением и правами человека, делая акцент на том, что Евангелие и данные права — разные вещи. Вместе с тем это направление христианства открыто признает все либерально трактуемые права и свободы человека, выражая готовность активно участвовать в их современном развитии, прежде всего в отношении свободы совести. Для протестантизма, отличающегося большей, по сравнению с иными религиями, приверженностью принципам индивидуализма, реализация прав человека в мирских делах выступает своего рода продолжением веры. Не будет преувеличением сказать, что сфера прав человека для него является примером «светской веры» или, по крайней мере, светским проявлением веры.

Не случайно современная протестантская мысль практически не критикует либеральную идею прав человека, а лишь балансирует ее указанием на необходимость служения человека обществу. Одновременно обсуждаемый вопрос, в отличие от буддизма, занимает важное место в современной протестантской идеологии. Разумеется, она придает понятию прав человека религиозную окраску: в качестве основы указанных прав рассматривается естественное право как отражение божественной воли, достоинство даровано человеку Богом, является неотъемлемым и играет роль критерия равенства всех людей.

Католицизм в целом признает большинство прав человека в их либеральном понимании, считая ключевым среди них право на жизнь. По сравнению с протестантизмом, католическая мысль уделяет значительно большее внимание увязке прав человека с моральными и духовными ценностями. Вместо обоснования принципов индивидуализма она выдвигает идею субсидиарности и делает особый акцент на социальных, а не на индивидуальных правах и свободах человека.

Одновременно для католицизма крайне важна концепция общего дела и коллективной взаимопомощи. В отличие от протестантизма, он достаточно осторожно, если не сказать критически, оценивает принцип приватизации религии и последовательного отделения религии от государства. Скорее наоборот, католицизм настаивает на том, что власть в своей политике должна ориентироваться на совесть и моральные критерии. Вряд ли случайно он уделяет пристальное внимание ориентации образования на духовные ценности, подчеркивает служебную роль института прав человека как средства для усвоения божественной истины, торжества морали, духовности и утверждения Богом установленного порядка.

В сравнении с другими течениями христианства православие занимает самую критическую (порой даже непримиримую) позицию по отношению к либеральной концепции и практике прав человека. По его мнению, либерализм открывает дорогу к моральному разложению и греху. Православная мысль, по сути, противопоставляет правам человека в либеральной трактовке религиозную традицию и нормы веры. Если католицизм призывает человека при реализации прав и свобод не забывать о своем моральном долге, то православие считает приоритетными именно нравственно-духовные ориентиры. Их оно, безусловно, ставит выше прав человека в либеральном понимании как в целом чуждых российскому менталитету, второстепенных и даже сомнительных.

Только нормы веры, считает современная православная мысль, должны стать основой жизни российского общества. Поэтому она отвергает принцип последовательного разделения мирского и религиозного, а также стремится к нахождению современной формулы взаимоотношений церкви и государства в русле традиционной православной идеи симфонии.

Современное исламское правопонимание формально признает большинство прав и свобод человека в их либеральном понимании, но ставит их в зависимость от соблюдения императивных предписаний шариата, что существенно меняет саму природу института прав человека. Хотя ислам видит важные в правовом отношении различия между религиозной и мирской сторонами жизни человека, но принципиально их не разделяет. В частности, свобода религии понимается исламской юриспруденцией не только как право на исповедание веры и совершение религиозных обрядов, но и свободное (иногда и обязательное) следование исламским традициям в мирской жизни (например, относительно женской одежды).

Кроме того, со ссылкой на императивные положения шариата исламская концепция прав человека трактует принцип равенства по-своему, придерживаясь не строго юридических, а, скорее, социально-нравственных критериев. Положенная в основу данной концепции идея справедливости закрепляет, по существу, правовое неравенство между мусульманами и представителями иных вер, мужчиной и женщиной по ряду вопросов.

Наконец, не следует забывать, что в мусульманских странах ислам за редкими исключениями признан государственной религией и прямо влияет на принимаемое в них законодательство. Такой статус ислама (а значит, и практика реализации прав человека) принципиально отличается от иных современных религий, взгляды которых на права человека сами по себе не связывают светские государственные институты и действующее в той или иной стране позитивное право.

Очевидно, ближе всего к последовательно юридическому пониманию прав человека подходит современная протестантская мысль, а дальше других от указанного подхода отстоят православие и ислам. Весьма показательным, что протестантизм в открытой форме критикует православные и исламские взгляды на эту проблему. Православие, в свою очередь, резко негативно оценивает протестантский подход к правам человека. Когда же исламская мысль противопоставляет свое видение данного вопроса либеральной идее, то она спорит, по сути, с протестантской концепцией прав человека.

* * *

Подводя предварительный итог анализа современного понимания прав человека ведущими религиями, мы считаем, что есть основания констатировать: их позиции в той или иной степени отличаются от либерального юридического подхода к этому институту. При этом концепции различных вер не просто не совпадают, но нередко вступают в прямой конфликт друг с другом.

П. Элефтериадес

профессор права,
Мэнсфилдский
колледж Оксфордского
университета

Парламентский суверенитет и Конституция

Доктрина парламентского суверенитета парламента Соединенного Королевства (СК) часто представляется как уникальное правовое явление. Признавая надделение английского парламента всей полнотой власти, мы тем самым как бы исключаем всякое его сравнение с Конгрессом США или немецким бундестагом, полномочия которых ограничены конституциями этих государств. Представляется, что Парламент СК определяет право страны безоговорочно и неограниченно. Однако более пристальное изучение суверенитета парламента показывает, что подобное впечатление ошибочно. Природа неписаной британской конституции абсолютно идентична писаным конституциям США или Германии. Английская доктрина парламентского суверенитета не ограничивается единственной доминирующей идеей, а включает в себя совокупность взаимосвязанных принципов, которые и составляют высший закон государства. Способ взаимодействия этих принципов аналогичен взаимодействию основных поправок к Конституции США или Основного закона Германии. Конституция — писаная или неписаная — никогда не требует создающего ее полномочия, обладающего высшей юридической силой. Источником конституции является право, порожденное сочетанием моральных и политических принципов, которые служат животворной силой для функционирования государственных институтов.

Ключевые слова: доктрина парламентского суверенитета, А. Дайси, верховенство права, конституционное право, писаные и неписаные конституции, парламентский закон (статут), ограничения, ответственность.

Доктрина парламентского суверенитета Парламента Соединенного Королевства (далее — Парламент СК; Парламент) часто представляется как уникальное правовое явление, беспрецедентное в сфере сравнительного конституционного права. Признавая надделение безусловной властью Парламента в Вестминстерском дворце, мы тем самым как бы исключаем всякое сравнение с Конгрессом США или немецким бундестагом, чьи полномочия тщательно регламентируются конституциями этих стран. Таким образом, создается впечатление, что парламентский суверенитет Великобритании уникален и является результатом неписаной конституции. Подобные воззрения я называю классической точкой зрения. Однако более пристальное изучение предпосылок парламентского суверенитета показывает, что подобный вывод безоснователен.

Если парламентский суверенитет рассматривать в качестве правовой доктрины (а не социологического или исторического факта), то следует признать, что он должен опираться на ряд определенных компетенций, которыми наделен Парламент как государственный институт. Эти законодательные компетенции состоят из полномочий и ограничений, наделяют Парламент властью и в то же время ограничивают ее. Иными словами, все легитимно созданные парламенты имеют ограниченные полномочия. Парламент в Вестминстере также располагает конституционно ограниченными полномочиями, подобно парламентам в Германии или США.

Классическая точка зрения основывается на теории А. Дайси, рассматривающей суверенитет в контексте иерархии государственной власти или делегирования властных полномочий. Эта теория исходит из идеи: для того чтобы стать высшим законом государства, конституция должна опираться на особое, отличающее его от других и обладающее высшей юридической силой властное полномочие (*pouvoir constituant*). Однако можно убедиться, что эта классическая точка зрения не в состоянии разрешить хорошо известную проблему: доктрина парламентского суверенитета представляется единственной вещью, которую Парламент изменить не в силах. Но что же тогда означают разговоры о всемогуществе Парламента? Ведь есть то, чего он сделать никак не может, а именно — изменить условия своей собственной власти. Его полномочия представляются в определенном смысле неизменными. Эти условия не подлежат правомочным конституционным изменениям. Если это так, то Конституция СК является одновременно и самой гибкой, и самой консервативной, не склонной к изменениям.

Данный парадокс был выявлен в судебном решении Палаты Лордов по делу *Джексона*¹. Истцы заявляли, что Парламент был неправомочен принимать законы, ограничивающие полномочия Палаты Лордов. Логика их аргументации полностью соответствовала ортодоксальной теории Дайси: Парламент не может менять условия осуществления своих законодательных полномочий. Тем не менее, Палата лордов единогласно отвергла подобную точку зрения на парламентский суверенитет и постановила, что Парламент может менять правила собственной процедуры. Вследствие этого все акты, принятые в соответствии с процедурой принятия парламентских актов, являются ординарными законами, даже если они появились в результате определенного вмешательства в парламентский суверенитет. Таков теперь закон, по крайней мере в том, что касается СК. Но вопросы общего порядка, возникающие в связи с этой проблемой, требуют более тщательного философского анализа, поскольку говорят нам нечто важное о конституциях и конституциональных изменениях в целом. Начать следует с того, как сам Дайси формулировал данную проблему.

Теория А. Дайси

Дайси дает следующее определение парламентского суверенитета: «Принцип суверенитета Парламента означает всего лишь, что Парламент уже в силу самого своего определения (т.е. Король в Парламенте) имеет право, согласно Конституции Великобритании, принимать или отменять любой закон. Кроме того, ни одно

¹ Jackson and Other v. Attorney General (2005) UKHL 56 (2006) 1 AC 262.

лицо или орган не имеет права, согласно праву Англии, отменить или проигнорировать законодательный акт, принятый Парламентом»².

Дайси отмечает, что подобное определение имеет как положительный, так и отрицательный аспекты. Положительный относится к полномочию или совокупности полномочий принимать действующие законы. Отрицательный касается иммунитета или совокупности иммунитетов в отношении всех и каждого, включая суды, влиять на действительность или предполагаемые последствия законов, принимаемых Парламентом. Мы можем перефразировать высказывание Дайси о полномочиях и иммунитетах следующим образом.

1. *Полномочия*: Парламент располагает всеобъемлющими и исключительными законодательными *полномочиями* — принимать, изменять и отменять любой закон.

2. *Иммунитет*: Парламент обладает всеобъемлющим и исключительным *иммунитетом* в сфере законодательства в отношении любого лица или органа — принятые парламентом законы не могут быть изменены или отменены ни одним лицом или органом.

Дайси не употреблял понятий «полномочия» и «иммунитеты». Но он определил проблему более или менее в данных терминах, когда отметил положительный и отрицательный аспекты (т.е. полномочия и иммунитет), оба из которых носили полный и абсолютный характер. После продолжительных дискуссий и обмена мнениями с юристами, рассмотрения соответствующей судебной практики, что подтверждало его интерпретацию английского права, он сделал следующее заключение: «Парламентский суверенитет является, таким образом, неоспоримым правовым фактом. Он абсолютен как в положительном, так и в отрицательном смысле. Парламент правомочен заниматься законотворчеством по любому вопросу, который он сочтет необходимым для законодательства. Не существует власти, которая, согласно Конституции Великобритании, может соперничать с законодательным суверенитетом Парламента. Ни одно из ограничений, якобы правомерно наложенных на абсолютную власть Парламента, в действительности не существует и не находит подтверждения ни в своде законов, ни в судебной практике»³.

Дайси полагал, что это определение является полным. В настоящее время оно общепризнано как классическое выражение доктрины парламентского суверенитета.

Но остаются сомнения в непререкаемости теории Дайси в общем и целом. Многие авторитетные теоретики и ученые в области конституционного права отмечали, что оно оставляет открытыми некоторые вопросы. Лэтэм и Хьюстон заметили, что эта точка зрения представляется состоятельной лишь в силу того, что опирается на неопределенность самого термина «парламент»⁴. Независимо от них Джон Финнис показал, что любое определение основ правового порядка требует дополнительных инструментов, которые он называет правилами идентификации, с тем чтобы объяснить действующему Парламенту законодательство, принятое его пред-

² Dicey A.V. Introduction to the Study of Law of the Constitution. 8th ed. L.: Macmillan, 1915. Reprinted Indianapolis: Liberty Fund, 1982. P. 3–4.

³ Dicey A.V. Introduction... P. 24–25.

⁴ См.: Latham R.T.E. The Law and the Commonwealth. Oxford: Oxford University Press, 1949. P. 522–525; Heuston R.F.V. Essays in Constitutional Law. 2nd ed. L.: Stevens, 1964. P. 1–3.

шественником⁵. Эти возражения высвечивают, на наш взгляд, две очень серьезные структурные проблемы, связанные с определением Дайси.

Первое — что такое Парламент и когда он действует? С точки зрения стандартной практики принято считать, что Парламент означает Палату Лордов, Палату Общин и Королеву, действующих сообща согласно законодательным процедурам. Это означает, что группа граждан (которая в качестве индивидов на митинге или собрании не обладает законодательными или конституционными полномочиями), в определенное время созданная в качестве государственного института, а именно — Парламента (на основе определенных правил и при определенных обстоятельствах), наделяется законодательными полномочиями в качестве «Королевы в Парламенте», т.е. приобретает статус высшего законодательного органа. Когда Парламент осуществляет свои законодательные полномочия, мы получаем в результате акт Парламента. Поэтому данная группа граждан (выбранная в Парламент. — *Примеч. пер.*) не поступает с правом по своему усмотрению, а осуществляет законотворческую деятельность, подчиняясь правилам своего собственного органа и ряду процедур. Как отмечает Ричард Лэтэм, «Король, Палата лордов и Палата общин, собравшись на совместное заседание и приняв решение большинством голов — или даже единогласно, — не смогут тем не менее принять никакого закона»⁶, если подобное совместное заседание не следует законодательным процедурам.

Дайси не проводит различия между группой или собранием индивидов и результатом надлежащей законодательной процедуры. Когда он говорит о праве Парламента принимать или отменять любые законы, его можно понять так, что Парламент может решать, как заниматься законотворчеством по своему усмотрению, т.е. имеет двойное полномочие принять или не принять закон, а затем отменить его. Но ни одно лицо или группа лиц не обладают такими полномочиями. Парламент — это институт, связанный своими организационными и процедурными нормами. Когда Дайси заявляет, что власть Парламента не может быть оспорена, он прав в том, что касается результата работы Парламента, выражающегося в форме парламентского акта, но ошибается в отношении Парламента как института.

Иногда институт (но не акт) оказывается в затруднительном положении. Например, если бы Парламент принял резолюцию с целью аннулировать парламентский акт, то он не смог бы сделать это на законном основании. Но вместе с тем было бы неправильно утверждать, что Парламент никогда не оказывается в таком положении, когда он действует в качестве законодательного органа, что, пожалуй, и является выражением парламентского суверенитета (т.е. когда обе палаты Парламента одобряют проект закона каждая по отдельности согласно действующим процедурам и получают королевскую санкцию).

Мы не располагаем иными средствами определения, действовал ли Парламент успешно в качестве законодательного органа, кроме как путем анализа того, стал ли результатом его действий правомерно принятый акт Парламента. Поэтому мы ретроспективно говорим, что некий документ представляет собой акт Парламента, и, поскольку были соблюдены все процессуальные и другие правила и условия, он явился результатом деятельности законодательного органа. Но это всего лишь

⁵ См.: *Finnis J. Revolutions and Continuity of Law / AWB Simpson (ed.). Oxford Essays in Jurisprudence: 2nd Series. Oxford: Clarendon Press, 1973. P. 44–76.*

⁶ *Latham R. T. E. The Law and the Commonwealth. P. 523, n. 3.*

иной способ сказать, что Парламент, действуя в качестве института, принял акт Парламента в соответствии с надлежащей процедурой. «Институт» и «акт» остаются единственными активными понятиями, а идея законодательного органа целиком зависит от них. Не существует такой вещи, как суверенный законодательный орган, который можно противопоставить Парламенту как институту или акту Парламента.

Английское право признает данный факт. Это подтверждается знаменитым делом о парламентской привилегии — делом Стокдейла и Хэнсарда, все детали которого хорошо известны со студенческих лет каждому юристу общего права⁷. В ходе опровержения утверждений, что парламентская привилегия Палаты Общин не подлежит никакому судебному контролю, судья Лорд Денмэн сказал: «Верховенство Парламента — утверждение, лежащее в основе иска, — представляется мне абсолютно опровергающим его (т.е. иск), поскольку Палата общин — это не Парламент, но лишь его составная и координирующая часть»⁸. Судья Пэттесон заявил, что Палата общин «является большим жюри нашей нации и может заниматься расследованием всех правонарушений и проступков в любой сфере и, конечно, это относится и к судам, и к любым их членам; но она не может, сама по себе, исправлять подобные нарушения или наказывать за них; она может лишь выдвинуть обвинение или инициировать расследование предполагаемого правонарушения в соответствующем суде или совместно с другими ветвями законодательной власти попытаться исправить негативное явление путем принятия нового закона»⁹.

Это дело подтверждает, что согласно конституционной традиции Соединенного Королевства верховенство Парламента — это нечто определенное и ограниченное законом. Этот закон, который должен быть основополагающим конституционным законом, определяет, что такое Парламент и каким образом он может принимать действующие парламентские акты. Поэтому есть вещи, которые одна Палата общин не может сделать, и это означает, что даже самые благие намерения доминирующей составной части парламента — Палаты Общин — не имеют никаких юридически значимых последствий. В этом смысле, несмотря на определение Дайси суверенитета Парламента с точки зрения его цели или намерений, доминирующий элемент суверенного органа не является всемогущим. Выражаемые им желания или директивы не создают закон и не являются законотворчеством. Утверждать обратное означает путать действия Парламента с актами Парламента.

Дайси, несомненно, знал о судебных ограничениях привилегий Парламента и отдавал себе отчет, что это представляет определенную трудность для его теории суверенитета, хотя и не осознавал всей серьезности этого. Он говорил, что «существует определенная трудность в точном определении абсолютной эффективности, которую суды признают в отношении решений каждой палаты»¹⁰. Тем самым он хочет показать, что простое решение Палаты Общин не является законом (что справедливо), но он не делает из этого очевидного вывода. Если Палате Общин — основной части Парламента и основы его власти — отказывают в приоритетном

⁷ 9A & E.1. См. также: *Keir D.L., Lawson F.H. Cases in Constitutional Law*. 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1954. P. 127–140.

⁸ *Keir D.L., Lawson F.H. Cases in Constitutional Law*. P. 127.

⁹ *Op. cit.* P. 130.

¹⁰ *Dacey A.V. Introduction...* P. 14.

положении как институту, занимающемуся законотворчеством, когда его намерения ясны и неоспоримы, каково же тогда содержание и смысл суверенитета? Если Палата общин находится на вершине иерархии законодательной власти, почему она должна подчиняться процедурам процесса законотворчества?

Предположение, что деятельность Парламента определяется высочайшим законом — Конституцией — и не находится вне действия закона, находит подтверждение в делах по оценке судами действительности акта Парламента. В связи с делом Уочопа Лорд Кэмпбелл высказал следующее: «Все, что может сделать суд, — это рассмотреть парламентский Протокол; если из него следует, что проект закона прошел через обе палаты и получил королевскую санкцию, то никакой суд не может расследовать ни то, каким образом он был представлен в Парламент, ни то, что там происходило до момента его представления, ни то, что происходило в Парламенте по мере различных этапов его прохождения через обе палаты Парламента»¹¹.

Высказывание Лорда Кэмпбелла противоречиво, поскольку относится сразу и к Парламенту, и к продукту его деятельности — парламентским актам. Тем не менее, его слова следует понимать таким образом, что хотя суды не могут рассматривать целесообразность внутренних парламентских процедур, они должны проанализировать, является ли представленный акт действительно актом Парламента, т.е. прошел ли он на самом деле через обе палаты и получил ли королевскую санкцию. И, по крайней мере, после дела Принса (*Prince' case*) суды проверяют, прошел ли законопроект процедуру в соответствии с действующими правилами законодательной ветви власти¹².

Суды не полагаются лишь на слово Clerk of Parliament. В деле Тайного Совета (Privy Council) «Комиссар по борьбе с взятками против Ранасингха» судья Пирс заявил, что «законодательный орган не вправе не учитывать условия процесса принятия закона, которые устанавливаются инструментом, регулирующим законотворческую компетенцию»¹³. Таким образом, задача судов — удостовериться, что законодательный акт действительно является таковым по существу, т.е. принят в соответствии с нормами, регулирующими законодательный процесс. Это основополагающая и бесспорная часть британского конституционного права, которое справедливо связывается с принципом верховенства права, но которое не входит в определение парламентского суверенитета Дайси в том, что касается правомочий (1) и иммунитета (2), поскольку суды, вероятно, могут пересматривать (review) волю и намерение Парламента (хотя сам парламентский акт не может пересматриваться и оспариваться судом).

Судья Уильям Уэйд справедливо посчитал, что этот изъян в доктрине Дайси носит серьезный характер и предложил способ его устранения. Что представляет собой Парламент и каким образом он принимает парламентские акты — это сфера не политики, а права. Таким образом, Уэйд исходит из предпосылки, что высший конституционный закон, регулирующий взаимоотношения статутов (законов) и общего права, имеет приоритет над ними обоими. Без подобной нормы не существует способа объяснить, каким образом мы вообще можем проигнорировать (set

¹¹ *Edinburgh & Dalkeith Ry. v. Wauchope* (1842) 8 Cl. & 710, discussed by Heuston 17 ff.

¹² *The Prince's Case* (1606), 8 Co. Rep. 1a, at 20b. See also *Harris v. Minister of the Interior and Another* 1952 (2) SA 428.

¹³ *Bribery Commissioner v. Ranasinghe* [1965] AC 172, at 197.

aside) любой закон — новый или старый. Такое определение находится в компетенции высшего закона, не в смысле высшего закона морали, как в идее Корвина о высшем законе, но в смысле регулирующего закона¹⁴. В этом смысле конституционный закон является высшим законом исключительно в силу того, что он организует архитектуру правопорядка в целом как единой системы. В таком же смысле о нем говорит и Брюс Акерман, когда описывает процесс внесения конституционных поправок как «высшую стадию законодательного процесса»¹⁵. Если такой высший закон существует и определяет, как мы создаем и корректируем нашу Конституцию, возникает вопрос, как можно изменять этот высший закон.

Вывод Уэйда прост, но поражает своей оригинальностью. Норма, требующая соблюдения законов (статут) судами, является одной из основополагающих норм, на которой зиждется вся правовая система и которая не подлежит никаким изменениям в законодательном порядке, поскольку она находится вне сферы действия ординарных законодательных процедур¹⁶. Уэйд заключает: «Если ни один закон не может установить норму, согласно которой суды обязаны исполнять акты Парламента, то точно так же никакой закон не может изменить или отменить эту норму. Норма находится выше и вне пределов действия статута (закона), как это прекрасно показал Сэлмонд, поскольку сама является источником власти закона (статута). Это само по себе относит ее к категории норм общего права, а кажущийся явным парадокс, что она не может быть изменена Парламентом, оказывается тавтологией (само собой разумеющимся. — *Примеч. пер.*)»¹⁷.

Как может быть, чтобы высший закон — Конституция — не мог изменяться? Точка зрения Уэйда является очень странным *prima facie*. Ясно, что эта идея не «тавтология». Существует множество теоретических вопросов, связанных с высшим законом, которые не решаются с помощью идеи Сэлмонда о законотворчестве на основе судебных решений. В более поздних работах Уэйд повторял, что нормы, на основе которых создан и действует Парламент, настолько важны, что они находятся вне пределов его полномочий. Они — «основа Конституции» и не могут быть законно изменены даже парламентским актом. Уэйд писал, что «Парламенту тщетно заставлять судей не признавать действительности будущих актов Парламента, противоречащих Биллю о правах или праву Европейского Союза, если судьи обычно полагают, что более поздние акты имеют приоритет перед более ранними, и намереваются и впредь действовать подобным образом. В этом важнейшем вопросе именно судьи обладают суверенитетом»¹⁸. Так Уэйд с правовой точки зрения объясняет, почему Парламент не может обязывать сам себя.

¹⁴ См.: Corwin E.S. The «Higher Law» Background of American Constitutional Law. Ithaca; N.Y.: Cornell University Press, 1955. P. 89.

¹⁵ Ackerman B. 'Higher Lawmaking' in Sanford Levinson (ed.), Responding to Imperfection: The Theory and Practice of Constitutional Amendment. Princeton: Princeton University Press, 1995. P. 63. См. также: Ackerman B. We The People: Foundations. Cambridge; Mass.: Harvard University Press, 1991 (высшее право соотносится с различием между обычной политикой и конституционной политикой).

¹⁶ См.: Wade H.W.R. The Basis of Legal Sovereignty // Cambridge Law Journal. 1955. P. 172, 187. (В этих рассуждениях можно усмотреть аналогию с «первичной нормой» Г. Кельзена. — *Примеч. пер.*)

¹⁷ Op. cit. P. 187—188.

¹⁸ Wade H.W.R. Constitutional Fundamentals. L.: Stevens, 1980. P. 26—27.

Дайси не рассматривал подобные вопросы. Тот факт, что всемогущий Парламент связан правовыми нормами, создавшими его (и, пожалуй, может быть не в состоянии изменить их), не являлся частью его взглядов на конституционные изменения. Его точка зрения относительно неизменности суверенитета основывалась на предпосылках в сфере логики и фактов, а не права. Он писал, что «основополагающие или так называемые конституционные законы могут согласно нашей Конституции меняться тем же самым органом и тем же самым способом, что и другие законы, а именно Парламентом, действующим в своем обычном качестве законодательного органа»¹⁹. Но если не существует различий между конституционными и обычными законами, тогда, вероятно, Парламент может в конечном счете ограничивать себя собственными обязательствами. Дайси не касается этой проблемы.

Защитники ортодоксальной теории встают, таким образом, перед дилеммой. Либо они на стороне Дайси, для которого парламентский суверенитет непреложен, так как является внеправовым логическим и историческим фактом. Либо присоединяются к Уэйду, для которого неизменность суверенитета основывается на особой конституционной доктрине.

Мы не можем проигнорировать эту дилемму. Вопросы, касающиеся роли Парламента как законодательного института, были в центре недавних дискуссий о парламентских актах 1911 и 1949 г. Как известно, Парламент в обстоятельствах, predetermined этими актами, принимает законы без согласия Верхней Палаты. Парламентские акты не меняют состав Парламента как института, не меняют они и факт парламентского суверенитета (это отмечает Дайси в кратком обзоре данных актов в предисловии к 8-му изданию своей книги)²⁰. Эти акты всего лишь изменили законодательную *процедуру*, отменив вето Палаты Лордов. Но Уэйд возражал. Он настаивал, что законодательная процедура требует согласия всех трех ветвей власти (поскольку суверенитет является неизменно конституционным и основополагающим), и для него результаты парламентских актов — это делегированное законодательство²¹.

В настоящее время такая точка зрения отвергнута всеми судьями, занимавшимися делом Джексона, а затем окончательно и Палатой Лордов²². С точки зрения конституционного права Акт Хантинга 2005 г. является не делегированным законодательством, а подлинным актом Парламента, подобным всем другим парламентским актам. Это решение содержит важный конституционный смысл. Оно отвергает как теорию Уэйда, так и концепцию Дайси. Я обращаю здесь на это внимание, чтобы показать, что концепция суверенитета Дайси нуждается в совершенствовании для более четкого понимания сути Парламента. То же самое отмечал и Ричард Лэтэм, который указывал, что суверен в Соединенном Королевстве представляет собой не «реальное лицо», а некий орган, назначение которого «должно включать провозглашение норм и правил для удостоверения его воли, и эти нормы, в силу того, что их соблюдение служит условием действительности принимаемого им законодательства, являются нормами права, логически предшествующими ему»²³. Это не просто вопрос факта, но вопрос конституционного права.

¹⁹ Dicey A. V. Introduction... P. 37.

²⁰ См.: Op. cit. P. xlii.

²¹ См.: сн. 18, 28.

²² Jackson and Others v. Attorney General, 2005 UKHL 56, 2006, 1 AC 262.

²³ Latham R. T. E. The Law and the Commonwealth. P. 523.

Проблема определения сути Парламента и фиксации его законодательных и конституционных полномочий и иммунитетов является лишь первой в ряду проблем, возникающих в связи с теорией Дайси. Вторая проблема имеет отношение к идентификации того, что представляет собой право. Согласно взглядам Дайси, Парламент обладает всей полнотой власти принимать любые законы по любому поводу. Тем не менее, как пояснил Джон Финнис, конституционный порядок представляет собой нечто значительно большее, чем полномочия принимать законы на будущее. Конституция также нуждается в нормах, касающихся признания и непрерывности действия законов, принятых ранее. Действующие законы создавались при прежнем органе или каким-то иным, отличным от настоящего способом, который в то время был признан законным. Тот факт, что прежние законы до сих пор действуют, зависит от норм, регулирующих непрерывность (преемственность). Такие нормы предполагают, что правопорядок не определяется полностью каким-то лицом или органом, в данное время обладающим законодательной властью на высшем уровне.

Это означает, что всесторонняя оценка любой Конституции должна включать не только то, сколько новых законов принято, но и то, как до сих пор действуют ранее принятые законы, хотя они создавались в другой, теперь уже устаревшей конституционной системе, т.е. при старом Парламенте или в условиях ныне измененной процедуры. Следовательно, в дополнение к ряду наделяющих властью полномочий любая Конституция нуждается в отдельной норме или нескольких нормах, которые наделяют не властью, а обязанностью продолжать соблюдать ранее принятые законы, даже если институты, которые приняли их, прекратили свое существование. Финнис пояснял это следующим образом: «Но мы уже видели, что существует еще один элемент, а именно норма идентификации, которая не является нормой компетенции органа, поскольку не наделяет его никакими полномочиями, но самостоятельно идентифицирует и придает юридическую силу в настоящее время нормам, созданным в прошлом законодательным органом, который был тогда, но, возможно, теперь более не правомочен (согласно норме компетентности) создавать эти нормы и правила»²⁴.

Итак, основная конституционная система Соединенного Королевства не может просто включать в себя нормы, наделяющие Парламент властными полномочиями. Она должна еще содержать ряд норм, устанавливающих обязательства по отношению к уже существующим законам. Совершенно очевидно, что такие нормы идентификации должны дополняться нормами об изменениях и законодательскими компетенциями. Согласно доктрине парламентского суверенитета, любой существующий закон может быть изменен действующим Парламентом. Но до тех пор пока такие изменения не внесены, прошлые нормы продолжают действовать на условиях, установленных на момент их принятия. Это может включать и Конституцию, и другие законные средства, устаревшие и отмененные на данный момент. Это предполагает также, что способ, с помощью которого решения высшего законодательного органа должны интерпретироваться и взаимодействовать с ныне действующими законами, также устанавливается уже ранее принятыми законами. Новое законодательство занимает свое место в системе старых правовых норм и

²⁴ *Finnis J. Revolutions and Continuity of Law. P. 58.*

принципов, включая конституционные принципы, которые регулируют отношения между исполнительной, законодательной и судебной ветвями власти.

Совокупность этих аргументов убеждает в том, что классическая доктрина парламентского суверенитета, по крайней мере, является неполной. Дайси говорит, что Парламент обладает абсолютной властью создавать законы и абсолютным иммунитетом по отношению к судам. Обычно это трактуется таким образом, что законы в Соединенном Королевстве имеют только один-единственный или всего один доминирующий источник. Джеффри Голдсуорси, например, заключает свой блестящий исторический обзор парламентского суверенитета утверждением, что последний представляет собой «норму признания» права СК. Он пишет, что «на протяжении многих веков между тремя ветвями власти в Великобритании существовал консенсус относительно толкования парламентского суверенитета как “нормы признания”, которую в том смысле, как понимал ее Г.Л.А. Харт, судьи не могли создавать и менять в одностороннем порядке»²⁵. Мы рассмотрели, тем не менее, две другие конституционные доктрины, которые также являются частью британского права и важными компонентами парламентской компетенции законодательства.

И характер, и состав Парламента зависят от действующего конституционного права и подчиняются ему. В отличие от судов Парламент как институт подлежит постоянному обязательству, запрещающему ему действовать в качестве законодателя вне парламентских актов, актов народного представительства и других норм, влияющих на его собственный состав. В тех случаях, когда Парламент действует в нарушение этого обязательства, его действия могут признать неправомочными в том смысле, что они будут неэффективны. Например, резолюция Парламента не может изменить акт Парламента. В этом суть различия, которое мы обычно проводим между деятельностью (actions) Парламента и актами Парламента. Это создает обязательство в том смысле, что последствия действий Парламента должны определяться судами, как это было в деле Стокдейла. Иными словами, суды имеют коррелятивную компетенцию (correlative power) приостановить некоторые действия Парламента как несовместимые с его возможной деятельностью по принятию актов Парламента. Действия, нарушающие эти организационные нормы, не являются актами Парламента и не имеют правовых последствий, даже если эти действия вменены Парламенту. Эти правоотношения обязывают и Парламент как институт, и его индивидуальных членов.

В любом случае Парламент не только пользуется преимуществами надления его властными компетенциями, но еще и действует в рамках многих обязательств, ограничений и ответственности: обязательства соблюдать действующие нормы; ограничения, связанные с запретом принимать парламентские акты без соблюдения установленных процедур; ответственность перед судами, удостоверяющими, что акт, принятый Парламентом, действительно является таковым. Классическая концепция, однако, не только не полна, но и ошибочна, потому что в соответствии с ней такие конституционные вопросы не опосредствуются правом. Дайси просто исходит из того, что суверенитет непоколебим. Уэйд объясняет, что это происходит в силу действия некой особой конституционной доктрины. Но обе точки зрения

²⁵ Goldsworthy J. *The Sovereignty of Parliament: History and Philosophy*. Oxford: Clarendon Press, 1999. P. 234.

противоречат судебному решению по делу Джексона, в котором мы обнаруживаем явное признание властных полномочий (и соответствующих обязательств) Парламента в сфере установки собственных правил законодательного процесса.

Чтобы понять, как дело Джексона нанесло поражение ортодоксальной доктрине, нам следует внимательнее рассмотреть его. Суды не могут проигнорировать действующий парламентский акт, как правильно подмечает Дайси. Но суды компетентны и обязаны определить, имеет ли акт Парламента юридическую силу в соответствии с действующим конституционным правом. Подобное ограничение вытекает из конституционных норм идентификации — норм, обращенных в прошлое. Парламент не обладает компетенцией в том, что касается идентификации ранее принятого закона, поскольку он должен признать действительность действующего в настоящее время закона, а не прежние законы, принятые старым составом Парламента или в рамках старой Конституции, даже если большинство нынешних его членов могут порицать эти прежние законы и желать их изменения. Парламент связан рядом законных ограничений, которые относятся как к верховенству права, так и к разделению властей и основным гражданских прав и свобод. Иммунитет, вытекающий из этих ограничений полномочий Парламента, самым непосредственным образом касается обычного гражданина страны и может оспариваться в любом суде.

Мы можем изложить данные положения следующим образом.

3. *Ответственность.* Парламент и его члены подчиняются контролю со стороны судов в том, что касается установления соответствия его деятельности и ее результатов действующим конституционным нормам, относящимся к законному вступлению в силу новых актов Парламента, на основе конституционных норм Парламента и его законодательных процедур.

4. *Ограничение полномочий.* Парламент не может отменить уже действующие законы до тех пор, пока не предпримет позитивных действий изменить их в соответствии с действующими процедурами. Сопряженность иммунитета Парламента и граждан выражается в том, что права и обязанности каждого гражданина могут меняться исключительно в соответствии с действующими конституционными нормами и процедурами.

Пункты 3 и 4 являются стандартными проявлениями верховенства права так, как оно применяется к правопорядку в целом. Кроме того, они проистекают из теории парламентского суверенитета, поскольку без них она просто лишена смысла. Положения этих пунктов признаны в Великобритании, но их можно найти в современных конституциях всех других государств. Они являются элементом рудиментарной структуры разделения властей, и оба подтверждены делом Стокдейла. Я полагаю, что Дайси отдавал себе отчет в их существовании и посвятил несколько страниц объяснению их действенности и изложению концепции верховенства права, как он понимал это, основываясь на работах авторитетных авторов. Но Дайси действительно верил, что верховенство права является неотъемлемой частью Конституции. Я не думаю, что он понимал, что эти пункты вытекают из главенства Парламента.

Тем не менее из предложенной формулировки кажется, что парламентский суверенитет и верховенство права имеют разнонаправленные векторы, поскольку п. 3 и 4 частично отрицают положения п. 1 и 2. Они не противоречат первой

части определения парламентского суверенитета, как его формулирует Дайси, а именно — широкой позитивной компетенции законодательной деятельности, но противоречат второй, гласящей, что «не существует власти... которая может соперничать с суверенитетом Парламента в законодательной сфере» или что «никаких ограничений, которые якобы могут быть наложены законом на абсолютную власть Парламента, в действительности не существует». Здесь Дайси абсолютно не прав. Такие полномочия явно существуют и принадлежат не только судам, но и любому элементу правовой системы. Они осуществляются по решению суда, как только Парламент попытается нарушить свою собственную процедуру или попытается неправомерно проигнорировать ранее принятый закон. Принцип верховенства права требует, чтобы Парламент был не всемогущим органом в смысле осуществления абсолютной власти и наличия непреложного иммунитета. Здесь речь идет о различии между действиями Парламента и его актами, которое всегда проводили английские суды.

Это следует из факта существования Парламента как конституционного законодателя. Сам состав Парламента как института устанавливается согласно закону и, следовательно, зависит от закона, действовавшего до заседаний Парламента. Это достаточно убедительно показывают аргументы, приводимые Лэтэмом, Хьюстоном и Финнисом. Парламент — и как группа представителей народа, и как сложный институт — создается обычно на основе уже действующих правил и поэтому связан законными обязательствами и ограничениями в соответствии с конституционной доктриной верховенства права и разделения властей. Всегда, когда Парламент принимает новый закон (акт), именно этот закон не подлежит контролю и пересмотру. Но другие действия и процедуры Парламента не освобождаются от контроля и рассмотрения со стороны судов. Широкое определение Дайси парламентского суверенитета не учитывает этого различия, и в этой мере оно ошибочно.

То, что верховенство права и разделение властей дополняют парламентский суверенитет, не удивляет. Фактически сегодня это признается ведущими британскими экспертами в области конституционного права²⁶. Под влиянием ортодоксальной точки зрения Дайси, хотя это и не часто признается, были сформулированы обе последующие доктрины, которые в конечном итоге ограничили первую. Нельзя сказать однозначно, что верховенство законодательного органа предшествует верховенству права и разделению властей. Они действуют совместно либо не действуют вообще.

Уэйд, в отличие от Лэтэма и Хьюстона, утверждал, что Парламент не может изменить «способ и форму» законодательного процесса. Это наиболее характерная черта доктрины континуитета (преемственности) парламентского суверенитета, согласно которой Парламент не может формулировать основные конституционные принципы, поскольку это ставит его на более высокое место в иерархии источников²⁷. Но данная точка зрения отличается от всеобъемлющей только тем, что признает ограничение полномочий Парламента, как это изложено в п. 4. Уэйд утверждает, что в качестве действующего закона высший конституционный закон обязывает Парламент в том смысле, что «если ни один закон не может уста-

²⁶ См., напр.: *Barendt E. Fundamental Principles / D. Feldman (ed.). English Public Law. Oxford University Press, 2004. P. 3, 30–43.*

²⁷ См.: *Hart H.L.A. The Concept of Law. 2nd ed. OUP, 1994. P. 149.*

новить норму, согласно которой суды подчиняются актам Парламента, то аналогичным образом ни один закон не может изменить или отменить эту норму. Эта норма выше и вне действия закона»²⁸. Иными словами, доктрина парламентского суверенитета сочетается с сугубо консервативной, если не сказать, рудиментарной доктриной разделения властей: суды должны учитывать пожелания действующего Парламента.

Нецелесообразно обсуждать здесь в подробностях причины, которыми Уэйд объяснял свою специфическую формулировку идеи высшего права. В любом случае его точка зрения поддерживает противоположное Дайси мнение, что суверенитет законно предопределен. Доктрина «континуитета парламентского суверенитета», которую разделяет Уэйд, постулирует существование нормы идентификации (описанную в «техническом смысле» Финниса), которая в качестве части британской Конституции определяет отсутствие у Парламента компетенции менять действующие нормы, касающиеся его состава и (законодательных) процедур, или другие условия, касающиеся методов и форм законотворчества. Таким образом, даже Уэйд признает (молчаливо или нет, это значения не имеет), что Парламент не является единственным обладателем (**Parliament is not just a holder**) **всех полномочий и иммунитетов** в законодательной сфере, и тем самым отвергает аргументы Дайси (п. 1 и 2). Вывод, к которому мы должны придти: даже Уэйд согласен с тем, что доктрина парламентского суверенитета Дайси ошибочна, поскольку он упускает из виду, что суверенитет создается и определяется Конституцией.

Простота Остина

Но вернемся к вопросу, как вообще стало возможным, чтобы аргумент Дайси — такой неадекватный — приобрел столь сильное влияние? Мы должны прокомментировать и объяснить это удивительное явление, представляющее собой, на наш взгляд, явную ошибку. Дайси совсем не был неопытным юристом или мыслителем²⁹.

Источником заблуждения Дайси в этом вопросе является, как представляется, не его невнимание к деталям, а то, что он полностью положился на общую теорию права Остина. Характер Вестминстерского Парламента определяется, по Дайси, логикой его суверенитета. Причина, почему современные юристы трактуют эти вопросы более четко, чем их предшественники, заключается в их безоговорочном отказе от командной теории права Остина и связанной с ней доктриной суверенитета.

Удивительно, что Ф.У. Мейтлэнд, который сформулировал свои взгляды на Конституцию еще до того, как теория Дайси получила широкую известность, был весьма критически настроен по отношению к теории суверенитета Остина. Мейтлэнд предложил противоположную точку зрения, которая значительно ближе к вышеизложенной, поскольку он рассматривал конституционное право как «живой организм, все части которого связаны между собой и зависят друг от друга»³⁰.

²⁸ *Wade H.W.R. The Basis of Legal Sovereignty*. P. 187.

²⁹ См., напр.: *Grove R.A. The Rule of Law: Albert Venn Dicey, Victorian Jurist*, Chapel Hill. The University of North Carolina Press, 1980.

³⁰ *Maitland F.W. The Constitutional History of England* / ed. by H.A.L. Fisher. Cambridge: Cambridge University Press, 1908. P. 539. Эти лекции были закончены в 1888 г. и не цитируют работу Дайси, первое издание которой было опубликовано в 1885 г.

Мейтлэнд полагал, что взгляды Остина на конституционное право слишком узки и включают только «те нормы, которые определяют состав суверенного органа»³¹. Но Дайси восхищался Остином. Он неоднократно ссылается на теорию последнего в своем изложении парламентского суверенитета³².

Как известно, Остин утверждал, что правопорядок существует тогда, когда суверен не подчиняется ничьим приказам, но приказам которого подчиняются все³³. В любой правовой системе, — считает Остин, — имеется лишь один источник законодательной власти, а именно — суверен. Право выражается посредством действий и заявлений суверена всегда, когда они эффективно доводятся до подданных в виде приказов. Остин писал, что «приказ отличается от других форм выражения желания не стилем выражения, а властью и способностью отдающей команду стороны причинить страдания или боль в случае невыполнения ее команды»³⁴. При такой модели источником права является воля носителя высшей политической власти.

Дайси замечает, что эта аргументация сосредоточена на реальности суверенитета, а не на его правовой конструкции: «Остин признает, что излагаемая им доктрина противоречит языку других авторов, писавших о британской Конституции»³⁵. Он отмечает, что Остин рассматривает в качестве составной части суверенного органа избирателей, а не Палату Общин. В результате, по словам Дайси, Остин смешивает правовой суверенитет с политическим. Политическим фактом является то, что Палата общин несет важные обязательства перед гражданами. Но это неважно для правового суверенитета.

Хотя Дайси тщательно отделяет свою конституционную теорию от общей теории права Остина (и подчеркивает, что в его трактовке суверенитет является правовой, а не политической концепцией), объяснение Дайси парламентского суверенитета опирается на ту же идею «суверена», на которую опирался автор теории «волюнтаристских директив», посредством непререкаемой власти которых создается правопорядок в целом³⁶. Аргументация Дайси неизменного характера суверенитета — это, по его же выражению, «логическая причина», целиком позаимствованная у Остина. Дайси говорит, что «ограниченный суверенитет» является, на его взгляд, «противоречием в употреблении терминов»³⁷. Он также отмечает, что «все, что может касаться умозрительных трудностей установления каких-либо ограничений на суверенитет, прекрасно изложено Остином и профессором Холландем»³⁸.

Итак, согласно Дайси, суверенитет Парламента, а не верховенство закона является «превалирующей характеристикой наших политических институтов»³⁹. Подобно суверену в правовой системе Остина, суверен в британской Конституции

³¹ Maitland F.W. Op. cit. P. 531.

³² См.: Dicey A.V. Introduction... P. 18, 26, 27, 28 29 and els.

³³ См.: Austin J. The Province of Jurisprudence Determined / ed. by W. Rumble. Cambridge University Press, 1995.

³⁴ Ibid. P. 21.

³⁵ Dicey A.V. Introduction...

³⁶ Ibid. P. 26—30.

³⁷ Ibid. P. 24, 27.

³⁸ Ibid. P. 18.

³⁹ Ibid. P. 3.

может менять любой закон. «Не существует такого закона, который не мог бы быть изменен британским Парламентом, либо (выражая то же самое несколько иным образом) основополагающие или так называемые конституционные законы по нашей Конституции меняются таким же образом, что и остальные законы, т.е. Парламентом, действующим в соответствии с его обычной законодательной процедурой»⁴⁰. Это приводит Дайси к отрицанию, что различие между основным законом и обычными законами, существующее согласно иным конституционным традициям, может быть применено к Соединенному Королевству.

В доказательство Дайси цитирует предположение Токвилля, что в Соединенном Королевстве Парламент представляет собой одновременно и законодательный орган, и учредительное собрание и выражает свое согласие с ним, поскольку «в английской (sic!) Конституции нет явно выраженного или недвусмысленного различия между законами, которые не являются основополагающими для конституционных, и законами, которые таковыми являются»⁴¹. Все, что хочет Парламент, становится законом. Концентрируясь на едином источнике права, система сохраняет свою удивительную простоту. Именно поэтому Дайси прямо отрицает существование высшего закона, который ограничивает или формирует эту систему. Доктрина парламентского суверенитета Дайси — результат логики и факта. В этом смысле его доктрина не совсем совпадает с взглядами Уэйда (хотя последний и приходит к аналогичному выводу). Суверенитет — это не правовая материя, а непреложный факт или «священная тайна государственности»⁴².

Тем не менее очевидно, что подобная теория не может объяснить ни британское конституционное право, ни любое другое право вообще (современное или недавно разработанное). Идея суверенитета по Остину неприменима к современному правопорядку, в котором функции и компетенции разделены между многочисленными органами и лицами. Парламент и его полномочия основываются на ранее принятых нормах, конституционных по своей природе. Уэйд подробно объяснил, как порядок приоритета статутов (законов) над обычным правом и приоритет более поздних законов над ранее принятыми (т.е. доктрина подразумеваемой отмены) зиждутся на чем-то более приоритетном, чем статут, и обладающем высшей юридической силой. Именно это Уэйд и признает конституционной основой.

Как только появляется идея основополагающего закона, встает ключевой вопрос, каким образом этот закон определяет Парламент и его полномочия. Нам необходимо знать, что важно для Парламента как института и в чем заключаются его действия, которые мы рассматриваем как законотворчество. Остин никогда не занимался подобными вопросами, поскольку они скрывались у него за предполагаемой политической реальностью суверенитета. Однако они возникают в рамках его собственной системы всякий раз, когда Остин пытается представить суверена не единственным лицом, а органом или коллективом. Но когда действует подобный орган? Когда все его члены согласны? Или простое большинство? Сколько его членов следует предупредить о предстоящем голосовании? Эти вопросы возникают еще и в связи с идеей Королевы в Парламенте, что может в совокупности являться сувереном.

⁴⁰ Ibid. P. 37.

⁴¹ Ibid. P. 37.

⁴² Ibid. P. cxvii.

Это не просто перечень каких-то фактов. Остин предполагает, что суверену подчиняются все (в силу его знания, опыта, силы или хитрости — значения не имеет). Его власть — это характеристика, которая помогает нам объяснить, что такое закон: это приказ, сформулированный и отданный в политическом обществе, когда в нем действует эффективный суверен. Но столь простое объяснение факта нельзя превратить в конституционную теорию. Мы не можем заменить личность суверена исключительно сложным коллективным органом — таким как Королева в Парламенте. Каков состав такого органа, кем он составлен, каким образом и посредством каких процедур действует — все это не может быть простым фактом реальности или практического опыта. Ответ на эти вопросы требует привлечения ряда сложных критериев. А в теории Остина отсутствует концепция, в рамках которой эти критерии могли бы быть разработаны.

Но Остин, разумеется, не рассуждал подобным образом. Известно, что он верил: коллективный орган может быть сувереном⁴³, хотя не имел об этом четкого представления, как было показано Лэтэмом⁴⁴. Группа лиц не может действовать приемлемым образом, если только она заранее не определила процедуры своих действий. Вот почему в основе действий всякого органа лежит общее правило определения своих собственных процедур. Это вносит определенную степень усложненности, которая отсутствует в схеме Остина.

Пытаясь определить ортодоксальную точку зрения на Парламент, некоторые теоретики в области конституционного права недавно вновь вернулись к простоте доктрины суверенитета Остина. Они утверждают, что хотя Парламент как орган является легальным сувереном, правила, определяющие, когда и как он действует, сами по себе не являются правовыми нормами. Эти аргументы свидетельствуют, что в СК не существует высшего закона, по крайней мере определяющего Парламент, в том смысле, какой мы здесь имеем в виду. При таком подходе Вестминстерский парламент весьма похож на суверена по Остину. И его состав, и законодательный процесс находятся вне сферы права и в лучшем случае регулируются нормами «позитивной морали».

Так, Ричард Икинс писал, что «никакая норма признания, ни обычное право не указывают, как действовать Парламенту в законодательной сфере»⁴⁵. Отсюда следует, что «Парламент не создается законом и то, каким образом он действует, не предписывается законом»⁴⁶. Но тогда каков же правовой компонент парламентского суверенитета? Икинс утверждает, что правовая доктрина включает лишь основную норму (Парламент имеет высшую законодательную власть), но не содержит объяснения, как эта власть должна осуществляться или что собой представляет Парламент. В результате суды, строго говоря, не обладают компетенцией выносить решения относительно действительности парламентских актов. Хотя подразумевается, что эти акты являются законами, они фактически, по мнению Икинса, всего лишь «процедура принятия решений, дополняющая общее согласие»⁴⁷. Данные акты, в

⁴³ *Austin J.* The Province of Jurisprudence Determined. P. 184.

⁴⁴ *Latham R. T. E.* The Law and the Commonwealth. P. 523–524.

⁴⁵ *Ekins R.* Acts of Parliament and the Parliament Acts // 123 Law Quarterly Review. 2007. P. 91, 105.

⁴⁶ *Ibid.* P. 101.

⁴⁷ *Ibid.* P. 108.

силу этого, представляют собой нечто, чего не должны касаться суды, но что может позволить Спикеру принять решение без контроля со стороны суда: «Акт 1911 г. представляет собой закон (статут), а обязанность судов толковать его. Этот закон, тем не менее, касается процесса, посредством которого Королева, Палата лордов и Палата общин занимаются законодательной деятельностью. Таким образом, хотя в том, что касается толкования закона, этот вопрос *prima facie* подлежит судебному рассмотрению, в конечном итоге он неподсуден, поскольку вопросы толкования слишком тесно связаны с деятельностью Парламента, а это суды должны оставить законодателям»⁴⁸.

Предложение Икинса возвращает нас, таким образом, к простоте модели Дайси. Оно поддерживает п. 1 и 2 и предполагает, что Парламент находится вне сферы действия права или, по крайней мере, его определение находится вне сферы действия права в том смысле, что нам не нужно правовое определение Парламента как института в значении п. 3 и 4.

Этот аргумент, без сомнения, вызван реальной озабоченностью: если мы позволим идее высшего закона определять, как конституируется Парламент, тогда Парламент не будет эксклюзивным обладателем всех возможных полномочий и иммунитетов, которыми наделяет его Дайси. Должна существовать более высокая правовая норма, определяющая, во-первых, что такое Парламент, во-вторых, на каких условиях он может заниматься законодательной деятельностью. Это даст возможность юридического толкования основополагающих норм конституционного права, как и подразумевают п. 3 и 4. Кроме того, это позволит решить проблему конституционных поправок посредством специальных или обычных законодательных процедур. Все подобные вопросы могут тем самым приобрести противоречивый характер и стать открытыми для принятия правовых решений.

Опасения реальные и ожидаемые последствия вполне справедливы. Доктрина Дайси обещает определенную простоту и, возможно, предопределенность, поскольку она рассматривает суверенитет как феномен логики и факта, не подлежащий правовому толкованию. Но предложенное решение намного хуже, чем предполагаемая проблема. Икинс проводит различие между доктриной парламентского суверенитета, сформулированной строго в узких рамках правовой доктрины, и определением Парламента как факта, а не как правового явления. Это различие кажется странным, и ему неуютно в нашем публичном праве. У него нет никакой иной функции, кроме спасения доктрины Дайси от ее очевидных просчетов и противоречий. Ни одна политическая доктрина Конституции, будь то демократическая, либеральная или социальная, не призывается на помощь, чтобы поддержать это различие. Никогда оно не получало никакой поддержки и со стороны судов.

Как показывают дела о парламентских привилегиях, если речь идет о парламентских действиях (а не принимаемых им законах), то эти действия подлежат судебной проверке на предмет их соответствия действующему праву. В длинном списке подобных дел (*от Дела о прокламациях и Дела Принса до дела Джексона*) было установлено, что полномочия Парламента и других политических институтов подчиняются действующему праву, будь то действия, относящиеся к уголовной, гражданской или иной области права. Согласно же предложению Икинса Парламент должен быть исключен из области верховенства права.

⁴⁸ Ibid. P. 113.

В своем заявлении Лорд Бридж сказал, что «поддержание верховенства права так же важно во всех отношениях в свободном обществе, как и участие в демократических выборах (the franchise). В нашем обществе верховенство права зиждется на двух основах — суверенитет Королевы в Парламенте в законодательном процессе и суверенитет королевских судов при толковании и применении законов»⁴⁹. Возврат Икинса к теории суверенитета Остина абсолютно несовместим с этим высказыванием. Он также несовместим и с недавним судебным решением по делу Джексона (что было замечено Икинсом, но чему он, как это ни удивительно, не придал значения). Палата лордов не только единогласно считает применение (законов) подлежащим судебному рассмотрению, но также единогласно подтвердила, что парламентские процедуры относятся к области права и определяются обычными правовыми аргументами. В данном случае это и является толкованием закона. Дело Джексона не единичный пример, но входит в длинный список дел, посредством которых власти поддерживают вывод о том, что парламентский суверенитет не стоит вне сферы действия закона.

Высший закон

Если мы отклоняем идею суверенного органа Остина, которая сформулирована мистическим и неправовым образом, то возвращаемся назад к идее высшего закона, определяющего, что такое Парламент, и очерчивающего круг его полномочий. Что подпадает под действие высшего конституционного закона? Согласно одним предположениям, этот высший закон очень прост. Он всего лишь определяет орган, наделенный всей полнотой власти, который, точно как у Дайси, единственный имеет право принимать законы. Такая точка зрения следует модели Дайси, несмотря на то что отказывается от одного из его аргументов.

Джеффри Голдсуорси рассматривал идею поддержки ортодоксальной доктрины путем отказа от аргументации Остина и замены ее идеей высшего закона, следуя «норме признания» Харта. По утверждению Голдсуорси, на основе этого высшего закона Вестминстерский Парламент является суверенным, «если он обладает неограниченной властью относительно сути законодательства, даже если он регулируется посредством норм, подлежащих исполнению по суду, которые определяют его состав, процедуру и форму его законодательного процесса»⁵⁰. Такая точка зрения частично воспринимает «новый взгляд» (основным аргументом которого изначально было логическое требование высшего закона) на определение сути Парламента. Но она полностью отвергает концепцию Хьюстона, которая отрицает постулат о высшем законе Конституции, наделяющей Парламент компетенцией менять свои собственные правила. При таком подходе п. 3 и 4 справедливы, но их содержание минимально.

Голдсуорси не уточняет, как конституционная доктрина относится к ее собственным поправкам. Он не верит, что обычный закон может менять высший закон. В то же время он считает мнение Уэйда (что никто не может изменять его) «спорным»⁵¹.

⁴⁹ X v. Morgan-Grampian Ltd. 1991, AC 1. P. 48.

⁵⁰ Goldsworthy J. The Sovereignty of Parliament... P. 16.

⁵¹ Ibid. P. 245.

Голдсуорси, кажется, рассматривает эту проблему как чисто политическую и призывает к осторожности: «Меняя то, что на протяжении веков считалось устоявшимся, суды рискуют вступить в конфликт с другими ветвями власти, а это может серьезно дестабилизировать всю правовую систему»⁵². Поэтому Голдсуорси оставляет этот вопрос нерешенным в правовом отношении, что делает его ответ более близким к позиции Уэйда, чем Лэтэма. Мы же можем сказать, что для сторонников ортодоксальной теории (как она отстаивается Голдсуорси) высший конституционный закон включает полномочия и иммунитеты Парламента, а также и единственную невозможность (disability) последнего менять эти высшие нормы. При таком подходе, когда мы говорим об идее высшего закона, мы не компрометируем самую важную черту позиции Дайси — суды никогда не должны подвергаться сомнению властную природу акта Парламента.

На первый взгляд кажется, что поддержка этой ортодоксальной позиции опирается на мнение Харта о «норме признания» как о норме, порожденной судебной практикой. Харт полагал, что установление «нормы признания» — это сложное фактическое явление, имеющее отношение к роли должностных лиц и принятию ими определенных стандартных правил. Однако совсем не очевидно, что то, что понимается под «нормой признания», — это всего лишь решение вопроса о соперничестве за приоритет между судебной и законодательной ветвями власти. Голдсуорси именно так рассматривает эту проблему — как наиважнейшую в отношении высшей власти, поскольку высший закон — это просто определение. Он утверждает, что на карту поставлен вопрос о «нахождении высшей власти, принимающей решения»⁵³. Поэтому такой подход к Конституции не особо отличается от позиции Дайси. Это теоретически более усложненная версия той же самой идеи, из которой вытекает: согласно высшему закону мы получаем норму, наделяющую всей полнотой полномочий одно лицо или орган, но на этот раз в соответствии с определением закона. Однако такой подход неправильно истолковывает функции конституционного права как права высшего порядка. Конституция идет значительно дальше исполнения роли арбитра в споре между двумя соперничающими источниками власти.

Здесь следует вернуться к идее Финниса о «нормах идентификации», которые не являются нормами, наделяющими законодательными полномочиями. Высший закон в государстве, организованном на конституционных началах, представляет собой не просто инструмент распределения властных полномочий. Доктрина Голдсуорси упускает из виду эффект влияния ранее существовавших структур на само существование и отправление законодательной власти. Она к тому же не учитывает и другие организационные принципы, которые сочетаются с верховенством Парламента на Олимпе британского права.

Высшие конституционные принципы включают обязанности и ограничения, а также полномочия и иммунитеты с тем, чтобы обеспечить преемственность права таким способом, который не предусматривается полномочиями современного законодателя. Как только такие принципы начинают сосуществовать, они вступают в очень важное взаимодействие друг с другом. Полномочия и иммунитеты зависят

⁵² Ibid. P. 246.

⁵³ Ibid. P. 3. См. также: *Golsworthy J. Is Parliament Sovereign? Recent challenges to the doctrine of parliamentary sovereignty // New Zealand Journal of Public and International Law. 2005. № 3. P. 7–37.*

от обязанностей и свобод, и наоборот. Эти нормы поддерживают друг друга не как звенья одной цепи, а, скорее, как ножки стула. Мы не знаем, что представляет собой Парламент, до тех пор пока мы не примем во внимание все соответствующие нормы и принципы, включая те, которые касаются возможных изменений действующих норм. Это несколько напоминает взгляд Тревор Эллэна на Конституцию как единую систему норм и принципов общего права, а также технику аргументации, что в комплексе и формирует Конституцию⁵⁴.

Существует прямая аналогия между взглядами, изложенными здесь, и взглядами Эллэна. Тем не менее, защищая нашу точку зрения, мы не полагаемся на предпосылку, что нормы права создаются судьями. Скорее наш аргумент заключается в том, что Конституция, независимо от того, кто ответственен за ее создание и непрерывность действия, должна — если она стремится иметь хоть какой-то смысл в качестве высшего закона — включать в себя не только властные полномочия законодательного органа в сфере законодательства, но также и нормы об ограничениях и ответственности законодательного органа как института и как группы лиц. Суверенитет Парламента не имеет смысла без таких организационных норм, определяющих должностные обязанности и компетенции.

Подобные аргументы не относятся к процедурным вопросам, когда судьи толкуют законы и таким образом ставят точку в споре. Эллэн считал, что в отсутствие писаной Конституции все конституционное право является общим правом и поэтому подлежит толкованию судами: «Когда мы обращаемся к толковательной функции судов, сочетающейся с их исключительной властью в сфере применения законов к конкретным делам, то обнаруживаем двойственную природу суверенитета в британской Конституции, правильно понятую»⁵⁵. Согласно Эллэну, источником норм Конституции как норм высшего порядка является судебное право, формирующее «единый и последовательный корпус общего права, обязывающего как простого гражданина, так и должностное лицо: его содержание обеспечивает основополагающие принципы легитимного управления, которым должна подчиняться исполнительная власть и на которых базируется толкование и применение законов»⁵⁶.

Эллэн, например, утверждает, что норма парламентского суверенитета, задуманная как «абсолютный или неограниченный суверенитет», бесполезна, поскольку не помогает нам толковать содержание закона: «Удовлетворенная признанным применением должным образом принятых законов и нарушаемая лишь явным отказом от ее выполнения, эта норма оказывает небольшое или вообще никакого влияния на то, что следует понимать под парламентским актом»⁵⁷. Эллэн заключает: «“Норма признания” определяет закон как источник закона; но практические последствия являются отдельным вопросом нормативной правовой теории»⁵⁸. Так это или не так — вопрос дискуссионный, но аргумент, который я приведу, совсем другого свойства, хотя и схожий с уже приведенным.

⁵⁴ *Allan T.R.S. Law, Liberty and Justice: The Legal Foundations of British Constitutionalism.* Oxford University Press, 1993; *Allan T.R.S. Constitutional Justice: A Liberal Theory of the Rule of Law.* OUP, 2001.

⁵⁵ *Allan T.R.S. Constitutional Justice...* P. 13.

⁵⁶ *Ibid.* P. 17–18.

⁵⁷ *Allan T.R.S. Legislative Supremacy and Legislative Intention: Interpretation, Meaning and Authority* // *Cambridge Law Journal.* 2004. № 3. P. 685–711, 686.

⁵⁸ *Ibid.* P. 687.

Моя аргументация поддерживает те же самые выводы, но дело не в том, что суверенитет Парламента должен толковаться судами, поскольку это доктрина общего права. Вопрос, как мне кажется, гораздо глубже. Суверенитет Парламента, если он призван иметь хоть какой-то смысл как конституционная доктрина, должен быть частью сложного свода норм, объясняющих, как организованы и реализуются полномочия Парламента и как они взаимодействуют с законами, принятыми до его создания вне рамок существующего в настоящее время конституционного устройства. Законодательные полномочия Парламента сами по себе являются лишь одним из элементов в более объемной конструкции Конституции. Для того чтобы Конституция работала, мы должны задействовать большое количество других доктрин и принципов. Все они, конечно, подлежат толкованию судами, отправной точкой работы которых должно быть то, что Парламент, как и любой другой орган или обычный гражданин, располагает полномочиями и подчиняется ограничениям (так же, впрочем, как и сами суды).

Когда Эллен говорит: «Верховенство (supremacy) законодательного органа или парламентский суверенитет подразумевает, таким образом, противовес в виде судебного суверенитета»⁵⁹, — он прав, но только со следующей оговоркой. Необходимость подобного противовеса диктуется последовательностью и полнотой любого конституционного порядка и не зависит от дальнейшего применения этой доктрины судами в конкретных обстоятельствах. Данный вопрос относится к общей конституционной системе общественно-политического устройства, где действует принцип верховенства права, а не выводится из практического наблюдения, что за судами остается последнее слово. Любое лицо или орган, толкующий Конституцию, включая и сам Парламент, должен допускать те же самые концептуальные предположения касательно полномочий и ограничений Парламента.

Такое понимание вопроса схоже с критикой, наглядно выраженной Хартом относительно командной теории Остина. Среди прочего Харт заметил, что идея суверенитета Остина делает невозможным обеспечение преемственности суверена. Теория Остина, отмечает Харт, неспособна предложить правовой критерий идентификации конституционного преемника суверена. Проблема, обозначенная Хартом, относится к определению соответствующего политического органа или института посредством идентификационных норм. Это необходимо для того, чтобы дать возможность законодательному процессу перейти от одного субъекта к другому. Остин нуждался, таким образом, в комплексе высших норм, дополняющих существующие полномочия, которые он признавал за действующим (фактически) сувереном. Это подводит нас к выводу, сделанному Лэтэмом и Хьюстоном. В основе британской Конституции находится не персонифицированный орган, а набор взаимодействующих норм, содержание которых не ограничивается лишь распределением полномочий, а представляет материал для признания различных публично-правовых институтов, включая законодательные органы и суды. Из таких норм, разумеется, далеко не все приняты ныне действующим Парламентом.

Финнис следующим образом объясняет этот принцип: «Закон, однажды должным образом вступивший в силу в соответствии с критериями, действовавшими на тот момент, остается действующим до тех пор, пока не кончается срок его дей-

⁵⁹ Ibid. P. 687.

ствия согласно его собственным условиям или *условиям его отмены*⁶⁰. Это означает, что в британском контексте работа действующего Парламента зависит от существующего политического ландшафта, сформированного нормами публичного права на основе судебной практики и ранее принятых законов. Парламент является государственным институтом, действующим в правовых рамках подобно другим государственным органам. Для того чтобы он работал как институт, уже должны действовать некоторые нормы и принципы. Набор этих норм и принципов должен быть составной частью хорошо организованной Конституции⁶¹.

Если Конституция включает полномочия и обязанности, подобные описанным выше, то ее содержание можно, пожалуй, подразделить на следующие категории:

i) *принципы формирования персонального состава публично-правовых институтов* определяют, кто должен стать должностным лицом в этих властных структурах. Данные принципы включают правила королевской преемственности, выборы членов Палаты Общин и назначения пэров. Эта часть Конституции определяет состав Парламента как группы граждан;

ii) *процедурные принципы* определяют, как эта группа может принимать решения от имени института (включая правила, касающиеся способов и формы законодательного процесса, например парламентские акты 1911 и 1949 гг.). Эта часть Конституции определяет Парламент как институт;

iii) *принципы компетенции* определяют результативность решений данного института в системе правопорядка в целом (включая принцип приоритета парламентских актов над общим правом, принципы, касающиеся подразумеваемой отмены закона, и правила, регулирующие толкование законов (статутов), а также ограничения согласно Акту о правах человека и права ЕС). Эта часть Конституции определяет полномочия Парламента и указывает, как следует понимать содержание парламентских актов и других источников права;

iv) *принципы идентификации* определяют, какие старые нормы и правила идентифицируются как до сих обязывающие, хотя и принятые до вступления в должность нынешних служащих публично-правовых институтов или до наделения этих институтов соответствующими полномочиями. Они включают принципы признания континуитета и развития общего права. Эта часть Конституции определяет сферу действия ограничений (disabilities) и ответственности (liabilities) Парламента как института, а также права и обязанности его членов, охватывая все принципы, указанные в п. i–v;

v) *принципы преемственности* определяют, каким образом действующий закон может быть изменен, включая принципы внесения поправок, приостановления действия закона или замены его норм. (Эти принципы могли бы быть подразделом принципов компетенции (п. iii), но их нельзя так классифицировать, поскольку изменения Конституции не должны подлежать компетенции ни одного из институтов.)

Приведенные принципы, сгруппированные подобным образом, позволяют легко убедиться, что все группы (i–v) **равнозначны между собой, хотя являются основополагающими** в том, что касается других законов, действующих в отношении обычных граждан. Они имеют смысл только в своей совокупности и препятствуют

⁶⁰ *Finnis J. Revolutions and Continuity of Law. P. 63.*

⁶¹ См.: *MacCormick N. Questioning Sovereignty: Law, State and Nation in the European Commonwealth. OUP, 1999. P. 83 ff.*

попыткам сделать какую-то одну группу принципов доминирующей над остальными. Не существует никакого способа, с помощью которого одну группу можно было бы сделать основой единства всей системы, включающей и определяющей все остальные. Так, например, если бы мы начали с п. iv — **принципов идентификации** — и заявили бы, что они являются основой всего действующего права, то вошли бы в противоречие с фактом, что принципы компетенции (согласно п. iii) призваны создавать новые нормы, изменяющие действие закона на будущее (и даже изменить сами нормы идентификации).

Хороший пример такого изменения, когда принципы п. iii вторгаются в сферу действия принципов п. iv, приводит Джон Финнис. Он напоминает, что Закон о толковании 1889 г. отменил старую норму английского права, гласившую, что отмена отменяющего закона восстанавливает действие закона, отмененного прежде⁶². Если же, наоборот, мы начнем с принципов компетенции (п. iii) и будем рассматривать их (как это делал Голдсуорси) в качестве доминирующих, то столкнемся с проблемой, заключающейся в том, что и состав, и идентичность органа, имеющего подобные полномочия, зиждутся на принципах идентификации. Поэтому группы принципов компетенции и идентификации находятся в постоянном взаимном противостоянии, препятствуя возможным отрицательным последствиям доминирования друг над другом.

То же самое относится к принципам преемственности. Их предполагаемое доминирование редуцируется их зависимостью от п. i, ii и iv. **Сами эти принципы, конечно, могут быть изменены, но пока этого не произойдет, они определяют смысл и действенность п. v, так как правила изменения должны проводиться через институты и процедуры, определяемые п. i и ii.** При нормальных обстоятельствах (т.е. в условиях правопорядка, который существует и развивается в течение длительного времени, постоянно создавая и изменяя законы, институты, государственные учреждения и функциональные роли) эти конституционные принципы могут либо существовать в совокупности, либо вообще не существовать.

Такая взаимозависимость всех основополагающих принципов правовой системы приводит Финниса к выводу, который может удивить специалистов по конституционному праву: «Вообще не существует правовой системы, которая рассматривается лишь как набор “действующих принципов”, поскольку, если она считается просто совокупностью принципов с взаимозависимым нормативным значением, то не существует ничего того, что наделило бы ее преемственностью, устойчивостью и идентичностью в долгосрочной перспективе»⁶³. Аналогичным образом Джозеф Раз заключает, что «идентичность правовых систем зависит от идентичности социальных форм, к которым они принадлежат», и что «критерий идентичности правовой системы определяется, таким образом, не только правоведческими или правовыми соображениями, но еще и другими соображениями, принадлежащими к другим общественным наукам»⁶⁴. Именно политическое общество придает правовой системе идентичность, а совсем не наоборот.

Такая структура Конституции усложняет создание институтов конституционного права, разделяемого на писаную и неписаную конституцию. Ведь тот спо-

⁶² См.: *Finnis J. Revolutions and Continuity of Law*. P. 61.

⁶³ *Ibid.* P. 69.

⁶⁴ *Raz J. The Concept of a Legal System*. 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1980. P. 189.

соб, с помощью которого различные принципы взаимодействуют друг с другом, представляет собой непрерывный интерпретационный процесс. Ни один набор принципов сам по себе не дает ответа на конституционную дилемму — в нашем анализе мы должны принимать во внимание сразу их все в совокупности. Толкование Конституции не является, таким образом, толкованием намерения (например, намерения Парламента), но представляет собой процесс тщательного обсуждения, сравнения и приспособления друг к другу набора различных совместно применяемых принципов. Это хорошо известно в отношении американской Конституции, которая содержит правила формирования состава Конгресса, процедуры принятия законов, компетенции различных органов, а также правила преемственности и четкие нормы внесения поправок в нее. Все эти принципы являются частью одного и того же документа и должны, таким образом, восприниматься и пониматься во взаимосвязи. Процесс толкования и понимания писаной Конституции зависит от понимания того, как эти принципы взаимодействуют между собой, что достигается путем споров в ходе судебных заседаний.

Нейл Маккормик очень хорошо выразил это, утверждая, что «должно существовать взаимодействие между критериями признания действительности закона и критериями правомерно осуществляемой компетенции принимать закон (включая любые специальные процедуры, необходимые для признания действительности законодательных изменений, меняющих положения самой Конституции)»⁶⁵. Инструментарий писаного документа, содержащего набор равнозначных основополагающих принципов в качестве неотъемлемой части Конституции, явно указывает на необходимость их взаимозависимости. Но не существует вещественного различия между писаными и неписаными принципами. Хорошо продуманная писаная Конституция имеет те же черты, что и тщательно проработанная неписаная Конституция, создаваемая посредством парламентских актов и судебных решений. Пути к достижению этого различны, но процесс конституционного анализа одинаков. В обоих случаях конституция — это набор принципов, поддерживающих друг друга⁶⁶.

Парламент в Вестминстере иногда сам становится на эту точку зрения. Конституционный комитет Палаты Лордов определяет Конституцию, по крайней мере для целей осуществления своих полномочий, как «совокупность законов, принципов и судебной практики, создающих основные институты государства, его компоненты и соответствующие подразделения, а также устанавливает полномочия этих институтов, отношения между ними, институтами и гражданами»⁶⁷.

Конституция как высший закон

Здесь речь пойдет о том, что представляет огромное значение для конституционного права в целом, а не только для СК. Конституция, как писаная, так и неписаная, не является единственной основой правопорядка. Это не его фундамент

⁶⁵ MacCormick N. Questioning Sovereignty... P. 85.

⁶⁶ См.: Perry M.J. What is the Constitution? And Other Fundamental Questions / L. Alexander (ed.). Constitutionalism: Philosophical Foundations. Cambridge University Press, 1998. P. 99.

⁶⁷ House of Lords. Committee on the Constitution, Reviewing the Constitution: Terms of Reference and Method of Working, First Report of Session 2001–2002 (HL Paper 11). L.: Stationary Office, 2002. Ch. 2, par. 20.

или опора. Как мы только что видели, основные принципы конституционного порядка многочисленны, отношения между ними носят сложный характер и не все из них могут быть включены в писанный документ (поскольку сам этот документ нуждается в правилах толкования и внесения изменений). Эти принципы поддерживают друг друга и становятся эффективными в процессе обсуждения. Поэтому умозрительные модели конституционного права создаются иначе, чем предполагал Дайси. Они идут от частного к общему. Именно частные случаи показывают, как процессуальные нормы могут повлиять на принципы, касающиеся наделения компетенцией.

Даже когда существует писанный текст Конституции, ее понимание и применение являются результатом сложного анализа всех имеющихся материалов, касающихся правопорядка, с тем чтобы уловить смысл ее самых отвлеченных организационных принципов. Это конструкция, которая начинается с правовых материалов и постепенно «выстраивает» ответы на вопросы п. i–v, **используя в процессе конституционный текст**, если таковой имеется. Однако один лишь конституционный текст сам по себе не в состоянии дать ответы на все эти вопросы. В этом смысле Конституция является результатом общего права, но не как судебного права, а как создаваемого и изменяемого в процессе рассмотрения конкретных случаев в конкретных контекстах. Такая точка зрения обоснована Рональдом Дворкиным, который отмечал, что утверждения «относительно места, занимаемого Конституцией в нашей правовой системе... должны основываться на толковании правоприменительной практики в целом, а не только одной Конституции, изолированной в определенной степени от такой общей практики»⁶⁸. Это также означает, что Конституция имеет еще и необходимое историческое значение. Если Конституцию, таким образом, экстраполировать исходя из конкретных дел, ее изучение потребует также и изучения истории ее создания и механизмов, посредством которых конституционные принципы постоянно развиваются и меняются с течением времени⁶⁹.

Поэтому мы должны пересмотреть аргументацию Уэйда. Он признает, что Конституция создается посредством практики общего права, хотя сама она и не является частью общего права. Она не подчиняется закону, поскольку сама определяет действенность и силу всех законов. Но Уэйд делает ошибочный вывод, что она выше не только в смысле ее основополагающей значимости, но и в смысле подоплеки или исходного начала всей нашей аргументации. Он утверждает, что «когда мы имеем дело с фундаментальной доктриной, согласно которой судьи заявляют, каким законным путем они будут следовать, это означает, что мы имеем дело с уникальным принципом, который больше, чем обычная норма права. Не только она является частью системы правовых норм; она также еще и часть той основы, на которой «крепится» эта система»⁷⁰. Но такой основы не существует. Это верно в отношении Конституции Соединенного Королевства, а также в равной степени и в отношении других конституционных порядков.

Если приводимые здесь аргументы верны, тогда взгляды Мейтленда представляются более близкими к истине, чем взгляды Дайси. Конституция открыта для

⁶⁸ *Dworkin R.* The Forum of Principle // *Dworkin. A Matter of Principle.* P. 33, 37.

⁶⁹ См.: *Allison J.W.F.* The English Historical Constitution: Continuity, Change and European Effects. Cambridge University Press, 2007.

⁷⁰ *Wade H.W.R.* Constitutional Fundamentals. P. 32.

построения умозрительных моделей путем толкования и дискуссий, как и остальные законы. Это делает конституционное право относительно открытым, и именно таким образом оно достигает стабильности и постоянства. Этот теоретический аргумент, на мой взгляд, вдохновляет Тревора Эллисона, когда он анализирует практику применения английского публичного права. И такая аргументация недавно нашла еще одно подкрепление в замечательной работе исторического и сравнительного анализа Джона Эллисона.

В своей книге «История английского конституционализма» («The English Historical Constitution») Дж. Эллисон подробно показывает, как разные толкования в совокупности определили английские институты публичного права посредством тщательных разработок и заимствований европейской идеи монархии и доктрины разделения властей, парламентского суверенитета и верховенства закона. Он приходит к следующему выводу: «В историческом контексте красной нитью через всю Конституцию проходит не основополагающий принцип, а связующий метод изменений, благодаря которому сохраняется преемственность, по крайней мере, формально, и вселяющий чувство уверенности. Этот метод возник не из нормативной теории, а путем эволюционного развития в процессе правовой и политической практики сохранения традиций и введения инноваций, посредством которых можно контролировать и облегчать деятельность государственных институтов власти по мере их развития, в результате чего гарантируется или восстанавливается стабильность»⁷¹.

Ортодоксальная доктрина сопротивлялась той гибкости и открытости, которую предполагает исторический взгляд на Конституцию. Вот почему я уверен, что Уэйд придерживается странной точки зрения, что якобы Конституция не может быть изменена даже парламентским актом. Он пытается изолировать принципы идентификации согласно п. iv от нормальных последствий принципов наделения компетенцией (**rules of power**) согласно п. iii и v, точно так же, как Дайси пытался изолировать принципы наделения компетенцией (п. iii) и изменений (п. v) от последствий принципа идентификации. Но оба эти утверждения ошибочны, поскольку они дают такую концепцию английской Конституции, которая ей чужда и слишком консервативна. Конституция зависит и от тех, и от других принципов одновременно и в равной степени.

Эллисон предполагает, что историческая Конституция не является результатом одной-единственной нормативной теории. Это справедливо, но не следует полагать, что нормативные принципы не работают постоянно (включая нормативный принцип верности материалу). Если Конституция составляет тем самым правовую конструкцию права, подлежащую толкованию, она частично еще являет собой и конструкцию политической морали, которая поддерживает и оправдывает существование основных институтов государства.

Процесс правовых дебатов в сфере конституционного права способствует разработке таких принципов. Об этом свидетельствует и ряд недавних дел в области конституционного права Палаты Лордов, включая *дело Джексона*. Здесь мы обнаруживаем более веское обоснование постоянных совпадений писаной и неписаной Конституции. В любой современной либеральной демократии конституционное

⁷¹ Allison J. W. F. The English Historical Constitution. P. 235.

право и его доктрины стремятся к тому, чтобы точно выразить и сделать общедоступными фундаментальные принципы, на которых зиждется идея публичных институтов государства. Это стремление установить публичный порядок норм и принципов, которые могут быть справедливы для общества равных. Но оно не статично и не лишено противоречий.

Таким образом, содержание Конституции может быть выражено как интерпретация морального требования, которое несомненно открыто для различных толкований, а результаты его воздействия со временем подвержены изменениям. Следовательно, значимость Конституции определяется не высшей верховной властью или легитимностью ее авторов в смысле «*pouvoir constituant*». Она является результатом различных и зачастую конкурирующих между собой правовых интерпретаций наших институтов различными специалистами, судьями, должностными лицами и политическими деятелями, которые вовлечены в постоянный правовой процесс и в процесс управления государством. Эти интерпретации и споры продолжают формировать и придавать постоянно меняющийся смысл нашим государственным институтам.

*Перевод: Ю.М. Юмашев
профессор, заведующий кафедрой
международного права факультета права
Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики», доктор юридических наук*

Портреты российских ученых-юристов. В.А.Туманов: Вольтер российской юриспруденции

Эта статья посвящена памяти Владимира Александровича Туманова, экс-председателя Конституционного Суда России, первого российского юриста, назначенного судьей Европейского суда по правам человека. О его блистательных профессиональных заслугах расскажут его коллеги.

Е.А. Мишина (в 1994 г. — помощник В.А. Туманова по работе в Государственной Думе, в 1994–1997 гг. — главный консультант секретариата В.А. Туманова в Конституционном Суде Российской Федерации).

Я просто хочу попытаться рассказать, какой это был удивительный человек.

9 июня 2012 года — первая годовщина со дня смерти Владимира Александровича Туманова. Одного из величайших юристов, которых знала наша страна. Одного из самых обаятельных людей, которых я знала. Человека, который достиг высот в науке, потом поднялся очень высоко к вершинам власти, остался устойчив к ее соблазнам и затем спокойно спустился по ступеням иерархической лестницы обратно в науку, ни разу при этом не поскользнувшись. Человека, который до самых последних дней своих не поддавался возрасту и болезням, сохранял вкус к жизни и умел ею наслаждаться.

Внешне Владимир Александрович не походил на Джеймса Бонда — невысокий, субтильного телосложения, всегда говорил очень тихим голосом и при этом лукаво улыбался. Эта улыбка разила наповал большинство дам вне зависимости от возраста, а звуки этого тихого голоса, который Туманов практически никогда не повышал, заставляли угомониться и прислушаться к нему самых оголтелых крикунов. Чувство юмора у него было совершенно исключительное.

Конец 1970-х годов. В одном из отечественных юридических журналов опубликована статья, в которой профессор В.А. Туманов назван видным советским ученым, а папаша мой — профессор А.А. Мишин — назван крупным советским ученым. Туманов звонит Мишину и интересуется:

— Август, а чем видный советский ученый отличается от крупного советского ученого?

Папаша немедленно реагирует:

— Вова, это очень просто: видный советский ученый виден тогда, когда рядом нет крупного советского ученого.

Большую часть своей жизни Туманов проработал в Институте государства и права Академии наук СССР (откуда, кстати, вышли многие другие знаменитые юристы и политические деятели — Анатолий Ковлер, Тамара Морщакова, Михаил Краснов, Юрий Батулин, Николай Федоров и др.). В 1993 году, движимый ветром больших политических перемен, Туманов ушел в политику и был избран в Государственную Думу. Звонит мне, предлагает стать его помощником по работе в парламенте. Я пугаюсь и начинаю лепетать, что большое спасибо, конечно, но только я понятия не имею о том, что мне надо будет делать. И тут же получаю разъяснения от будущего начальника: «Ты, Катерина, должна усвоить основное: главная задача помощника депутата — не мешать депутату».

В Государственной Думе Туманов проработал чуть меньше года и в октябре 1994 года стал судьей Конституционного Суда РФ. В феврале 1995 года судьи КС избрали Туманова своим председателем, и вместе со своим крошечным аппаратом, состоявшим из меня и его преданной секретарши Ирины, проработавшей с ним много лет еще в Институте государства и права, новоизбранный председатель переехал в начальственные хоромы. Огромная приемная, куда усадили Иру, которая отныне ведала доступом к председателскому телу и иными важными делами, налево из приемной — кабинет помощника (это я), направо — кабинет председателя, за которым располагается его личное пространство, именуемое «зоной отдыха». После переезда незамедлительно образовалась очередь жаждущих поздравить новое начальство. И сразу же первый шок для матерых аппаратчиков: новоизбранный председатель незамедлительно встает, когда к нему в кабинет входит дама. Любая. Включая тех, кто разносит почту судьям и кто, с точки зрения чиновничества, дамами, собственно, не является. Кто-то очень смелый попытался Туманову намекнуть, что так утруждать — это не по-председательски. Попытка с треском провалилась, и новый председатель продолжал поражать воображение сотрудников КС и визитеров. Непривычные к такому обращению чиновницы ахали и конфузились, но в итоге смирились, посчитав, что это просто блажь нового руководителя. Дескать, адаптируется и станет как все. Но Туманов адаптировался из рук вон плохо. Они это видели. В том числе и по его манере общения с собственным аппаратом.

Ни разу за три года совместной работы Туманов не вызвал меня к себе, позволив по внутреннему телефону. Если я ему была нужна, он шел ко мне в кабинет и сообщал, что меня просит к себе Председатель Конституционного Суда. Бывали и такие ситуации: если меня в кабинете не было, на столе надрывался телефон, а Туманов в тот момент оказывался в приемной и это слышал, он подходил к моему телефону и принимал информацию. И к звонящему телефону в собственной приемной он тоже спокойно мог подойти в тех крайне редких случаях, когда Иры почему-либо на месте не оказывалось.

Следующим шоком стала ситуация с жилищным вопросом. Новому председателю по должности полагалась просторная квартира в шикарном доме на Долгорукновской улице. Туманов обзаводиться новой квартирой не желал, мотивируя это тем, что ему просто удобно жить в маленькой двушке рядом с сыном и его семьей в районе метро «Щелковская». Неоднократные атаки начальника управления делами Конституционного Суда всегда имели один и тот же финал: Туманов от квартиры

отказывался. Начальник управления делами, много лет проработавший в аппарате, логику Туманова не понимал и понимать отказывался. Зато он очень четко знал, что происходит непорядок, и в итоге сделал ход конем. Во время своего следующего визита начальник УД по секрету сообщил Туманову, что его водителям Коле и Алику очень нелегко сначала ехать рано утром на автобазу УД в район Краснопресненской, потом — за шефом на Сиреневый бульвар и оттуда — в суд на Ильинку (не говоря уже о том, что вечером надо было проделывать обратный маршрут). После этого Владимир Александрович сдался.

На этом проблемы управления делами не закончились. В конце декабря 1995 года впереди маячила перспектива организации государственного визита Председателя Конституционного Суда РФ к Председателю Верховного суда Индии. Состав участников визита предполагался следующий — Туманов с женой и 15-летним внуком, два охранника и помощник, сиречь переводчик (опять же я). Начальник УД пришел узнать, на какие даты и на какие именно рейсы ему следует приобрести три билета бизнес-класса для председателя и его семьи и три билета эконом-класса для двух охранников и помощника. Услышав, что председатель не желает «разбивать компанию» и просит купить билеты бизнес-класса для всех, управделами несколько раз сменил цвет лица и сказал, что это, увы, никак невозможно. На что последовал председательский ответ: значит, мы все летим эконом-классом. И мы действительно все полетели эконом-классом. И никто из нас об этом не пожалел.

Я могла бы написать о Владимире Александровиче еще многое. Но было бы справедливо, чтобы кроме меня высказались и другие, те, кто в разные периоды жизни Туманова работали вместе с ним.

Профессор В.Б. Исаков (вице-президент Торгово-промышленной палаты России по правовым вопросам, в 1993–1995 гг. — председатель Комитета по законодательству Государственной думы Федерального Собрания Российской Федерации).

С Владимиром Александровичем Тумановым мы были знакомы и ранее, но непосредственно наши пути пересеклись в Государственной Думе первого созыва, куда я был избран по списку Аграрной партии, а Владимир Александрович — по списку Партии российского единства и согласия (ПРЕС). На одном из первых заседаний Государственной Думы меня избрали председателем Комитета по законодательству и судебной-правовой реформе, а Владимир Александрович стал членом этого комитета, так что некоторое время я был кем-то вроде его начальника. Благодаря этому обстоятельству я имел возможность увидеть Владимира Александровича в законодательной работе, убедиться, что он не только блестящий ученый-юрист, но и мудрый государственный деятель. Очевидно, это заметил не только я. Вскоре после начала работы Государственной Думы, в октябре 1994 года, Владимир Александрович был избран судьей Конституционного Суда, а в феврале 1995 года стал его Председателем.

Профессор Т.Г. Морщакова (в 1991–2002 гг. — судья Конституционного Суда Российской Федерации, с 1995 по 2002 г. — заместитель председателя КС РФ).

Владимир Александрович — редкая личность, крупный ученый, просветитель (в самом высоком смысле этого слова), глубокий и строгий критик в юридических дискуссиях, мудрый и удивительно простой, достойнейший государственный деятель того недолгого периода российской истории, когда на рубеже веков в ней

были впервые заявлены и начали воплощаться в жизнь гуманистические правовые идеалы. Он был очень теплым человеком, наделенным удивительным талантом общения с людьми. В кругу друзей и коллег, учеников и своей семьи он всегда отличался прямоотой, ценил интеллект и искренность, мог открыто и поругать, и посочувствовать, и помочь, был щедр на похвалу, заразительно шутил и смеялся, умел слушать и учиться у всех, тонко понимал музыку, никогда не был безразличен к людям. Когда мы виделись в последний раз, он сказал мне: «Не грусти».

Профессор А.И. Ковлер (с 1999 г. — судья Европейского суда по правам человека).

Писать о Владимире Александровиче в прошедшем времени тяжело. Невольно вспоминаются слова М. Волошина: «Меня уж нет, я стал строками книги в руках твоих...»

Сколько помню наши с ним отношения, всегда был в его учениках и ничуть не комплекую от этого. Еще студентом заполучил («достал» по терминологии того времени) вышедшую в его переводе в 1967 г. книгу Р. Давида и К. Жофре-Спинози «Основные правовые системы современности», блестящий образец объективного научного исследования. Затем вышли под его редакцией работы других выдающихся современных — прежде всего французских — правоведов М. Анселя, Ж. Веделя, Ж. Карбонье и других. В этом проявилась поистине цивилизаторская миссия Владимира Александровича: сквозь дебри кондового классового подхода донести до думающих читателей иную логику научного познания. Даже его собственная книга о буржуазной правовой идеологии была образцом глубокого объективного исследования, высокого мастерства. Уже за одно это подвижничество мы должны быть ему бесконечно благодарны.

Мы познакомились лично в 1979 г. в горячие месяцы подготовки в Москве Всемирного конгресса Международной ассоциации политической науки, основательно встряхнувшего в последние застойные годы нашу общественную науку. Уже тогда, подводя итоги конгресса, Туманов выдвинул идею создания если не института, то центра сравнительного правоведения, но идея утонула в согласованиях. Однако грянула перестройка, и не только науке, но и власти потребовались объективные знания о том, как могут быть рационально обустроены государство и его институты. В Институте государства и права АН СССР в написание бесчисленных справок (нередко в десятки страниц) активно включились сектор буржуазного государства и права, который возглавлял В.А. Туманов, сектор государства и права развивающихся стран, возглавлявшийся В.Е. Чиркиным, и группа зарубежной научной информации, которую по настоятельным рекомендациям Владимира Александровича было поручено возглавить мне. Помню, в конце 1980-х годов в нашем активе была уже подготовка обоснований реформы избирательной системы, законов о свободе совести, об общественных организациях, о политических партиях (последнее почти в тайне — накануне отмены знаменитой статьи 6 Конституции СССР о руководящей роли КПСС). С 1992 года работа эта пошла в еще более быстром, почти лихорадочном темпе: обновлялся практически весь массив законодательства, реформировалась система государственного управления. Научная экспертиза законопроектов и постановлений стала фактически обязательной. Это был звездный час Института государства и права, время его востребованности.

В мае—июне 1993 года указами Б.Н. Ельцина В.А. Туманов был включен в оперативную группу по подготовке проекта конституции Российской Федерации, а

затем был назначен одним из представителей Президента на Конституционном совещании. Владимир Александрович привел с собой на совещание компактную, но весьма энергичную институтскую команду. Работали мы нередко по 14–16 часов в день, часто бегая из Кремля в институт за справочным материалом. Тогда, в эти горячие дни, и решился вопрос о создании Центра сравнительного правоведения на основе слияния трех указанных выше подразделений.

Но работать в центре Владимиру Александровичу не пришлось. Шок от октябрьских событий 1993 г. был столь велик, что он принял решение согласиться на предложение С.В. Шахрая избираться в Государственную Думу по списку Партии российского единства и согласия (ПРЕС). В.А. Туманов шел «во власть» как на войну: на прощальных посиделках в институте он сказал, что еще Платон выступал за «правление знающих»... В Государственной Думе он был, пожалуй, самым компетентным депутатом в сфере законопроектной деятельности, включая проект закона о новом Конституционном Суде. Дальнейшее известно: он был избран судьей обновленного Конституционного Суда, а затем судьи тайным голосованием избрали его своим Председателем.

Судьба созданного Владимиром Александровичем Центра сравнительного права (руководство которым с соблюдением всех процедур академической демократии было доверено мне) во многом определялась задачами научного обобщения с точки зрения мирового опыта вставших перед постсоветским обществом проблем, прежде всего проблем строительства новой политической и судебной системы. То, что в центре сгруппировалась целая когорта блестящих специалистов, позволило нам за несколько лет выпустить фундаментальные труды по сравнительному конституционному праву, по институту президента в современном мире, по парламентаризму, по статусу политических партий, по федерализму. В.А. Туманов участвовал в обсуждении всех этих работ (оставаясь сотрудником центра на общественных началах), сетуя на невозможность из-за нехватки времени самому писать самостоятельные разделы. Но он щедро делился источниками, помогая с заказами нужной литературы, успевая прочитать практически все, написанное нами, и даже отредактировать некоторые пассажи с присущей только ему феноменальной способностью видеть натяжки, слабые места, фактические неточности. Мне, как руководителю, приходилось нередко маневрировать между жесткой взыскательностью мэтра и самолюбием ученых с мировым именем. Как сейчас помню одну из таких ситуаций: «Толя, — говорит В.А., — скажи N., что он написал халтуру. — Нет, Владимир Александрович, не могу, он обидится. — Тогда я сам ему позвоню...». Через неделю получаю совсем иной текст, маленький шедевр...

Вспоминаю наше последнее с ним сидение на московской кухне в декабре 2010 г. Он надписывает мне том недавно вышедших избранных трудов: «Если б ты знал, как мне стыдно за некоторые свои прежние работы...»

В этой жесткой, иногда казавшейся жестокой требовательности как к себе, так и к другим, была какая-то гегелевская выверенность категорий и понятий, доходящая до фанатизма дисциплина ума, а главное — стремление быть честным по отношению к Истине.

Созданный В.А. Тумановым Центр сравнительного правоведения впоследствии претерпел несколько реорганизаций, но созданное им научное направление осталось. Выходят фундаментальные труды и переводы, защищаются диссертации, читаются спецкурсы. В работе Международной Академии сравнительного права,

членом которой состоял В.А. Туманов, участвуют сейчас специалисты из постсоветских государств.

Не хочется заострять мысль на невосполнимой потере для научного и правового сообщества в лице В.А. Туманова. Он останется в нашей памяти как эталон европейской правовой культуры, как подлинный новатор в области теории права, прежде всего сравнительного правоведения.

Адвокат П.Д. Баренбойм (первый вице-президент Международного союза (содружества) адвокатов).

С годами Владимир Александрович Туманов все больше и больше внешне становился похожим на Вольтера.

Об этом я успел написать еще при жизни, и он отнесся к такому сравнению снисходительно.

О чем я тогда не написал, так это о бесконечном потоке мудрости, который он изливал при сколько-нибудь серьезном разговоре, но не записывал и не печатал, чего очень, конечно, жаль.

Например, во время одного из наших совместных соседских (в нескольких кварталах друг от друга жили) ужинов, он вдруг поднял тему о любимой мной конституционной экономике, к которой он, в общем, достаточно хорошо относился. Он заговорил со мной о возможном снижении идеального уровня конституционных ценностей, если мы опускаем их уровень до обсуждения коммунальных оплат и бюджетных расходов.

Он был идеалист, стоящий над грязью и пошлостью современной российской жизни.

С его смертью, с обрушением в океан Леты этого мощного утеса, говоря старинными словами Джона Донна, не только меньше стало самой Европы, но и Европы в России, где он был блестящим представителем именно передовой европейской юридической мысли.

А Европы у нас и так до обидного мало...

М.А. Краснов

заведующий кафедрой конституционного и муниципального права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», ординарный профессор, доктор юридических наук

Конституционно-правовой механизм выработки экономической политики России*

В статье рассматриваются вопросы, какие публично-властные институты и в каком режиме участвуют в выработке экономической политики, насколько процесс выработки этой политики регулируется законодательством и насколько вообще целесообразно его регулировать. Автор также рассматривает желательные и существующие в современной российской действительности условия выработки экономической политики и возможности соблюдения требования преемственности.

Ключевые слова: экономическая политика, экономическая стратегия, политическая конкуренция, субъекты выработки экономической политики, законодательное регулирование механизма выработки экономической политики.

1. Понимание экономической политики

Для того чтобы выявить, кем и как формируется экономическая политика государства, вполне естественно было бы сначала понять, что под нею понимается. Однако тут нас подстерегает трудность, поскольку то, что очевидно для экономистов, не столь очевидно для юристов. Это обычная междисциплинарная терминологическая неопределенность. Например, в работе В.М. Полтеровича, В.В. Попова и А.С. Тониса¹ термин «экономическая политика» фигурирует уже в самом названии, однако содержательно он никак не определяется. Это естественно, поскольку у экономистов нет потребности в его дефиниции: они понимают, что экономическая политика представляет собой следование по определенным направлениям в соответствии с принятыми государством решениями. При этом авторы не делают различий между

* Статья подготовлена при финансовой поддержке Центра фундаментальных исследований НИУ ВШЭ в 2011 г. (ТЗ-33.0 «Формирование публичного экономического права»).

¹ См.: Полтерович В., Попов В., Тонис А. Экономическая политика, качество институтов и механизмы «ресурсного проклятия». М.: ИД ГУ–ВШЭ, 2007.

тактическими и стратегическими решениями, ибо говорят и о «политике занижения внутренних цен на топливо» (С. 5 указанной книги), и о «макроэкономической политике» (С. 32), и о «социальной и промышленной политике» (С. 86).

Терминологической строгостью в отношении экономической политики не отличаются и работы других экономистов. В работе Е.Г. Ясина, посвященной государственной роли в экономике, мы встречаем такие понятия, как «активизация промышленной политики», «ослабление бюджетно-денежной политики», «активизация (или усиление) структурной политики»². Из контекста, конечно, понятно, о чем говорит автор. Но формализованное юридическое мышление сразу же реагирует на подобные формулы, поскольку у юриста возникает вопрос: что означает «ослабить или активизировать (усилить) политику»? Если она выработана, то, следовательно, можно говорить, что либо данная система мер экономической политики выработана не вполне верно, либо она реализуется не в полной мере или даже вопреки намеченным параметрам. В то же время это можно понять и так, что собственно экономической политики нет, а есть набор рефлексивных мер государства, зависящих от складывающейся политической, экономической и социальной конъюнктуры. Такое тоже возможно. Но общество остается в неведении, имеется ли у государства какая-то ясная экономическая политика, какова она и каким образом институализирована.

Не прибавляют ясности и некоторые словарные определения экономической политики. На основе двух довольно близких друг к другу дефиниций мы выяснили, что *экономическая политика определяется как система методов, инструментов и форм государственного воздействия на социально-экономические процессы, реализующая тот или иной тип экономической стратегии в интересах общества и страны на мировой арене. Экономическая политика может включать структурную, инвестиционную, финансово-кредитную, социальную, внешнеэкономическую, научно-техническую, налоговую, бюджетную политику*³. Однако сказанное порождает ряд вопросов.

Во-первых, зачастую в нормативных актах и судебных решениях (главным образом, решениях Конституционного Суда Российской Федерации) речь идет о *социально-экономической политике*. Кстати, именно этот термин применяется в Федеральном законе от 20 июля 1995 г. № 115-ФЗ «О государственном прогнозировании и программах социально-экономического развития Российской Федерации»⁴, который можно считать *рамочным актом* в сфере выработки экономической политики.

В таком случае опять-таки требуется ответить на вопрос, должны ли мы рассматривать социальную и экономическую политику как разные политики в смысле *policy*, т.е. политики в конкретной сфере общественного целеполагания и реализации крупных государственных проектов, или как единую социально-экономическую политику? Разумеется, социальная и экономическая политики тесно связаны друг с другом, влияют друг на друга. В частности, содержание социальной политики,

² См.: Ясин Е.Г. Государство и экономика на этапе модернизации. М.: ИД ГУ ВШЭ, 2006. С. 40–42.

³ См.: Райзберг Б.А., Лозовский Л.Ш., Стародубцева Е.Б. Современный экономический словарь. 2-е изд., испр. М.: ИНФРА-М, 1999; сайт «Информбюро. Экономический словарь» // URL: http://abc.informbureau.com/html/yeiiiixaneass_jeieoeea.html.

⁴ СЗ РФ. 1995. № 30. Ст. 2871. Все правовые акты, включая решения судов, проанализированы с помощью СПС «КонсультантПлюс».

количественные параметры социальной помощи и поддержки зависят от уровня развития экономики. И наоборот, факторами экономического развития в современную эпоху служат качество и доступность образования, социальная и странственная мобильность и проч. Все-таки, полагаем, смешивать эти направления не совсем верно, поскольку у них совершенно разная природа. Экономическая политика направлена на *приумножение* национального богатства. Смыслом социальной политики является определение приоритетов и пропорций для наполнения принципа социального государства материальным содержанием. Тем не менее, в настоящей работе мы абстрагируемся от названных различий и, идя вслед за законодательными терминами, будем применять понятия «социально-экономическая» и «экономическая политика» как равнозначные.

Во-вторых, в приведенном доктринальном определении перечень отдельных политик — составных частей экономической политики — предстает как закрытый. Но это не соответствует ни практике, ни законодательству, ни решениям Конституционного Суда Российской Федерации. Как федеральные законы, так и судебные решения содержат упоминания *о других составных содержательных частях экономической политики*. Тот же закон о государственном прогнозировании говорит, что в программе социально-экономического развития на среднесрочную перспективу должны быть отражены: макроэкономическая политика; инвестиционная и структурная политика; аграрная политика; экологическая политика; социальная политика; региональная экономическая политика; внешнеэкономическая политика. Встречаются в федеральных законах и такие понятия, как научно-техническая политика⁵, торговая политика⁶, аграрная политика⁷, причем все они называются составными частями государственной социально-экономической политики.

Наконец, в-третьих (и это самое важное). В приведенном определении экономической политики *тип* экономической стратегии отделен от собственно экономической политики, поскольку говорится, что «система методов, инструментов и форм государственного воздействия на социально-экономические процессы» — средство государственного воздействия, призванное лишь *реализовывать* соответствующий тип стратегии. Но ни авторы определения, ни другие источники не объясняют значение данного понятия, хотя допускаем, что в экономических исследованиях дается типология экономических стратегий. При этом совершенно непонятно: либо кто-то (кто?) определяет или выбирает тип экономической стратегии, либо имеется в виду уже определенный тип экономической системы.

С этим связан еще один недостаток приведенной дефиниции: в ней нет понятия *цели* и, соответственно, отсутствует такой элемент экономической политики, как *стратегия*, что противоречит как российскому законодательству, так и некоторым решениям Конституционного Суда Российской Федерации. Например, ст. 1 закона о государственном прогнозировании, раскрывающая основные понятия, примененные в данном законе, гласит, что один из основных документов, формализующих эконо-

⁵ Федеральный закон от 23 августа 1996 г. № 127-ФЗ «О науке и государственной научно-технической политике» // СЗ РФ. 1996. № 35. Ст. 4137.

⁶ Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» // СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4850.

⁷ Федеральный закон от 29 декабря 2006 г. № 264-ФЗ «О развитии сельского хозяйства» // СЗ РФ. 2007. № 1 (1 ч.). Ст. 27.

мическую политику, — это Концепция социально-экономического развития, которая определяется как «система представлений о *стратегических целях* и приоритетах социально-экономической политики государства, важнейших направлениях и средствах реализации указанных целей». Или: ч. 5 ст. 4 того же закона указывает, что «в специальном разделе послания Президента Российской Федерации характеризуется состояние экономики Российской Федерации, формулируются и обосновываются *стратегические цели* и приоритеты *социально-экономической политики* государства».

Можно привести также слова из Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 22 июля 2002 г. № 14-П⁸: «*выбор стратегии* в отношении проблемных банков, в особенности системообразующих, т.е. определение того, что более целесообразно, — применение мер, направленных на сокращение операционных издержек, совершенствование управления, взыскание долгов, реструктуризация обязательств кредитной организации, либо применение ликвидационных процедур, является элементом *экономической политики*...». Другое дело, что в данном судебном решении термин «стратегия» применен только к одному из сегментов экономики.

Любопытно заметить, что некоторые конституции зарубежных государств содержат термин «экономическая политика», но именно в смысле *экономической стратегии*. Правда, в одних государствах такая стратегия в целом или вопрос, входящий в эту стратегию, является *предметом выбора*, что рельефно проявляется, например, в Конституции Французской Республики 1958 г. Ст. 11 (в ред. Конституционного закона 1995 г.) предусматривает право Президента Французской Республики вынести по предложению Правительства во время парламентской сессии или по совместному предложению обеих палат Парламента на референдум любой законопроект, касающийся, среди прочего, «реформ, относящихся к социальной или *экономической политике* Нации». В других государствах сама конституция задает основные параметры *экономической (социально-экономической) стратегии*. Ярким примером может служить Конституция Королевства Таиланд 2007 г.⁹, особенностью которой, кстати, является наличие главы V «Направляющие принципы фундаментальной государственной политики». В этой главе есть часть 7, так и озаглавленная «Экономическая политика», где (ст. 84) перечисляются направления *экономической (социально-экономической) деятельности* государства.

С учетом сказанного, нам кажется разумным определить *экономическую политику государства*¹⁰ как систему средств правового, материального, организационного и иного законного воздействия на экономические отношения и их субъектов для достижения определенных органами публичной власти стратегических приоритетов, направлений, целей и тактических задач.

2. Политические условия выработки экономической политики России

С этих позиций можно приступить к анализу собственно *механизма выработки экономической политики, под которым будем понимать систему взаимодействия*

⁸ СЗ РФ. 2002. № 31. Ст. 3161.

⁹ Неофициальный перевод Е.А. Мишиной.

¹⁰ Не стоит забывать, что может существовать и корпоративная экономическая политика.

между органами государственной власти по поводу определения стратегических целей, приоритетов, тактических задач и средств государственного воздействия на экономические отношения.

Отметим, что российское законодательство (в широком смысле, т.е. не только законы, но и указы Президента Российской Федерации, постановления Правительства Российской Федерации) употребляет термин «экономическая (социально-экономическая) политика» как в общегосударственном масштабе, так и в масштабе отрасли¹¹ или региона (регионов)¹². Однако здесь мы сосредоточимся лишь на механизме выработки *общегосударственной* экономической политики.

Данная исследовательская задача предполагает не только определение *субъектов*, участвующих в выработке экономической политики, их *компетенции*, но и *условий*, в которых данная деятельность протекает. Последний элемент диктуется необходимостью понять, насколько *долгосрочной* может быть экономическая политика, насколько силен в ней *элемент преемственности*, и выяснить *степень альтернативности* вариантов экономической политики, поскольку в демократическом государстве любая политика (*policy*) вырабатывается в рамках и в ходе политической борьбы, политической конкуренции, т.е. политики в смысле *politics*.

В одном из значений понятие «стратегия» тождественно понятию «долгосрочность». Хотя последнее понятие является относительным, думается, долгосрочный горизонт экономической политики составляет 10–15 лет. По крайней мере закон о государственном прогнозировании долгосрочной перспективой называет *десятилетний период* (ст. 3). Вопрос, который может возникнуть в связи с этим, состоит даже не в том, что сроки полномочий парламента¹³ и главы государства в президентской и смешанной моделях относительно коротки (4–5 лет). В конце концов, на практике редки случаи, когда пребывание у власти какой-либо политической силы ограничивается одной каденцией, особенно если речь идет о главе государства в президентской и смешанной республиках. К тому же конституционные поправки 2009 г. увеличили сроки полномочий Государственной Думы¹⁴ до 5, а Президента Российской Федерации — до 6 лет. Так вот, вопрос не в этом, а в том, *какова степень преемственности экономической стратегии государства?*

Можно предположить, что политическая сила, приходящая на смену (через легальное овладение правительством¹⁵) силе, правившей до этого, будет скована государственными финансовыми вложениями, начавшимся строительством крупных объектов инфраструктуры, обязательствами государства перед отечественными-

¹¹ См., напр.: Указ Президента Российской Федерации от 16 мая 1996 г. № 732 «О дальнейшем развитии железнодорожного транспорта Российской Федерации» // СЗ РФ. 1996. № 21. Ст. 2471.

¹² См., напр.: Пункт 6 Указа Президента Российской Федерации от 29 сентября 1993 г. № 1507 «О Временной администрации на территориях Моздокского района, Пригородного района и прилегающих к нему местностях Северо-Осетинской ССР и Малгобекского и Назрановского районов Ингушской Республики» (документ не опубликован) // СПС «КонсультантПлюс»

¹³ В парламентской модели экономическую стратегию разрабатывает и проводит правительство, а срок пребывания однопартийного или коалиционного правительства зависит от итогов парламентских выборов.

¹⁴ Правда, как будет показано ниже, срок полномочий депутатов Государственной Думы не имеет сколько-нибудь принципиального значения для выработки экономической политики.

¹⁵ В данном случае под правительством понимается не конкретный орган исполнительной власти, а система органов государственной власти, реально управляющих страной.

ми и иностранными инвесторами, международными обязательствами и т.д. Однако такое предположение верно *в случае работающей системы свободной и открытой политической конкуренции*, в результате которой общество в данный момент отдает приоритет той или иной партии либо коалиции партий. При таких условиях приход к власти иной политической силы, скорее всего, будет означать изменение тактических задач и мер экономической политики, а также, вероятно, выбор новых стратегических целей и приоритетов. Но такие изменения будут осуществляться в параметрах, учитывающих результаты предшествующей экономической политики, которая станет восприниматься как данность.

Подобное политическое поведение новой правящей партии имеет под собой вполне рациональные мотивы: прежде всего, нежелание ассоциироваться в глазах общества с разрушителем во имя своих идеологических постулатов, с уничтожителем части национального богатства. Об этом хорошо сказал известный государствовед начала XX в. Я.М. Магазинер: «Когда в парламенте по поводу внесенного законопроекта борются две политические партии, представляющие два различных общественных класса или даже две фракции одного и того же класса, то никто из них не доказывает, что предлагаемый парламенту закон должен быть принят, хотя бы он противоречил интересам данного государства, лишь бы только он обеспечивал интерес данного класса: наоборот, данный классовый интерес открыто отстаивается как таковой только тогда, *когда уже считается доказанным, что в этом классовом интересе заключается общий интерес* (курсив во всех цитатах наш. — М.К.), — или же, не отрицая противоречия между своим классовым и общим интересами, признавая даже обязанность пожертвования классовым интересом в пользу общего, государственного, класс указывает лишь на неравномерность своих жертв с жертвами других классов, на угрозу для всеобщего интереса от разорения и разрушения класса. Но никто не потребует, чтобы интерес его класса, как *самоцель*, был поставлен выше интересов всего общества, никто не отвергнет верховенства общественного интереса над всеми другими интересами в обществе»¹⁶.

Другой сильный мотив состоит в том, что в условиях политической конкуренции проигравшим, т.е. оппозиционным в данный период политическим силам, *институционально обеспечено участие в выработке экономической политики*. Это означает, что последняя, в том числе в части определения экономической стратегии, вырабатывается не в монопольном (авторитарном) режиме, а в режиме компромисса, который достигается, главным образом, в парламенте. В этом, кстати, кроется *одно из главных отличий политической конкуренции от конкуренции экономической*.

В рамках полупрезидентской (смешанной) модели, к которой относится и Россия, подобный компромисс иногда предопределяется самой конституцией. Например, согласно ст. 49 и 50 Конституции Франции, премьер-министр может вынести на одобрение Национального собрания программу правительства или его общеполитическую декларацию, ставя вопрос о доверии. Если Национальное собрание примет резолюцию порицания или если не одобрит программы либо общеполитической декларации, премьер-министр должен вручить Президенту Республики заявление об отставке правительства. Вообще обязанность правительства уйти в отставку (либо обязанность президента отправить правительство в отставку) в случае

¹⁶ Магазинер Я.М. Общее учение о государстве: Курс лекций, читанных в Петроградском университете в 1918–1922 гг. Пг., 1922. С. 156.

выражение недоверия характерна для большинства европейских государств со смешанной моделью (кроме государств, образованных на территориях бывших союзных республик СССР). Вот почему правительство вынуждено считаться с мнением оппозиционных партий, прежде всего по вопросам экономической (социально-экономической) политики.

Таким образом, партия, приходящая к власти в очередном избирательном цикле, не может считать проводившуюся предыдущим правительством экономическую политику полностью чужой, а потому требующей немедленной и радикальной смены. В условиях работающей системы политической конкуренции любая приходящая к власти сила, скорее всего, будет менять экономическую политику, но в щадящем режиме. Тем самым политическая конкуренция служит залогом как преемственности экономической стратегии, так и общей стабильности государственного организма, плавного развития страны.

Новейшая история, между прочим, знает примеры довольно резкого изменения социально-экономического курса: Новый курс президента Ф. Рузвельта, курс канцлера Л. Эрхарда (отца «германского экономического чуда»), неоконсервативные курсы премьер-министра М. Тэтчер («тэтчеризм») и президента Р. Рейгана («рейганомика»). Однако во всех этих и иных подобных ситуациях экономические политики носят имена соответствующих лидеров не потому, что те придумывали и проводили политику как автократы, а потому, что проявили не только решительность, но и политическое искусство, в том числе искусство достижения компромиссов в рамках работающей системы сдержек и противовесов.

Напротив, отсутствие публичной политики как *politics*, т.е. институализированного столкновения мнений, ценностей, интересов, приводит к большой вероятности резкого изменения экономической стратегии, а следовательно, к социальным и политическим потрясениям, не говоря уже об огромном экономическом ущербе для страны. Именно об этом писал Карл Поппер: «Можно различить два типа правительств. Первый тип — это правительства, от которых мы можем избавиться без кровопролития, например, путем всеобщих выборов. В этом случае общественные институты обеспечивают средства, с помощью которых правители могут быть смещены гражданами, а общественные традиции гарантируют, что *эти институты не могут быть с легкостью разрушены теми, кто находится у власти*. Второй тип — это правительства, от которых управляемые могут избавиться *лишь путем успешного переворота*, т.е. в большинстве случаев — никогда. По-моему, термин “демократия” — это краткое обозначение правительства первого типа, а термины “тирания” или “диктатура” — второго»¹⁷.

О предпочтительности политической конкуренции и ее значении как основы демократии говорится, между прочим, в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 15 декабря 2004 г. № 18-П, который заметил, что «*в конкурентной борьбе партий за политическую власть создается та необходимая демократическая среда, которая позволяет многонациональному российскому народу как носителю суверенитета и единственному источнику власти в Российской Федерации осознанно выбрать оптимальные направления развития общества и государства и достичь гражданского согласия*»¹⁸.

¹⁷ Поппер К.Р. Открытое общество и его враги: в 2 т. Т. 1: Чары Платона / пер. с англ. под ред. В.Н. Садовского. М., 1992. С. 164–165.

¹⁸ СЗ РФ. 2004. № 51. Ст. 5260.

К сожалению, приходится констатировать, что **в постсоветской российской реальности политическая конкуренция отсутствует**, хотя некоторые ее внешние признаки и проявляют себя. Кому-то ситуация отсутствия политической конкуренции может показаться благом, поскольку она якобы обеспечивает стабильность экономической политики в широком смысле. Однако стабильность, основанная не на преемственности здравого смысла, а на «аппаратной» преемственности (можно даже сказать, «византийского типа»), оборачивается закрытием альтернатив при выборе (выработке) экономической стратегии. Поэтому думается, в некоторой степени правы те, кто утверждает, что в постсоветской России создана «искусственная безальтернативность» и «важная часть этой искусственной безальтернативности — деполитизация процесса выработки экономической стратегии, т.е. превращение политических решений в “технические” посредством сочетания авторитарных механизмов управления и специального экспертного дизайна, который оформляет выбранное решение как “единственно возможное в сложившихся обстоятельствах”». В этой логике были проведены и обоснованы знаковые реформы минувших 20 лет: моментальная либерализация цен и внешней торговли, приватизация, реформа электроэнергетики, монетизация льгот, вступление в ВТО и т.д.»¹⁹.

3. Законодательное регулирование механизма выработки экономической политики

Как уже говорилось, основным правовым регулятором выработки и формализации экономической политики является Федеральный закон «О государственном прогнозировании и программах социально-экономического развития Российской Федерации». В нем представлена система, состоящая из трех основных компонентов — концепции, программы и прогноза. Однако анализ реализации закона показывает, что практика довольно существенно отклоняется от его требований.

«Концепция социально-экономического развития Российской Федерации, — гласит ст. 1 данного закона, — система представлений о стратегических целях и приоритетах социально-экономической политики государства, важнейших направлениях и средствах реализации указанных целей». Последний по времени из такого рода документов — Концепция долгосрочного социально-экономического развития Российской Федерации на период до 2020 года (утв. распоряжением Правительства Российской Федерации от 17 ноября 2008 г. № 1662-р)²⁰. Анализ этой концепции позволяет заметить несколько отклонений от закона о государственном прогнозировании.

Первое. Во введении к концепции говорится, что она «разработана в соответствии с поручением Президента Российской Федерации по итогам заседания Государственного совета Российской Федерации, состоявшегося 21 июля 2006 г.». Однако требованиям закона больше соответствовало бы поручение, данное непосредственно на заседании Правительства Российской Федерации под председательством Президента Российской Федерации²¹ (п. «б» ст. 83 Конституции Российской Федерации), а не на заседании Государственного совета Российской Федерации. Этот

¹⁹ Ремизов М., Межуев Б. Охота на медведей // Электронное СМИ «Газета.ру». Комментарии // URL: http://www.gazeta.ru/comments/2011/04/18_a_3587173.shtml

²⁰ СЗ РФ. 2008. № 47. Ст. 5489. В настоящее время эта концепция переработана.

²¹ Этот институт, однако, практически не применяется.

орган, согласно п. 1 положения о нем, является лишь «*совещательным органом*, содействующим реализации полномочий главы государства по вопросам обеспечения *согласованного функционирования и взаимодействия* органов государственной власти»²². В Государственный совет, помимо Президента Российской Федерации — его председателя — входят «по должности высшие должностные лица (руководители высших исполнительных органов государственной власти) субъектов Российской Федерации», а также, по решению Президента, — бывшие руководители регионов (п. 7 положения). К тому же данное заседание Госсовета называлось «О механизмах взаимодействия федеральных и региональных органов исполнительной власти при разработке программ комплексного социально-экономического развития регионов». Неудивительно, что в выступлениях как самого президента, так и членов Рабочей группы по комплексному социально-экономическому планированию развития регионов говорилось не о направлениях экономической стратегии, а об общих недостатках деятельности государства в экономической сфере и об экономическом развитии именно регионов, но не страны в целом²³.

Второе. Закон о государственном прогнозировании предусматривает, что разработке концепции стратегии экономического развития должен предшествовать *прогноз* социально-экономического развития на *долгосрочную перспективу*, который разрабатывается раз в 5 лет на 10-летний период (помимо прогнозов на очередной финансовый год и плановый период). На основе такого прогноза правительство организует разработку концепции социально-экономического развития Российской Федерации на долгосрочную перспективу (п. 1 и 2 ст. 3). Таким образом, закон имеет в виду, что правительство без всяких поручений обязано регулярно представлять прогноз и на его основе разрабатывать концепцию долгосрочного развития (президент, согласно ст. 4 закона, в своем первом после избрания ежегодном послании представляет свою концепцию экономического развития только на *среднесрочный период*).

Третье. Временной горизонт концепции социально-экономической политики на 2 года превышает указанный в законе о государственном прогнозировании. С экономической точки зрения, это, скорее всего, несущественно. Но если мы имеем дело с законодательными императивами, пренебрежительное отношение к ним подрывает смысл правового регулирования. Между прочим, и в п. 2 распоряжения об утверждении названной концепции Министерству экономического развития поручено разработать и внести в Правительство Российской Федерации прогноз долгосрочного социально-экономического развития страны уже на период *до 2030 г.* Но ст. 3 закона о государственном прогнозировании требует, чтобы прогноз социально-экономического развития на долгосрочную перспективу разрабатывался *раз в пять лет на десятилетний период*. Так что и здесь мы видим нарушение установленного законом порядка.

Четвертое. Концепция по умолчанию предполагает, что еще, как минимум, 14 лет (хотя концепция была утверждена в 2008 г.²⁴, но само-то поручение поступи-

²² Положение о Государственном совете Российской Федерации, утв. Указом Президента Российской Федерации от 1 сентября 2000 г. № 1602 // СЗ РФ. 2000. № 36. Ст. 3633.

²³ См.: Выдержки из стенографического отчета о заседании Государственного совета «О механизмах взаимодействия федеральных и региональных органов исполнительной власти при разработке программ комплексного социально-экономического развития регионов» // URL: <http://archive.kremlin.ru/text/appears2/2006/07/21/109663.shtml>

²⁴ Кстати, не очень понятно, почему с момента президентского поручения до утверждения концепции прошло два года. Поэтому получилось, что В.В. Путин дал поручение самому себе.

ло в 2006 г.) политическое руководство страны останется прежним. И это еще одно, пусть и косвенное, подтверждение того печального обстоятельства, что политической конкуренции в России нет и органы власти в своих планах исходят именно из данного факта даже вопреки закону.

Закон о государственном прогнозировании предполагает и форму конкретизации социально-экономической стратегии — *программу социально-экономического развития Российской Федерации* (согласно ст. 4 закона, такие программы разрабатываются на среднесрочную перспективу — *от трех до пяти лет*). Здесь мы также можем видеть, что это требование закона выполняется отнюдь не всегда. Дело в том что последняя по времени Программа социально-экономического развития Российской Федерации на среднесрочную перспективу²⁵ была разработана только на 2006–2008 гг.

Согласно тому же закону (п. 8 ст. 4) программа социально-экономического развития на среднесрочную перспективу должна включать в себя макроэкономическую политику, инвестиционную, структурную, аграрную, экологическую, социальную, региональную экономическую и внешнеэкономическую политику (политики). Однако структура реальных программ (в частности, упомянутой программы на 2006–2008 гг.) отличается от предписанной законом.

В то же время федеральные законы, принимаемые по отдельным отраслям и сферам социально-экономической жизни, как бы дезавуируют систему, предусмотренную законом о государственном прогнозировании, и фактически консервируют отдельные направления, формы и средства экономического воздействия, доминирующие в момент принятия таких законов.

Особенно ярко это проявляется в законах, регулирующих таможенную деятельность. И в прежних таможенных кодексах Российской Федерации (1993 и 2003 гг.), и в действующих Основах таможенных законодательств государств — участников Содружества Независимых Государств (от 10 февраля 1995 г.)²⁶, и в Федеральном Законе от 31 мая 1999 г. № 104-ФЗ «Об Особой экономической зоне в Магаданской области»²⁷ понятие «меры экономической политики» фактически подразумевает в основном протекционистские меры. Во всяком случае именно так толкует это понятие Конституционный Суд Российской Федерации. Рассматривая дела, связанные с конституционностью положений таможенного законодательства, Конституционный Суд Российской Федерации исходил из того, что стимулирование развития национальной экономики обеспечивается защитой российского рынка, наиболее эффективным использованием инструментов таможенного контроля и регулирования товарообмена на таможенной территории, реализацией задач экономической политики Российской Федерации²⁸. Однако теоретически можно представить себе ситуацию, когда государство будет, напротив, пытаться сдерживать развитие отдель-

²⁵ Утв. распоряжением Правительства Российской Федерации от 19 января 2006 г. № 38-п // СЗ РФ. 2006. № 5. Ст. 589.

²⁶ Российская газета. 1995. № 245; 1996. № 3; 1996. № 12.

²⁷ СЗ РФ. 1999. № 23. Ст. 2807.

²⁸ См.: Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 апреля 2001 г. № 7-П // СЗ РФ. 2001. № 23. Ст. 2409; определения Конституционного Суда Российской Федерации от 10 января 2002 г. № 3-О // СЗ РФ. 2002, № 7. Ст. 744; от 12 мая 2005 г. № 186-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2005. № 6.

ных отраслей экономики, например, для снижения степени экологической угрозы или изменения структуры экономики страны. Экономической науке известны такие термины, как «перегрев», «излишнее стимулирование» экономики и т.д. Тем более подвижна идея экономического протекционизма (особенно с учетом вступления России в ВТО). Тогда правовые средства регулирования могут войти в противоречие с вырабатываемой экономической политикой.

Аналогичным образом экономическая политика, особенно в части выбора стратегических направлений, способна встретить препятствия и со стороны других законов, например Федерального закона от 29 декабря 2006 г. № 264-ФЗ «О развитии сельского хозяйства»²⁹, где указываются основные цели, принципы, направления (ст. 5) и меры по реализации (ст. 6) аграрной политики как составной части государственной социально-экономической политики. К подобным законам можно отнести также федеральные законы от 8 декабря 2003 № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности»³⁰ и от 24 июля 2007 г. № 209-ФЗ «О развитии малого и среднего предпринимательства в Российской Федерации»³¹.

4. Основные субъекты выработки российской экономической политики и их компетенция

Если формально подходить к выявлению органов, участвующих в выработке российской экономической политики, можно было бы ограничиться решениями Конституционного Суда Российской Федерации, в которых он прямо называет такие органы. Так, в Определении от 21 мая 1999 г. № 68-О³² Конституционный Суд прямо указал, что законодатель (т.е. палаты Федерального Собрания) имеет «конституционные полномочия в сфере экономической политики». Полный же «перечень» органов власти, вырабатывающих экономическую политику (по мнению КС РФ, их всего два, отсюда кавычки вокруг слова «перечень»), приведен в Постановлении от 22 июля 2002 г. № 14-П³³, которое было принято по делу, связанному с реструктуризацией проблемных банков. В нем суд заявил, что *выработка экономической политики входит в компетенцию Федерального Собрания и Правительства Российской Федерации*.

Однако ни реальное положение вещей, ни другие решения самого Конституционного Суда не позволяют называть российский парламент субъектом выработки экономической политики. Палаты Федерального Собрания участвуют в такой выработке только как *вспомогательные институты*. Показательно, что и сам Конституционный Суд Российской Федерации говорит о несколько условном характере компетенции Федерального Собрания по выработке экономической политики, ограничивая возможность осуществления такой компетенции «целями государственной экономической политики». Проще говоря, суд как бы признал, что парламент России уже связан выработанной экономической политикой. Об этом, в

²⁹ СЗ РФ. 2007. № 1 (1 ч.). Ст. 27.

³⁰ СЗ РФ. 2003. № 50. Ст. 4850.

³¹ СЗ РФ. 2007. № 31. Ст. 4006.

³² Документ не опубликован. Источник — СПС «КонсультантПлюс».

³³ СЗ РФ. 2002. № 31. Ст. 3161.

частности, сказано в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 17 июня 2004 г. № 12-П³⁴.

Практически о том же говорится и в Постановлении от 15 декабря 2006 г. № 10-П³⁵, где суд указал, что «федеральный законодатель при осуществлении финансового регулирования, в том числе при выборе той или иной организационной формы кассового обслуживания исполнения бюджетов всех уровней единой бюджетной системы Российской Федерации, *ориентируется на реализацию целей* государственной экономической политики, имея в виду как конституционно обусловленные особенности федеративного устройства Российской Федерации, так и задачи реформирования финансовой системы на данном этапе социально-экономического развития государства». Следовательно, федерального законодателя сдерживает не только Конституция Российской Федерации, что как раз естественно, но и выработанная в данный период экономическая политика. Во всяком случае, парламент не в состоянии изменить цели такой политики. Разумеется, палаты российского парламента могут оказывать воздействие на содержание экономической политики, а также формы, методы, темпы ее реализации. Но они не вырабатывают саму экономическую политику. Поэтому попытаемся аналитическим путем выявить реальных субъектов выработки экономической политики.

Президент Российской Федерации. Сразу же отметим, что, по российской Конституции собственно экономических полномочий у Президента Российской Федерации нет. Тем не менее он не просто активный участник выработки экономической политики, а *главный ее определитель*. Причем объем его участия в определении экономической политики и степень конкретности зависят только от самого президента. Дело в том что в России практически нет института, который мог бы ограничить президента, в отличие, скажем, от Верховного суда США, который, например, довольно успешно «вставлял палки в колеса» Новому курсу Ф.Д. Рузвельта. Что же позволяет российскому президенту играть ключевую роль в выработке экономической политики?

Согласно ч. 3 ст. 80 Конституции Российской Федерации, президент *определяет основные направления внутренней и внешней политики страны*. Правда, там оговаривается, что «в соответствии с Конституцией Российской Федерации и федеральными законами». Но на самом деле такое условие ничего не меняет, так как президент вправе предложить (и предлагает) меры, которые в данный момент времени еще не являются ни конституционными, ни законодательными нормами. Собственно, президентские предложения часто и направлены на изменения законодательства, а иногда и самой Конституции Российской Федерации, как это было в Послании Федеральному Собранию 2009 г.

Конечно, президентские предложения, выдвигаемые им в рамках реализации данной функции, можно не рассматривать как императивные. Но, во-первых, у главы государства имеются весомые конституционные рычаги для превращения своих предложений в нормативные требования³⁶. Во-вторых, Конституционный

³⁴ СЗ РФ. 2004. № 27. Ст. 2803.

³⁵ СЗ РФ. 2007. № 2. Ст. 400. См. также: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 15 января 2008 г. № 192-О-О // Вестник Конституционного Суда РФ. 2008. № 4.

³⁶ О механизмах такого превращения см., напр.: Краснов М.А., Шаблинский И.Г. Российская система власти: треугольник с одним углом. М.: Институт права и публичной политики, 2008.

Суд дважды провозглашал, что основные направления внутренней и внешней политики обладают императивностью. В 1998 г. это относилось лишь к Правительству Российской Федерации³⁷, а в 2006 г. Конституционный Суд установил, что из Конституции Российской Федерации вытекает требование «обязательности для всех органов публичной власти (!? — М.К.) основных направлений внутренней и внешней политики государства, определяемых в соответствии с ее статьей 80 (часть 3) [...]»³⁸.

Данной функции соответствует полномочие главы государства *ежегодно обращаться к Федеральному Собранию с посланиями о положении в стране, об основных направлениях внутренней и внешней политики государства* (п. «е» ст. 84). Однако это не означает, что только в такой форме президент вправе определять основные направления политики, в том числе экономической. Это, кстати, отчетливо конкретизируется в законе о государственном регулировании, где в ст. 4 говорится, что первое после вступления в должность Президента Российской Федерации послание к Федеральному Собранию содержит специальный раздел, посвященный концепции социально-экономического развития Российской Федерации, правда, почему-то только на среднесрочную перспективу (п. 4). В этом разделе должно быть охарактеризовано состояние экономики Российской Федерации, сформулированы и обоснованы стратегические цели и приоритеты социально-экономической политики государства, направления реализации указанных целей, важнейшие задачи, подлежащие решению на федеральном уровне, приведены важнейшие целевые макроэкономические показатели, характеризующие социально-экономическое развитие страны на среднесрочную перспективу (п. 5).

Президент и в других документах (указах, заявлениях, выступлениях, доктринах и концепциях, даже в интервью) может высказывать те или иные идеи, в том числе и по формированию экономической политики. В частности, в середине 1990-х годов появился такой вид президентских документов, как *бюджетное послание*, которое не упоминается в Конституции Российской Федерации, но обрело легитимацию после закрепления в Бюджетном кодексе Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 145-ФЗ (ст. 170 и 172), где говорится, что бюджетное послание, направляемое Федеральному Собранию, является одной из основ проекта федерального бюджета (понятно, что тем самым определяются и приоритеты экономической политики).

Конечно, Президент Российской Федерации определяет в основном стратегические цели, приоритеты экономической политики. Это естественно, поскольку, согласно Конституции России, глава государства имеет весьма широкие возможности для политического маневра, прежде всего благодаря возложению основной тяжести ответственности на правительство. Поэтому президенту нет смысла задавать конкретные параметры экономической политики, хотя иногда он это делает. К тому же президент фактически обращается к обществу, а для этого специальная терминология неуместна. В задачи Экспертного управления Президента Российской Федерации входит анализ социально-экономической информации, разработка прогнозов и сценариев развития социально-экономических отношений, экспертиза проектов федеральных законов, регулирующих отношения в

³⁷ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 11 декабря 1998 г. № 28-П // СЗ РФ. 1998. № 52. Ст. 6447.

³⁸ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 29 ноября 2006 г. № 9-П // СЗ РФ. 2006. № 50. Ст. 5371.

социально-экономической сфере³⁹, но для выработки деталей экономической политики у этого подразделения президентской администрации нет необходимого количества специалистов.

В то же время нельзя полагать, что Президент Российской Федерации принимает решения в экономической сфере вне всякой связи и без согласования с правительством. Хотя теоретически глава государства в полном соответствии с Конституцией может принять некие экономические решения стратегического характера, не согласовывая их с правительством, на практике этого не происходит, поскольку президент понимает, что его «сумасбродные» идеи правительство либо не сможет проводить в жизнь, либо фактически будет саботировать.

Не случайно в свое время Президент Российской Федерации закрепил формальные основания для взаимодействия с правительством, издав Указ от 10 июня 1994 г. № 1185 «Об обеспечении взаимодействия Президента Российской Федерации и Правительства Российской Федерации»⁴⁰. В этом указе, среди прочего, предусмотрено, что «проекты указов и распоряжений Президента Российской Федерации, затрагивающие вопросы, отнесенные к компетенции Правительства Российской Федерации, согласованные в установленном порядке с заинтересованными министерствами и иными федеральными органами исполнительной власти, направляются Правительству Российской Федерации». И наоборот — в Администрацию Президента Российской Федерации направляются для согласования проекты постановлений Правительства Российской Федерации, принятие которых предусмотрено актами Президента Российской Федерации, а также по вопросам прав и свобод человека и гражданина; охраны суверенитета Российской Федерации, ее независимости и государственной целостности; обеспечения согласованного функционирования и взаимодействия органов государственной власти; определения основных направлений внутренней и внешней политики; руководства внешней политикой; осуществления функций Верховного главнокомандующего Вооруженными силами Российской Федерации (п. 3, 4).

Правительство Российской Федерации. Как ни странно, но в Конституции напрямую об участии правительства в выработке экономической политики тоже почти ничего не говорится. Разве только в ч. 1 ст. 114 Конституции Российской Федерации сказано, что Правительство Российской Федерации разрабатывает и представляет Государственной Думе федеральный бюджет, а также обеспечивает проведение в Российской Федерации единой финансовой, кредитной и денежной политики.

В таком случае где следует искать конституционные основы активного участия правительства в выработке экономической политики? Главным образом, в ст. 71 Конституции Российской Федерации, определяющей предметы исключительного ведения Российской Федерации. В ней говорится, что *в ведении Российской Федерации* находятся, в частности: управление федеральной собственностью; установление основ федеральной политики и федеральные программы в области экономического развития; установление правовых основ единого рынка; финансовое,

³⁹ См.: Пункт 4 Положения об Экспертном управлении Президента Российской Федерации, утв. Указом Президента Российской Федерации от 20 августа 2004 г. № 1086 // СЗ РФ. 2004. № 34. Ст. 3542.

⁴⁰ СЗ РФ. 1994. № 7. Ст. 697.

валютное, кредитное, таможенное регулирование, денежная эмиссия, основы ценовой политики; федеральный бюджет; федеральные налоги и сборы; федеральные фонды регионального развития; федеральные энергетические системы, ядерная энергетика, расщепляющиеся материалы; федеральные транспорт, пути сообщения, информация и связь; внешнеэкономические отношения Российской Федерации; оборонное производство; определение порядка продажи и покупки оружия, боеприпасов, военной техники и другого военного имущества; производство ядовитых веществ, наркотических средств.

Все ли это относится к компетенции Правительства Российской Федерации? Тем более что ч. 1 ст. 76 Конституции Российской Федерации гласит: «По предметам ведения Российской Федерации принимаются *федеральные конституционные законы и федеральные законы*, имеющие прямое действие на всей территории Российской Федерации». Думается, перед нами одно из проявлений несовершенной конституционной техники. Ведь даже простая логика требует признать, что, например, такая функция, как управление федеральной собственностью, фигурирующая среди предметов исключительного ведения Федерации, чаще всего осуществляется отнюдь не посредством закона. Ответ на недоумения по поводу ст. 71, рассматриваемой в совокупности со ст. 76, дал в 1999 г. Конституционный Суд, установивший, что «само по себе отнесение того или иного вопроса к ведению Российской Федерации (статья 71 Конституции Российской Федерации) не означает невозможности его урегулирования иными, помимо закона, нормативными актами, кроме случаев, когда сама Конституция Российской Федерации исключает это, требуя для решения конкретного вопроса принятия именно федерального конституционного либо федерального закона»⁴¹.

Однако с правовой точки зрения такая позиция безупречна, так как фактически уравнивает законы и подзаконные акты (справедливости ради следует отметить, что данное решение Конституционного Суда Российской Федерации было обращено не столько к постановлениям правительства, сколько к указам Президента Российской Федерации⁴²). Но в конкретной исторической ситуации подобное решение отвечало потребностям правового развития. Впрочем, даже если бы не было названного решения Конституционного Суда Российской Федерации, некоторые положения ст. 71 свидетельствуют о том, что именно Правительство Российской Федерации в наиболее полном объеме разрабатывает (вырабатывает) экономическую политику. Дело в том что это вытекает *per se* из статуса правительства как органа, осуществляющего исполнительную власть в стране (ст. 110 Конституции Российской Федерации). Поэтому законодатель, как правило, поручает именно этому органу конкретизировать те или иные положения закона.

Это естественно, поскольку только среди федеральных органов *исполнительной власти* есть специализированные ведомства и их учреждения, способные анализировать как экономическую ситуацию в стране в целом, так и отдельные ее сегменты, осуществлять прогностические и программные функции. Соответственно, и в

⁴¹ Постановление Конституционного Суда Российской Федерации от 27 января 1999 г. № 2-П // СЗ РФ. 1999. № 6. Ст. 866.

⁴² Это естественно, так как сам запрос, в связи с которым было принято данное решение, касался правомерности определения системы федеральных органов исполнительной власти президентом страны.

Законе о государственном прогнозировании именно на Правительство Российской Федерации возлагается основная задача по выработке экономической политики, которая решается, прежде всего, при активном участии *Министерства экономического развития Российской Федерации*, являющегося (согласно Правилам разработки прогноза социально-экономического развития Российской Федерации, утв. постановлением Правительства Российской Федерации от 22 июля 2009 г. № 596⁴³) головным ведомством в этой сфере.

Центральный банк Российской Федерации. О том, что Центральный банк Российской Федерации (Банк России) является субъектом выработки экономической политики, свидетельствуют как Конституция Российской Федерации, так и Федеральный закон от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»⁴⁴. Однако в отношении того, насколько реальная роль этого субъекта экономической политики соответствует его правовому статусу, возникают вопросы.

Согласно ч. 2 ст. 75 Конституции Российской Федерации, *основной функцией* Банка России является *защита и обеспечение устойчивости рубля*. О том же, но уже как *одной из* основных целей банка, говорит и ст. 3 закона о Центробанке. Тем самым устойчивость национальной валюты есть конституционная константа. Но не является ли такая константа тормозом, а то и препятствием на пути выработки экономической политики государства? Ведь если мы говорим о *выработке* политики, значит, подразумеваем, что в разные периоды времени могут меняться цели, задачи, приоритеты, методы. Однако цель Банка России предопределена: обеспечение устойчивости рубля. В таком случае, например, будет ли конституционной политика, направленная на ослабление курса рубля для обеспечения интересов отечественных товаропроизводителей?

Ответ зависит от того, как мы истолкуем норму об основной функции (цели) Банка России. Толкуя ее буквально, придется признать, что авторы проекта конституционного текста исходили из тогдашней российской реальности и не заглядывали вперед⁴⁵. Так что, например, отказ Банка России от таргетирования валютного курса формально будет означать нарушение ст. 75 Конституции Российской Федерации. Однако норму об основной функции (цели), думается, можно истолковать и таким образом, что здесь имеется в виду недопустимость *резких* колебаний курса рубля. Как бы то ни было, мы имеем дело с расплывчатым правовым регулированием целей и функций (задач) Банка России.

Другой вопрос возникает по поводу конституционной и законодательной норм о независимости Банка России. Ч. 2 ст. 75 Конституции Российской Федерации гласит, что свою основную функцию Банк России осуществляет независимо от других органов государственной власти. Ст. 1 закона о Центробанке не только конкретизирует, но и фактически расширяет этот принцип, указывая: «Функции и полномочия, предусмотренные Конституцией Российской Федерации и настоящим Федеральным законом, Банк России осуществляет независимо от других

⁴³ СЗ РФ. 2009. № 30. Ст. 3833.

⁴⁴ СЗ РФ. 2002. № 28. Ст. 2790.

⁴⁵ Это, кстати, касается и конституционного закрепления системы организации государственной власти, которая, возможно, и была оправдана в 1993 г., но через несколько лет стала политическим тормозом.

федеральных органов государственной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации и органов местного самоуправления». Но так ли обстоят дела в реальности?

В ст. 21 закона о Центробанке указывается, что «для реализации возложенных на него функций Банк России участвует в разработке экономической политики Правительства Российской Федерации». Однако если для реализации своих функций, то значит, не правительство привлекает Банк России, а наоборот, последнему предоставляется право отстаивать свою позицию при разработке экономической политики. Другое дело, что в данной статье несколько странно звучат слова «политика Правительства», поскольку, как мы выяснили, у Правительства Российской Федерации не может быть *своей* экономической политики. Тем не менее вопрос о реальной независимости Банка России остается.

Во-первых, сама конструкция назначения на должность и увольнения Председателя Банка России не позволяет ему поддерживать независимость банка. В соответствии с п. «г» ст. 83 Конституции Российской Федерации Президент страны «представляет Государственной Думе кандидатуру для назначения на должность Председателя Центрального банка Российской Федерации; ставит перед Государственной Думой вопрос об освобождении от должности Председателя Центрального банка Российской Федерации». Но президент теснейшим образом связан с Правительством Российской Федерации и, естественно, опирается, главным образом, на мнение его председателя. Причем, в соответствии со ст. 14 Закона о Центробанке, Председатель Банка России назначается всего на четыре года. Необходимо учитывать также, что президент вправе внести представление и о досрочном его освобождении.

Правда, формальные основания для досрочного освобождения оговариваются законом. Однако понятно, что у президента есть довольно большие возможности «убедить» Председателя Банка России подать заявление об отставке. Во всяком случае, после известного «черного вторника» — обвального падения курса рубля по отношению к доллару 11 октября 1994 г. — Председатель Банка России В.В. Герращенко был отправлен в отставку.

Во-вторых, конституционной и законодательной нормам о независимости противоречит установленный в законе о Центробанке принцип его подотчетности Государственной Думе. В ст. 5 закона называются проявления такой подотчетности. Однако, на наш взгляд, информирование Центробанком Думы, равно как возможность проверки его финансово-хозяйственной деятельности Счетной палатой и т.п., не являются формами подотчетности. Поэтому о подотчетности вообще не следует упоминать в законе, поскольку это напрямую противоречит конституционному положению о независимости Банка России.

В-третьих, в п. 11 ст. 4 закона о Центробанке установлено, что Банк России «осуществляет самостоятельно *или по поручению Правительства Российской Федерации* все виды банковских операций и иных сделок, необходимых для выполнения функций Банка России». Ясно, что право давать поручение Банку России хотя бы по определенному кругу вопросов несовместимо с понятием независимости.

Наконец, в-четвертых, в некоторых документах самого банка признается, что он не работает в независимом режиме. Так, в Основных направлениях единой государственной денежно-кредитной политики на 2009 год и период 2010 и 2011 го-

дов — ежегодном документе, составляемом Центробанком, — говорится, что в нем «отражаются главные задачи, стоящие перед Банком России в указанный период в соответствии с проводимой Правительством Российской Федерации экономической политикой, и определяются меры денежно-кредитной политики, ведущие к достижению поставленных целей»⁴⁶.

Закон также определяет *формы участия* банка в разработке экономической политики: Председатель Банка России или по его поручению один из заместителей участвует в заседаниях Правительства Российской Федерации, а также может принимать участие в заседаниях Государственной Думы при рассмотрении законопроектов, касающихся вопросов экономической, финансовой, кредитной и банковской политики. Однако вряд ли это можно назвать *основными формами участия* Центробанка в выработке экономической политики, поскольку эта политика во время заседаний правительства и, тем более, заседаний Думы не вырабатывается, а лишь уточняется и формализуется. Ближе к реальности, скорее, другая норма той же статьи, в соответствии с которой «Банк России и Правительство Российской Федерации информируют друг друга о предполагаемых действиях, имеющих общегосударственное значение, координируют свою политику, проводят регулярные взаимные консультации».

О других формах участия Банка России упоминается в ст. 45 закона о нем. Точнее, в этой статье говорится о формах *координации* политики Центробанка с общегосударственной экономической политикой. С этой целью Банк России ежегодно перед внесением в Государственную Думу проекта закона о федеральном бюджете на очередной финансовый год и плановый период представляет в Думу проект основных направлений единой государственной денежно-кредитной политики на предстоящий год и плановый период⁴⁷, причем сначала этот проект представляется Президенту Российской Федерации и в правительство. Окончательный вариант основных направлений денежно-кредитной политики Банк России представляет не позднее 1 декабря текущего года Государственной Думе, которая рассматривает этот документ и принимает соответствующее решение. Стоит отметить, что закон о Центробанке определяет структуру «основных направлений» и, в частности, обязывает Банк России дать краткую характеристику состояния экономики Российской Федерации, а также сценарный (не менее двух вариантов) прогноз развития экономики на предстоящий год с указанием цен на нефть и другие товары российского экспорта, предусматриваемых каждым сценарием.

Палаты Федерального Собрания Российской Федерации. Хотя выше было сказано о *вспомогательной* роли Государственной Думы и Совета Федерации в процессе выработки экономической политики, тем не менее в Конституции Российской Федерации и федеральном законодательстве закреплены некоторые полномочия, которые формально позволяют отнести российский парламент к участникам выработки экономической политики.

Во-первых, в ч. 3 ст. 75 Конституции Российской Федерации установлено, что «система налогов, взимаемых в федеральный бюджет, и общие принципы налогообложения и сборов в Российской Федерации устанавливаются федеральным законом».

⁴⁶ Вестник Банка России. 2008. № 66.

⁴⁷ Сейчас он составляет два года.

Понятно, что те или иные принципы, положенные в основание налоговой системы, характеризуют соответствующую экономическую политику. Налоги и сборы вообще — это один из наиболее эффективных инструментов проведения экономической политики. Однако следует учитывать, что подобного рода законы, скорее, лишь оформляют решения, принятые президентом и правительством.

К конституционным полномочиям палат Федерального Собрания можно было бы отнести и ч. 4 ст. 75 Конституции Российской Федерации, где говорится, что *государственные займы* выпускаются в порядке, определяемом федеральным законом, но это все-таки нельзя считать формой участия в экономической политике, так как закон определяет лишь *порядок выпуска займов*. Сами же займы (а решение об их выпуске составляет элемент экономической политики), согласно ч. 3 ст. 103 Бюджетного кодекса Российской Федерации⁴⁸, выпускаются Правительством Российской Федерации либо уполномоченным им Министерством финансов Российской Федерации.

Во-вторых, обе палаты принимают (Дума принимает, Совет Федерации одобряет) федеральные законы о федеральном бюджете, а потому теоретически могут повлиять на макроэкономические приоритеты. Но именно теоретически, даже если не принимать во внимание нынешнюю сервильность парламента. Дело в том что, с одной стороны, Президент Российской Федерации вправе отклонить закон о бюджете (как любой иной федеральный закон), а он, скорее всего, отклонит закон, идущий вразрез с приоритетами, выработанными им совместно с правительством. А для того, чтобы преодолеть вето главы государства, потребуется набрать большинство в 2/3 голосов от общего состава каждой из палат, что крайне трудно. С другой стороны, Совет Федерации по самой своей природе не склонен поддерживать финансово несбалансированные законы, так как представители регионов понимают, что в противном случае большая доля ответственности за их неисполнение ляжет на власти субъектов Федерации. Именно поэтому в 1990-е годы, хотя Госдумой и принимались подчас совершенно популистские законы, например о полной индексации вкладов населения, они не одобрялись Советом Федерации и порой даже не доходили до президента.

* * *

Таким образом, механизм выработки экономической политики в Российской Федерации является в целом моносубъектным. Хотя отдельные полномочия в сфере экономической политики есть у Правительства Российской Федерации (вместе с подчиненными ему федеральными органами исполнительной власти), Центрального банка Российской Федерации и палат Федерального Собрания, все же основную роль при определении по крайней мере основных приоритетов экономического развития играет Президент Российской Федерации.

⁴⁸ СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823.

А.Я. Петров

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

Рабочее время: фундаментальные аспекты трудового права

В статье предпринята попытка сформулировать новые подходы к определению сущности и правовой природы рабочего времени. На основе норм Конституции Российской Федерации, раздела IV Трудового кодекса Российской Федерации и зарубежного опыта исследуются вопросы понятия, содержания и видов рабочего времени. Вносятся предложения по совершенствованию правового регулирования рабочего времени.

Ключевые слова: понятие, содержание и виды рабочего времени; рабочее время как мера труда, институт трудового права и элемент трудового правоотношения; совершенствование раздела IV Трудового кодекса Российской Федерации.

Труд как целесообразная деятельность человека по производству материальных и духовных благ, естественно, проходит во времени и получает свое выражение в конкретной и определенной мере. Мера труда, его количественное выражение — это и есть рабочее время.

Рабочее время есть живое бытие труда, оно является живым количественным бытием труда и в то же время имманентным мерилom данного бытия. Именно живой труд должен охватить созданные на предшествующих стадиях потребительские стоимости, воскресить их, превратить из только возможных в действительные и действующие потребительские стоимости. Это качество живого труда делает рабочее время ареной борьбы трудящихся за его ограничение и сокращение¹.

Ограничение законом продолжительности рабочего времени было одним из первых требований возникшего в начале XIX в. международного рабочего движения. В середине XIX в. первые появившиеся законы о труде касались ограничения рабочего времени для женщин и детей. Затем они были распространены и на мужчин (впервые в Англии).

Закон Российской империи от 2 июня 1897 г. заложил нормативно-правовую основу института рабочего времени в России. В законе дано следующее определение: «Рабочим временем или числом рабочих часов в сутки для каждого рабочего считается то время, в течение которого, согласно договору найма, рабочий обязан находиться на промышленном заведении и в распоряжении заведующего оным для исполнения работы». Закон также дает определение понятию ночного време-

¹ См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 13. С. 16, Т. 23. С. 194.

ни: ночное время — это время между 9 часами вечера и 5 часами утра, а при работе двумя и более сменами — время между 10 часами вечера и 4 часами утра.

Закон от 2 июня 1897 г. определял норму рабочего времени и нормативные правовые основы режима работы. Согласно п. 4 ст. 1 закона, «для рабочих, занятых исключительно в дневное время, рабочее время не должно превышать одиннадцати с половиной часов в сутки, а по субботам и в кануны двенадцатых праздников — десяти часов. В канун праздника Рождества Христова работы должны быть окончены не позже полудня». Если же хотя бы часть рабочего времени работника приходится на ночное время, продолжительность рабочего времени не должна превышать 10 часов в сутки.

Закон предусматривал обязательный к исполнению перечень праздников, в которые работы не полагались: все «воскресные и праздничные дни (1 и 6 января, 25 марта, 6 и 15 августа, 8 сентября, 25 и 26 декабря, Пяток и Суббота Страстной недели, понедельник и вторник Пасхальной недели, день Вознесения Господня и второй день праздника Сошествия Св. Духа)».

В то же время устанавливалось, что «для рабочих инословных вероисповеданий» разрешается не вносить в расписание праздников те из указанных в законе праздничных дней, которые не чтутся их церковью. Для рабочих-нехристиан допускалось внесение в расписание праздников других дней недели взамен воскресных, «сообразно закону их веры», внесение же остальных упомянутых в законе праздников для них необязательно (п. 6 ст. 1).

Впервые в законодательстве о труде дается определение понятия сверхурочной работы — это «работа, производимая рабочим в промышленном заведении в такое время, когда по правилам внутреннего распорядка ему не полагается работы». Сверхурочные работы допускались не иначе, как по особому соглашению между нанимателем и рабочим, причем в договор найма могли быть включены условия только о таких сверхурочных работах, которые являются необходимыми по техническим условиям производства.

«Подлежащим министрам» по соглашению с министром внутренних дел было вменено право:

1) издавать подробные в развитие настоящего узаконения правила и инструкции о распределении рабочего времени вообще и для отдельных отраслей промышленности в частности (о продолжительности работы, о порядке смен, о перерывах и т.п.), а также о производстве, распределении и учете сверхурочных работ;

2) допускать, когда будет признано необходимым по свойству производства (непрерывность и проч.) или по свойству работ (уход за паровыми котлами, приводами, ремонт текущий и экстренный и т.п.) и в других особо важных исключительных случаях, отступления от требований закона в смысле их усиления или уменьшения для отдельных отраслей промышленности или отдельных заведений и разрядов рабочих, а также издавать правила, при исполнении которых допускаются указанные отступления;

3) издавать правила о продолжительности и распределении рабочего времени в производствах и работах, особенно вредных для здоровья рабочих, с уменьшением установленной законом максимальной продолжительности рабочего времени в зависимости от свойственного этим производствам и работам вреда и «от тех мер предосторожности, которые приняты для ослабления оногo».

Во исполнение полномочия, предоставленного законом, министр финансов по соглашению с министром внутренних дел 20 сентября 1897 г. издал Правила о продолжительности распределении рабочего времени в заведениях фабрично-заводской промышленности, а также Инструкцию чинам фабричной инспекции «по сему предмету».

Согласно указанным правилам, при 18-часовой работе заведения двумя сменами количество рабочих часов в сутки могло быть увеличено до 12 с тем, чтобы в среднем, по расчету за две недели, рабочее время на каждого рабочего не превосходило 9 часов в сутки (п. 7). При числе рабочих часов в сутки более 10 для каждого рабочего должен был устанавливаться, по крайней мере, один перерыв продолжительностью не менее 1 часа, «в зависимости от условий производства и вообще от местных условий». Отступления от этого требования допускались в силу правил внутреннего распорядка лишь в случае «значительных препятствий к выполнению его, проистекающих из свойств производства, или же когда выполнение означенного требования будет признано, ввиду особых местных условий, обременительным для рабочего» (п. 8).

Рабочему должна быть предоставлена возможность принятия пищи не реже, как через каждые 6 часов. Если продолжительность рабочего времени между двумя свободными перерывами превышает 6 часов и потому не представляется возможным приурочить выполнение этого требования к таким перерывам, то рабочему должна быть предоставлена возможность принятия пищи в течение рабочего времени, причем в правилах внутреннего распорядка должно быть обозначено место приема пищи (п. 9).

В соответствии с Инструкцией чинам фабричной инспекции при определении места приема пищи в рабочее время в промышленном заведении должна приниматься во внимание возможность по свойствам производства допустить прием пищи в рабочих помещениях без вреда для здоровья рабочих.

В воскресные и праздничные дни рабочие должны быть свободны от работы не менее 24 часов подряд (п. 11).

Инструкция предусматривала, что нормы закона не устраняют право фабрикантов и рабочих вносить в договор найма условия празднования и других дней, кроме поименованных в законе. Согласно Циркуляру Министерства финансов от 15 мая 1895 г. № 9757 при утверждении расписания праздничных дней надлежит принимать в соображение главным образом интересы промышленного заведения и рабочих, а равно, по возможности, местные обычаи, отказываясь от утверждения таких расписаний, «которые явно нарушали бы религиозные потребности рабочих или могли бы повести к возникновению среди их основательных неудовольствий».

Инструкция чинам фабричной инспекции указывала, что отступление от расписания праздничных дней, утвержденного инспектором, может быть допускаемо лишь в отдельных случаях, по уважительным причинам: когда при отсутствии со стороны фабриканта препятствий рабочие выражают желание отработать воскресный день взамен буднего, приходящегося рядом с другим нерабочим (праздничным днем), с тем чтобы иметь два или несколько свободных дней «с рядом».

Правила и инструкция содержали положения относительно исключений о определенных нормах рабочего времени при работе:

а) в непрерывных производствах;

б) отдельных категорий рабочих (рабочие «вспомогательных категорий», занятые текущим ремонтом, уходом за котлами, двигателями и приводами, отоплением, водоснабжением и освещением фабрично-заводских зданий, сторожевой службой и т.п.);

в) в особых случаях, «зависящих от местных условий»;

г) в случаях, «зависящих от действия непреодолимой силы» (при прекращении действия заведения или его отдела или при нарушении обычного хода производства вследствие несчастных случаев — пожары, поломки и т.п. или «вообще действия непреодолимой силы»).

Независимо от таких случаев могли быть допускаемы, «с особого каждый раз разрешения министра финансов по соглашению с министром внутренних дел, отступления от постановлений о продолжительности и распределении рабочего времени и в других особо важных, исключительных случаях, — для отдельных отраслей промышленности или отдельных заведений и разрядов рабочих» (п. 16 правил).

Инструкция уточняла п. «в» правил, указывая, в частности, на то, что «иногда по местным условиям для рабочих представляется более удобным такое распределение работ, при котором рабочее время, превосходя предусмотренные в ст. 3—5 Закона и ст. 4, 5, 6 и 13 Правил нормы в отдельные сутки, не превышает оных в среднем (за известный, например, двухнедельный период времени)».

Рабочий день продолжительностью 8 часов впервые в мире был введен в России в 1917 г. Декрет Рабоче-Крестьянского правительства от 29 октября (11 ноября) 1917 г. «О восьмичасовом рабочем дне» определял понятие рабочего времени и устанавливал вместо 11-часового рабочего дня 8-часовую и 48-часовую рабочую неделю.

Декретом от 29 октября (11 ноября) 1917 г. впервые устанавливалось сокращенное рабочее время для работающих на вредных и опасных производствах (работы на сушилках, на ртутных и белильных заводах), для работников в возрасте до 18 лет рабочее время было ограничено 6 часами в сутки.

В КЗоТ РСФСР 1918 г. предусматривался специальный раздел VI «О рабочем времени», который был относительно объемным (ст. 81—112), т.е. содержал 32 статьи. Однако содержание раздела не совсем соответствовало его названию, так как в нем были закреплены и нормы, регулирующие время отдыха.

В соответствие со ст. 81 КЗоТ РСФСР 1918 г. рабочее время регулировалось правилами, устанавливаемыми в тарифах, вырабатываемых для каждого рода труда. Примечательно то, что КЗоТ закрепил категорию «нормальное рабочее время», которая впоследствии неизменно была воспринята российским законодателем. Кроме того, КЗоТ существенно ограничивал применение сверхурочных работ.

В ст. 84 КЗоТ РСФСР предусматривалось, что продолжительность нормального рабочего времени не может превышать 8 дневных или 7 ночных часов. В ст. 85 закреплялся 6-часовой рабочий день для лиц:

- не достигших 18 лет;
- работающих в особо тяжелых и неблагоприятных для здоровья отраслях труда.

Условия труда в государственных (советских) учреждениях регулировались тарифными положениями, утвержденными Народным комиссариатом труда, а на всех иных предприятиях — тарифными положениями, выработанными профсоюзами с руководителями или владельцами и утверждаемыми НКТ (ст. 7—8 КЗоТ 1918 г.).

КЗоТ РСФСР 1922 г. привел в соответствие название и содержание раздела. Нормы о времени отдыха были предусмотрены в специальном разделе XI «Время отдыха».

КЗоТ 1922 г. впервые закрепил положение, согласно которому продолжительность рабочего времени как в производстве, так и на вспомогательных работах, необходимых для производства, не может превышать 8 часов (ст. 94). Для подростков от 16 до 18 лет, для рабочих и служащих, занятых на работах с вредными условиями труда и подземных работах, устанавливалась сокращенная продолжительность рабочего времени — 6, 5 и менее часов (ст. 95). КЗоТ закрепил новое положение, устанавливая сокращение рабочего времени для лиц, занятых умственным и конторским трудом (ст. 95), а также ввел правила об ограничении пределов ночного времени.

КЗоТ 1922 г. в императивной форме закрепил нормы трудового права о продолжительности рабочего времени и возможность отступления от установленных норм только в случаях и при соблюдении порядка, определенных законом (ст. 103, прим. к ст. 94 и др.).

КЗоТ 1918 и 1922 г. предусматривали нормальную продолжительность рабочего времени в часах в день.

Законодательное нормирование рабочего времени не ограничивалось установлением его продолжительности. КЗоТ регулирует и режим рабочего времени (сменность в работе), и его учет. Таким образом, величина рабочего дня нормальной продолжительности или сокращенного рабочего дня устанавливалось государством. Право устанавливать или изменять режим рабочего времени (сменность в работе и т.п.) и учет рабочего времени было предоставлено предприятиям совместно с профсоюзным органом.

Важной вехой в правовом регулировании рабочего времени явилось принятие постановления ЦИК СССР и СНК СССР от 2 января 1929 г. «О семичасовом рабочем дне».

КЗоТ РСФСР 1971 г. предусматривал, что нормирование продолжительности рабочего времени всех рабочих и служащих осуществляется государством с участием профсоюзов (ст. 41). Нормальная продолжительность рабочего времени устанавливалась в ст. 41. При этом ст. 46 КЗоТ определяла случаи, когда устанавливается 5- и 6-дневная рабочая неделя и закрепляется предельное количество часов ежедневной работы: 7 часов — при норме 41; 6 часов — при норме 36 и 4 часа — при норме 24. Впервые в истории трудового права вводится еще один вид рабочего времени — неполное рабочее время (ст. 49).

Вопросам регулирования рабочего времени, в том числе его продолжительности, значительное внимание уделяет Международная организация труда (далее — МОТ). Прежде всего, необходимо отметить Конвенцию МОТ № 1 «Об ограничении рабочего времени на промышленных предприятиях до восьми часов в день и сорока восьми часов в неделю» (1919), установившую соответствующие ограничения на промышленных предприятиях (за исключением некоторых стран: в Индии и Японии оставалась нормой 60-часовая рабочая неделя).

Конвенция МОТ № 30 «О регламентации рабочего времени в торговле и в учреждениях» (1930) предусматривала в качестве рабочего времени период, в течение которого работники находятся в распоряжении нанимателя, устанавливала

нормальную продолжительность рабочей недели (48 часов) и продолжительность рабочего дня — 8 часов, а также временные исключения из этого правила для отдельных работников. Кроме того, международные нормы труда предусматривали для отдельных категорий работников сокращенное рабочее время в связи с особым характером работ (Конвенция МОТ № 43 «О продолжительности рабочего времени на автоматических заводах листового стекла» (1934)).

Конвенция МОТ № 47 (1935) «О сокращении рабочего времени до сорока часов в неделю» обязывает государства заявить о своем одобрении принципа 40-часовой рабочей недели, применяемого таким образом, чтобы не повлечь понижения уровня жизни трудящихся. Рекомендация МОТ № 116 (1962) «О сокращении продолжительности рабочего времени» также ориентирует государства на 40-часовую рабочую неделю и предлагает государствам разработать и последовательно осуществлять политику сокращения продолжительности рабочего времени. Рекомендация определяет содержание такой политики: в частности, необходимо предпринять усилия для сокращения в возможно большей мере продолжительности рабочего времени во всех категориях занятости.

В ст. 24 Всеобщей декларации прав человека (1948) и в ст. 7 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах (1966) предусмотрено положение об установлении разумного ограничения продолжительности рабочего времени. В соответствии со ст. 2 Европейской социальной хартии основу права на справедливые условия труда составляют положения о разумной продолжительности рабочего дня и рабочей недели и постепенное сокращение продолжительности рабочего недели в той мере, в какой это позволяет рост производительности труда и другие, связанные с этим факторы (п. 1).

Краткий исторический экскурс правового регулирования рабочего времени позволяет перейти к теоретическому анализу этого понятия.

Рабочее время — эта категория используется не только в юридической науке, но и в социологии, психологии, экономике и в других отраслях знаний. Каждая из перечисленных наук изучает те или иные аспекты рабочего времени.

Рабочее время как пространство человеческого развития может выражаться в количестве и качестве затрачиваемого времени. Качество — это степень его производительного и эффективного использования, т.е. выполнение (перевыполнение) норм выработки, времени, обслуживания. К. Маркс подчеркивал, что количество труда, затраченное в один и тот же промежуток времени, может быть различным в зависимости от его интенсивности².

В экономическом аспекте рабочее время состоит из двух частей:

- времени производительной работы;
- времени перерывов в работе (потерь рабочего времени из-за производственных неполадок, которые зависят от самого работника).

Социологи подразделяют время на рабочее и свободное. С позиции науки трудового права рабочее время рассматривается следующим образом:

- как мера труда; измерение труда по количеству (время) и интенсивности (норма) — это и есть мера труда работника (одновременно обеспечивая ему время отдыха, необходимое для восстановления сил, сохранения здоровья и т.д.);

² См.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 23. С. 421, 528, 534.

- рабочее время является институтом трудового права. Правовые нормы о рабочем времени регулируют определенные (однородные) общественные отношения предмета трудового права;
- рабочее время — элемент трудового правоотношения.

Нормы выработки, времени и обслуживания составляют подвижную величину меры труда. Рабочее время, в течение которого работник обязан выполнять трудовую функцию, — величина постоянная (закономерно сочетание этих двух величин в едином понятии меры труда). Норма рабочего времени может определяться в расчете на сутки, неделю, месяц и год. При нормировании продолжительности рабочего времени традиционно используются понятия «рабочий день (смена)», «рабочая неделя».

Рабочий день характеризует величину меры труда по времени, т.е. экстенсивную сторону. Количество выработанной продукции за этот период, условно выраженное в нормах выработки (времени, обслуживания), есть ее интенсивная величина. Мера труда выражает продолжительность труда и его производительность (эффективность). Устанавливая для всех меру труда, государство дифференцирует ее в количественном выражении в зависимости от вида работ и профессий (рабочий день) и в качественном — в зависимости от сложности, значимости и вредности труда (нормы выработки; тарифный разряд)³.

Законодательное регулирование рабочего времени традиционно выполняло двойную роль. С одной стороны, определяло меру участия работников в совокупном труде, необходимом для существования всего общества, с другой — обеспечивало создание условий для восстановления израсходованных в процессе труда жизненных сил, сохранения здоровья, развития личности, выполнения семейных обязанностей и т.д.

Правовая категория «рабочее время» охватывает продолжительность рабочего времени, режима времени труда, рациональное использование рабочего времени, состава рабочего времени (периоды, относящиеся к рабочему времени). Правовое регулирование рабочего времени заключается, прежде всего, в нормировании его продолжительности и режима, в установлении прав и обязанностей работников и работодателей относительно рабочего времени.

Для современного этапа характерно, что правовое регулирование рабочего времени включает в себя сочетание государственного и договорного (коллективно-договорного и индивидуально-договорного) регулирования. В конституционно-правовом аспекте рабочее время представляет собой определенную взаимозависимость и связь со временем отдыха (ст. 37 Конституции Российской Федерации), что, естественно, нашло отражение в большинстве взглядов (позиций) ученых — представителей науки трудового права.

Определение понятия рабочего времени дается в нормах международного трудового права. Так, в Конвенции МОТ № 172 «Об условиях труда в гостиницах, ресторанах и аналогичных заведениях» (1991) и Рекомендации МОТ № 179 предусмотрено, что рабочее время — это время, в течение которого трудящиеся находятся в распоряжении предпринимателя.

³ См.: *Процевский А.И.* Нормирование рабочего времени и времени отдыха в КЗоТ РСФСР 1922 года // КЗоТ РСФСР 1922 года и современность. М., 1974. С. 109–110.

Согласно ст. 2 Директивы Европейского Парламента и Совета от 4 ноября 2003 г. «О некоторых аспектах организации рабочего времени» под рабочим временем понимается любой период, в течение которого работник, согласно национальному законодательству и (или) практике, находится на рабочем месте в распоряжении работодателя и при осуществлении своей деятельности или своих функций.

В ч. 1 ст. 91 Трудового кодекса Российской Федерации предусмотрено: рабочее время — время, в течение которого работник в соответствии с правилами внутреннего трудового распорядка и условиями трудового договора должен исполнять трудовые обязанности, а также иные периоды времени, которые в соответствии с Трудовым кодексом, другими федеральными законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации относятся к рабочему времени.

В ст. 91 Трудового кодекса Российской Федерации (ТК РФ) Федеральным законом от 30 июня 2006 г. № 90-ФЗ внесены позитивные изменения, согласно которым:

- расширено легальное определение рабочего времени, так как ранее оно было сформулировано применительно только к работодателю-организации, тем самым необоснованно был исключен работодатель — физическое лицо;
- конкретизированы и сужены источники трудового права, устанавливающие «иные периоды времени, относящиеся к рабочему времени», до нормативных правовых актов лишь Российской Федерации (тем самым подчеркнута важность и принципиальность регулируемых отношений).

Однако указанное легальное определение рабочего времени вряд ли можно считать совершенным. На это обращают внимание исследователи. Так, О.Е. Рычагова обоснованно отмечает, что упоминание о правилах внутреннего трудового распорядка и условиях трудового договора как о признаках трудовых обязанностей работника не несет самостоятельной смысловой нагрузки и отягощает определение. Первую смысловую часть можно без ущерба для его содержания преобразовать: «Время, в течение которого работник должен выполнять свои трудовые обязанности». В таком случае рабочее время как видовое понятие определяется через родовое (время) и особенный признак (должен выполнять трудовые обязанности).

Вторая смысловая часть — «а также иные периоды времени, которые в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами относятся к рабочему времени». Если данная часть дефиниции необходима, то в ней непременно заключен самостоятельный признак. При этом ее объем не пересекается с объемом первого смыслового отрезка и представляет собой его полную противоположность через отрицание признака «должен выполнять свои трудовые обязанности». Таким образом, часть объема понятия «рабочее время», данного в ч. 1 ст. 91 ТК РФ, можно определить как периоды, которые в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами относятся к рабочему времени, в течение которого работник... не должен выполнять свои трудовые обязанности. Получается, что иногда к рабочему времени нормативные правовые акты относят нерабочее время.

Первая причина конструирования такого определения (ч. 1 ст. 91 ТК РФ) лежит в неразграничении правоотношений и оснований их возникновения (например, сверхурочные работы). Вторая причина — это смешение статистической и динамической форм правоотношений. Приведем простой пример: работник не утрачивает обязанности трудиться, а работодатель — право требовать исполнения этой обязанности. Однако это правоотношение в статистической форме не реализуется, не

переходит в динамическую. Ситуации можно выразить словосочетаниями «должен и выполняет», «должен и не выполняет». Это следует использовать при конструировании понятия рабочего времени.

Итак, необходимым и достаточным определением рабочего времени, как его понимает законодатель, является время, в течение которого работник должен выполнять свои трудовые обязанности. Однако и это определение нельзя признать удовлетворительным.

Действительно, если работник незаконно привлечен к выполнению сверхурочных работ, время их выполнения под данное определение не подпадает, но является рабочим. Следовательно, дефиниция подлежит расширению с учетом всех случаев незаконного применения труда: «Рабочее время — это время, в течение которого работник должен работать либо не должен, но работает по инициативе работодателя»⁴.

Представляется спорной точка зрения И.А. Дедковой, которая предлагает внести в ч. 1 ст. 91 ТК РФ после слов «иными нормативными правовыми актами» дополнение, «а также соглашением работодателя и работника», и сформулировать ее следующим образом: «Рабочее время — время, в течение которого работник в соответствии с правилами внутреннего трудового распорядка организации и условиями трудового договора должен исполнять трудовые обязанности, а также иные периоды времени, которые в соответствии с законами и иными нормативными правовыми актами, а также соглашением работодателя и работника относятся к рабочему времени»⁵.

Еще один интересный аспект: в науке трудового права нет суждений относительно того, насколько точна сама категория рабочего времени. Прежде всего, этимологически термин «рабочий» означает человека, принадлежащего к классу наемных работников, занятых производительным или подсобным трудом, либо характеризует предмет как относящийся к рабочим, состоящий из рабочих, принадлежащий, свойственный им (рабочий класс, рабочее движение, рабочий человек, рабочая сила и т.д.).

Конечно, есть и такое значение слова «рабочий»: предназначенный для работы, используемый в работе (рабочее время, рабочий день)⁶. Вместе с тем в рассматриваемом контексте более приемлема категория «труд», общепризнанная фундаментальными науками — философией, экономикой, социологией, психологией.

Видимо, по этой причине появилась отрасль права, наука и учебная дисциплина «Трудовое право», а не «рабочее» право. Российское трудовое законодательство регулирует трудовые (а не рабочие) отношения. Поэтому полагаю вполне естественным поставить вопрос о возможности отказаться от категории «рабочее время» и отдать предпочтение более точной терминологии — «время труда» или «трудовое время».

Было бы более рационально применять именно эти термины в ТК РФ, иных нормативных правовых актах, содержащих нормы трудового права, коллективных

⁴ См.: Рычагова О.Е. К вопросу о новациях в правовом регулировании рабочего времени и времени отдыха // Четвертый Трудовой кодекс России: сб. науч. тр. Омск, 2002. С. 123–125.

⁵ См.: Дедкова И.А. Особенности правового регулирования труда работников муниципального автомобильного транспорта: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Томск, 2006. С. 24.

⁶ См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1995. С. 627.

договорах, соглашениях, локальных нормативных актах, а также в трудовых договорах в зависимости от смысла и содержания правовой нормы. Так, раздел IV ТК РФ целесообразно было бы назвать «Время труда», и тогда он удачно будет согласован с названием раздела V «Время отдыха». Далее, ст. 91 оправданно назвать «Понятие времени труда», ст. 92 — «Сокращенная продолжительность времени труда» и т.д. Иной вариант формулировок — ст. 105 «Разделение трудового дня на части» и т.п.

С учетом этого институт времени труда включал бы в себя следующие группы правовых норм: продолжительность (виды) времени труда; режим времени труда; учет времени труда.

Известный исследователь рабочего времени Л.Я. Гинцбург полагал, что рабочее время, согласно марксистско-ленинскому учению, определяется как выраженная в единицах времени мера труда, обязательная к выполнению гражданами социалистического государства в силу конституционной всеобщей обязанности трудиться. Вряд ли эта дефиниция применима к научным определениям современного периода. В то же время ученый-юрист подчеркивал, что нормальному рабочему времени противопоставит фактически отработанное. Первое определяет обязанность, долг гражданина, второе — исполнение обязанности, то количество труда, которое он отработал. Фактическое отработанное время относится к нормальному так же, как применение права относится к норме права или как исполнение обязательства к обязательству⁷.

Теоретический интерес представляет зарубежное трудовое право. Так, согласно ст. 110 Трудового кодекса Республики Беларусь рабочим считается время, в течение которого работник в соответствии с трудовым, коллективным договорами, правилами внутреннего трудового распорядка обязан находиться на рабочем месте и выполнять свои трудовые обязанности. К рабочему относится также время работы, выполненной по предложению, распоряжению или с ведома нанимателя, сверх установленной продолжительности рабочего времени (сверхурочная работа, работа в государственные праздники, праздничные и выходные дни).

По трудовому праву Франции, рабочее время — это время действительной работы или фактически отработанное время. В соответствии со ст. 212-4 Трудового кодекса Франции временем действительной работы является время, в течение которого работник находится в распоряжении работодателя и обязан подчиняться его указаниям, при этом не имея права свободно осуществлять личные занятия.

Согласно трудовому законодательству Великобритании, а точнее — Положению о рабочем времени (вступило в силу 1 октября 1998 г. в ред. 2005 г.), рабочим временем является любой период времени, в течение которого работник осуществляет трудовую деятельность или исполняет обязанности, находясь в распоряжении работодателя.

В российском законодательстве к рабочему времени относятся следующие периоды:

- простой — временная приостановка работы по причинам экономического, технологического, технического или организационного характера (ч. 3 ст. 72-1 ТК РФ);
- время для отдыха и приема пищи в месте выполнения работы, если по условиям производства нельзя установить перерыв для отдыха и питания (ч. 3 ст. 108 ТК РФ);

⁷ См.: Гинцбург Л.Я. Регулирование рабочего времени в СССР. М., 1966. С. 111, 304.

- время исполнения государственных или общественных обязанностей (ч. 1 ст. 170 ТК РФ);
- время для участия в работе комиссии по трудовым спорам (ч. 2 ст. 171 ТК РФ);
- время проведения медицинского осмотра (обследования) (ч. 3 ст. 213 ТК РФ);
- перерывы, предоставляемые женщинам для кормления ребенка (ст. 258 ТК РФ) и иные периоды.

В связи с этим полагаю, что в ст. 91 ТК РФ акцент в определении понятия несколько смещен в сторону определения периодов времени, составляющих рабочее время. Указание в норме-дефиниции отсылочной части представляется следствием несовершенства законодательной техники.

Заслуживают внимания следующие правовые позиции. В.С. Козлов полагает, что рабочее время — это один из центральных институтов трудового права, представляет собой совокупность правовых норм, установленных в целях обеспечения работникам права на отдых и ограничение рабочего времени, а также в целях закрепления меры труда⁸.

О.Е. Рычагова обоснованно считает, что в трудовом праве регулирование рабочего времени и времени отдыха — одно из интереснейших направлений для исследования. Законодатель стремится к достижению, по меньшей мере, трех целей. Первая часто определяется как обеспечение права работников на отдых. Так подчеркивается взаимосвязь обоих институтов трудового права, акцент ставится на корреспондирующие, горизонтальные связи между ними. Вместе с тем можно утверждать, что цель правового регулирования в данном случае — гарантирование надлежащей охраны труда.

Но институты рабочего времени и времени отдыха не следовало бы воспринимать как исключительно «защитные», полезно видеть в них «производительность». Именно в этом случае возрастет эффективность использования на практике (в том числе при коллективно-правовом регулировании) всех потенциальных возможностей этих групп норм трудового права.

Вторая цель правового регулирования рабочего времени и времени отдыха (которая характерна для любой эпохи) — решение определенных способов нормирования труда и распределения его во времени (назовем ее стабильной). С учетом задач, решаемых ТК РФ, выделим третью цель (переменную): проблему получения достаточных средств к существованию работника законодатель решает в основном предоставлением легальной возможности трудиться сверх нормальной продолжительности рабочего времени⁹. Без правового регулирования этих отношений трудовое право как отрасль российского права беспредметно и, разумеется, теряет свое назначение и, в большой степени, смысл.

Под институтом рабочего времени необходимо понимать совокупность правовых норм, регулирующих продолжительность (виды), режим и учет рабочего времени. Не претендуя на бесспорность и точность определения, хотелось бы отметить, что вряд ли правильно рассматривать рабочее время в качестве основного элемента института «рабочего времени и времени отдыха». Несмотря на близость

⁸ См.: Козлов В.С. Правовое регулирование рабочего времени в России и зарубежных странах: автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2007. С. 3, 16.

⁹ См.: Рычагова О.Е. К вопросу о новациях в правовом регулировании рабочего времени и времени отдыха. С. 120–122.

и взаимозависимость рабочего времени и времени отдыха, увеличение или уменьшение продолжительности рабочего времени ведет соответственно к уменьшению или увеличению времени отдыха. ТК РФ обоснованно предусмотрел разделы «Рабочее время» и «Время отдыха», тем самым сориентировав прежде всего юристов на то, что в трудовом праве существуют два различных института.

В содержание института рабочего времени входят три основные группы правовых норм, соответственно регламентирующих продолжительность (виды), режим и учет рабочего времени. Рассмотрим их последовательно, следуя логике законодателя, но при этом не забывая о возможных позитивных изменениях анализируемого института, его совершенствовании.

Раздел IV «Рабочее время» ТК РФ включает главы 15 «Общие положения» и 16 «Режим рабочего времени». В первой из этих глав ст. 91–99 регулируют в основном продолжительность (виды) рабочего времени. Однако представляется не совсем объяснимым закрепление в ст. 91 «Понятие рабочего времени. Нормальная продолжительность рабочего времени» нормы об учете рабочего времени. Налицо несогласованность названия и содержания статьи. Наряду с этим нарушается логика изложения правовых норм.

Если не учитывать концептуальную модель правового регулирования рабочего времени как института, то можно было бы предложить законодателю два варианта решения вопроса:

- 1) дополнить название ст. 91 ТК РФ словами «учет рабочего времени»;
- 2) предусмотреть в кодексе статьи: 91 «Понятие рабочего времени»; 91-1 «Нормальная продолжительность рабочего времени»; 91-2 «Учет рабочего времени» (в связи с разноаспектным их значением).

Рабочее время различается по продолжительности: нормальное, сокращенное, неполное. Иными словами, классификация рабочего времени по видам производится по такому критерию (основанию), как продолжительность рабочего времени в календарную неделю. Все указанные виды рабочего времени являются нормированным рабочим временем, так как имеют ограничения по продолжительности.

В науке трудового права иногда выделяется и такой вид рабочего времени, как работа за пределами установленной продолжительности, так как он не совпадает ни с одним из рассмотренных видов рабочего времени. Лица, работающие на условиях нормальной продолжительности рабочего времени, могут быть привлечены к работе свыше 40 часов в неделю. Работники с сокращенным рабочим временем также могут быть привлечены к работе за пределами установленной для них продолжительности рабочего времени.

В рассматриваемом контексте это относится и к работникам, исполняющим трудовые обязанности на условиях неполного рабочего времени. Превышение установленного по соглашению сторон трудового договора норматива также является работой за пределами установленной продолжительности рабочего времени.

Работа за пределами нормальной продолжительности рабочего времени является разновидностью (или дополнением) по отношению к указанным основным его видам. Данная разновидность существует параллельно с одним из основных видов рабочего времени (нормальным, сокращенным либо неполным). При этом необходимо учитывать то, что работа за пределами установленной продолжительности рабочего времени — это:

- ненормированное рабочее время (которое относится к режиму рабочего времени — гл. 16 ТК РФ);
- сверхурочная работа (но она в принципиальном смысле должна носить исключительный характер — ст. 97 ТК РФ).

Таким образом, выделение такого вида рабочего времени, как работа за пределами установленной продолжительности рабочего времени, представляется, по меньшей мере, спорным.

А.С. Шаталов

профессор кафедры
судебной власти
и организации
правосудия факультета
права Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики», доктор
юридических наук

Производство по уголовным делам в суде апелляционной инстанции: принесение жалоб, порядок рассмотрения, принимаемые решения (аналитический обзор)

Статья посвящена вопросам, связанным с понятием, сутью и содержанием апелляционного производства, вводимого в действие с 1 января 2013 г. В статье рассматриваются генезис данного правового явления и проблемы оптимальности его нормативной регламентации в действующем уголовно-процессуальном законодательстве Российской Федерации. Анализируя новые процессуальные процедуры, автор пытается понять, насколько было оправданно и необходимо распространение апелляционного порядка пересмотра состоявшихся судебных решений на все звенья российской судебной системы.

Ключевые слова: УПК РФ, уголовное судопроизводство, апелляционная жалоба, апелляционное определение, апелляционное постановление, апелляционное представление, апелляционный приговор, апелляционное производство, обжалование судебных решений, суд апелляционной инстанции, суд второй инстанции.

I. Принесение апелляционных жалоб и представлений

Решения, принимаемые в уголовном судопроизводстве, находят свое выражение в определенной, предусмотренной законом форме. Их правильное оформление не простое соблюдение формальностей, а неперемное условие законности судопроизводства. Именно поэтому в Уголовно-процессуальном кодексе Российской Федерации (далее — УПК РФ) четко оговорены требования, предъявляемые к форме и содержанию не только приговора, но и многих других процессуальных решений, принимаемых при производстве по уголовным делам. Они дают участникам уголовного судопроизводства возможность судить «...насколько правильно решено дело или отдельный правовой вопрос, соответствует ли решение обстоя-

тельствам дела (фактическому основанию) и правовым нормам (юридическому основанию)»¹.

Круг решений, принимаемых при производстве по уголовным делам, довольно широк. Их процессуальная природа такова, что одни решения по своему характеру являются промежуточными (например, по заявленному ходатайству), а другие — итоговыми (например, прекращение уголовного дела).

По смыслу п. 53² ст. 5 УПК РФ под итоговым судебным решением, вынесенным при производстве по уголовному делу в верховном суде республики, краевом, областном суде, суде города федерального значения, суде автономной области, суде автономного округа, окружном (флотском) военном суде в качестве суда первой инстанции, следует понимать приговор, определение, постановление суда, которыми уголовное дело разрешается по существу, либо определение или постановление суда, вынесением которых завершается производство по уголовному делу в отношении конкретного лица. К числу таких судебных решений относятся, в частности, приговор, а также определение (постановление) о прекращении уголовного преследования (уголовного дела) по основаниям, предусмотренным УПК РФ, определение (постановление) о применении или об отказе в применении принудительных мер медицинского характера и т.п. Соответственно, все иные определения и постановления суда, вынесенные в ходе досудебного производства по уголовному делу или при производстве по уголовному делу в верховном суде республики, краевом, областном суде, суде города федерального значения, суде автономной области, суде автономного округа, окружном (флотском) военном суде в качестве суда первой инстанции, которыми уголовное дело не разрешается по существу и не завершается производство по уголовному делу, являются промежуточными судебными решениями².

Право каждого на рассмотрение его дела в суде второй инстанции закреплено в ст. 50 Конституции Российской Федерации. Анализ судебной практики показывает, что участники уголовного судопроизводства пользуются им довольно часто. Такое положение дел можно считать вполне закономерным, поскольку в каждом случае вынесения промежуточных и (или) итоговых решений данное право должно разъясняться принявшим то или иное решение субъектом, а сам факт его разъяснения должен быть отражен в материалах уголовного дела. Поэтому в случае возникновения у кого-либо из заинтересованных лиц сомнений в законности, обоснованности и (или) справедливости принятого по уголовному делу решения (в том числе приговора) оно может ими обжаловаться. Возможность обжалования представляет собой гарантию соблюдения прав и законных интересов участников уголовного судопроизводства в случаях неправомерных действий со стороны представителей власти.

Таким образом, если приговор или иное решение суда первой инстанции обжалуется до его вступления в законную силу, то начинается производство в суде второй

¹ Лушинская П.А. Решения в уголовном судопроизводстве. Их виды, содержание и формы. М., 1976. С. 144.

² См.: Пункты 3.1 и 3.2 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 декабря 2008 г. № 28 «О применении норм Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации, регулирующих производство в судах апелляционной и кассационной инстанций» (с изм., внесенными постановлениями Пленума от 30 июня 2009 г. № 12, от 28 апреля 2011 г. № 7 и от 9 февраля 2012 г. № 3) // Российская газета. 2009. 14 янв. № 4826.

инстанции, в ходе которого в апелляционном порядке пересматриваются только что вынесенные, но еще не ставшие обязательными для исполнения судебные акты. Соответственно этому судом второй инстанции в российском уголовно-процессуальном законе назван суд апелляционной инстанции (п. 53 ст. 5 УПК РФ). Его деятельность регламентирована в гл. 45¹ УПК РФ (ст. 389¹–389³⁶), вводимой в действие с 1 января 2013 г.³ Именно в ней четко оговорено, что решения суда первой инстанции, не вступившие в законную силу, могут быть обжалованы сторонами в апелляционном порядке. При этом обжалование определения или постановления, вынесенного во время судебного разбирательства, не приостанавливает сам ход этого процесса.

Существование данного правила объясняется необходимостью строго соблюдать непрерывность уголовного судопроизводства и права подсудимого быть судимым без неоправданной задержки. Кроме того, в силу принципа независимости судей апелляционный порядок обжалования промежуточных решений суда первой инстанции должен исключать какое-либо ограничение его дискреционных полномочий не только в части итоговых выводов по уголовному делу, но и применительно к последующим промежуточным процессуальным решениям, необходимость в вынесении которых может возникнуть по мере продвижения судебного разбирательства до вынесения приговора.

Апелляция (от лат. *appellation* — обращение) как одна из форм пересмотра судебных актов впервые появилась во Франции (1808) и быстро получила признание в других странах, включая Россию (1864). Тогда для нее являлись характерными длительные сроки пересмотра решений по уголовным делам на фоне ограниченности действия устности, непосредственности, состязательности и права обвиняемого на защиту. Апелляционный суд дореволюционной России пересматривал не вступившие в законную силу решения судов лишь в той части, в которой они обжаловались, и только в отношении лиц, которых касалась поданная жалоба.

В советский период апелляционное производство как форма пересмотра судебных актов не применялось, так как согласно декретам о суде № 1 (ноябрь 1917 г.) и № 2 (февраль 1918 г.) оно умаляло значение деятельности суда первой инстанции, усложняло, затягивало процесс и лишало стороны ряда важных гарантий при вторичном рассмотрении дела в апелляционном суде. Тогда же появилась и получила широкое распространение кассационная форма обжалования как в большей мере соответствующая решению задач, связанных с установлением истины по уголовному делу.

Вернув в уголовный процесс апелляционный порядок пересмотра судебных решений, апробировав его практически заново в деятельности арбитражных судов и мировой юстиции, российский законодатель учел многие выявленные недостатки, представив, примерно через десятилетие после вступления в силу УПК РФ, процессуальные процедуры апелляционного производства по уголовным делам в новом содержании. В результате были перераспределены полномочия судов и апелляционной, и кассационной, и надзорной инстанций. Это произошло в рамках реализации Государственной целевой программы о развитии судебной системы России в период 2007–2011 гг.

³ См.: Пункт 1 ст. 3 Федерального закона от 29 декабря 2010 г. № 433-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и признании утратившими силу отдельных законодательных актов (положений законодательных актов) Российской Федерации» // Российская газета. 2010. 31 дек. № 297 (5376).

В настоящее время согласно ч. 3 ст. 389² УПК РФ до вынесения итогового судебного решения апелляционному обжалованию (так называемой неполной апелляции) подлежат следующие промежуточные решения, принятые по уголовному делу:

- 1) постановления мирового судьи о возвращении заявления лицу, его подавшему, либо об отказе в принятии заявления к производству;
- 2) судебные постановления или определения об избрании меры пресечения или о продлении сроков ее действия;
- 3) о помещении лица в медицинский или психиатрический стационар для производства судебной экспертизы;
- 4) о приостановлении уголовного дела;
- 5) о передаче уголовного дела по подсудности или об изменении подсудности уголовного дела;
- 6) о возвращении уголовного дела прокурору;
- 7) другие судебные решения, затрагивающие права граждан на доступ к правосудию или на рассмотрение дела в разумные сроки и препятствующие дальнейшему движению дела;
- 8) частные определения или постановления.

Что касается определений или постановлений о порядке исследования доказательств, об удовлетворении или отклонении ходатайств участников судебного разбирательства, других судебных решений, вынесенных в ходе рассмотрения уголовного дела по существу, то они могут обжаловаться в апелляционном порядке одновременно с обжалованием итогового судебного решения по данному делу (т.е. при полной апелляции).

Согласно ст. 389¹ УПК РФ право апелляционного обжалования судебного решения принадлежит:

- 1) осужденному, оправданному, их защитникам и законным представителям;
- 2) государственному обвинителю и (или) вышестоящему прокурору (т.е. вышестоящему по должности по отношению к государственному обвинителю прокурору или его заместителю);
- 3) потерпевшему, частному обвинителю, их законным представителям и представителям;
- 4) гражданскому истцу, гражданскому ответчику или их законным представителям и представителям (в части, касающейся гражданского иска);
- 5) иным лицам (в той части, в которой обжалуемое судебное решение затрагивает их права и законные интересы).

Из приведенных законодательных положений следует, что право на обращение с апелляционной жалобой (апелляционным представлением) фактически предоставлено всем лицам, активно участвующим в производстве по уголовному делу. Более того, этим правом могут воспользоваться также и иные лица, поскольку УПК РФ не исключает, например, возможности обжалования в апелляционном порядке судебного решения, принятого по результатам проверки законности и обоснованности отказа в возбуждении уголовного дела, лицом, чьи права и законные интересы были затронуты данным решением⁴. Более того, все субъекты, обладающие пра-

⁴ См., напр.: Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 22 января 2004 г. № 119-О по жалобе гражданки Семеновы Л.М. на нарушение ее конституционных прав ч. 4 ст. 54 УПК РФ.

вом на подачу апелляционной жалобы (представления), наделены правом на подачу письменных возражений. Однако это может иметь место тогда, когда в жалобе или (и) представлении других лиц приводятся доводы, противоречащие их интересам⁵.

Если судебное решение обжаловано и государственным обвинителем, и вышестоящим прокурором, то вне зависимости от содержания приведенных в них доводов (правовых оснований) рассмотрению подлежат оба апелляционных представления, при условии что они были поданы в установленный законом срок.

Законные представители несовершеннолетнего подозреваемого, обвиняемого, подсудимого, осужденного либо оправданного лица, в отношении которого уголовное дело прекращено, а также потерпевшего, которым к моменту производства по делу в суде апелляционной инстанции исполнилось 18 лет, вправе обжаловать судебное решение и принимать участие в судебных заседаниях данного суда.

Лицо, допущенное к участию в суде первой инстанции в качестве защитника по постановлению или определению суда и не являющееся адвокатом, вправе обжаловать судебное решение в апелляционном порядке и принимать участие в заседании суда апелляционной инстанции. Если названное лицо не принимало участия в суде первой инстанции в качестве защитника, то в суде апелляционной инстанции оно по определению суда может быть допущено в этом качестве лишь наряду с адвокатом, осуществляющим защиту по соглашению либо по назначению суда⁶.

По общему правилу, апелляционная жалоба или (и) апелляционное представление приносятся через суд, постановивший приговор или вынесший иное обжалуемое судебное решение. Они должны быть адресованы именно той судебной инстанции, которая является вышестоящей (апелляционной) по отношению к суду, вынесшему обжалуемое решение. Апелляционные жалобы (представления), в частности, подаются:

- 1) в районный суд (на приговор или иное решение мирового судьи);
- 2) в судебную коллегию по уголовным делам верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области, суда автономного округа, окружного (флотского) военного суда (на приговор или иное решение районного суда, гарнизонного военного суда);
- 3) в судебную коллегию по уголовным делам соответствующего суда (на промежуточное решение верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области, суда автономного округа, окружного (флотского) военного суда);
- 4) в Судебную коллегию по уголовным делам Верховного Суда Российской Федерации, Военную коллегию Верховного Суда Российской Федерации (на приговор или иное итоговое решение верховного суда республики, краевого или областного суда, суда города федерального значения, суда автономной области, суда автономного округа, окружного (флотского) военного суда — соответственно).

Апелляционные жалобы и представления на приговор или иное решение суда первой инстанции могут быть поданы в течение 10 суток со дня постановления приговора или вынесения иного судебного решения. Осужденный, содержащийся под стражей, может подать свою жалобу в тот же срок со дня вручения ему копии при-

⁵ См.: Пункт 6 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 декабря 2008 г. № 28.

⁶ Там же. П. 1 и 2.

говора, определения или постановления. В течение срока, установленного для обжалования судебного решения, уголовное дело не может быть истребовано из суда.

На жалобах и представлениях уполномоченный на то работник суда обязан отметить время их поступления в суд. К жалобам и представлениям, полученным по почте, в целях определения точной даты их поступления обязательно приобщаются конверты⁷.

Жалоба или представление, поданные с пропуском срока, оставляются без рассмотрения. Однако если срок апелляционного обжалования был пропущен по уважительной причине, лица, имеющие право подать апелляционные жалобу и представление, могут ходатайствовать перед судом, постановившим приговор либо вынесшим иное обжалуемое решение, о восстановлении пропущенного срока. Их ходатайство рассматривается судьей, председательствовавшим в судебном заседании по уголовному делу, или другим судьей. Пропущенный срок должен восстанавливаться, например, в случае, если копии судебного решения были вручены лицам, обладающим правом его обжалования по истечении пяти суток со дня его провозглашения.

Если в восстановлении пропущенного срока отказано, то постановление судьи по итогам рассмотрения заявленного по этому поводу ходатайства может быть обжаловано в вышестоящий суд, который вправе отменить такое постановление и рассмотреть поданные апелляционные жалобу или апелляционное представление по существу либо вернуть их в суд, вынесший обжалуемое судебное решение, для выполнения требований, предусмотренных ст. 389⁶ УПК РФ.

Существо данных требований сводится к тому, что апелляционная жалоба (представление) должна содержать:

- 1) наименование суда апелляционной инстанции, в который они подаются;
- 2) данные о лице, подавшем жалобу или представление, с указанием его процессуального положения, места жительства (места нахождения);
- 3) указание на приговор или иное судебное решение и наименование суда, его постановившего или вынесшего;
- 4) доводы лица, подавшего жалобу или представление, с указанием оснований отмены или изменения судебного решения в апелляционном порядке, предусмотренных ст. 389¹⁵ УПК РФ;
- 5) перечень материалов, прилагаемых к жалобе или представлению;
- 6) подпись лица, подавшего жалобу или представление.

К жалобе или представлению должно быть приложено соответствующее число их копий для вручения каждому осужденному или оправданному, чьи интересы ими затрагиваются⁸. Если с апелляционной жалобой обращается лицо, не участвовавшее в уголовном деле, то оно обязательно должно указать, какие именно его права и законные интересы были нарушены обжалуемым судебным решением. Осужденный, изъявивший желание лично участвовать в рассмотрении уголовного дела судом апелляционной инстанции, указывает об этом в своей апелляционной жалобе или в возражениях на жалобу (представление), принесенных другими участниками уголовного судопроизводства.

⁷ См.: Пункт 8.1 Инструкции по судебному делопроизводству в районном суде, утв. приказом Генерального директора Судебного департамента при Верховном Суде Российской Федерации от 29 апреля 2003 г. № 36 // Российская газета. 2004. № 246 (3623).

⁸ См.: Там же. П. 8.4.

В случае несоответствия апелляционной жалобы или представления предъявляемым требованиям, они возвращаются судьей, который назначает срок для их пересоставления. Если требования судьи не были выполнены и апелляционная жалоба или представление в установленный судьей срок не поступили, то они считаются неподанными, а приговор — вступившим в законную силу.

Суд, постановивший приговор или вынесший иное обжалуемое решение, обязан известить о принесенных апелляционной жалобе или (и) апелляционном представлении лиц, интересы которых ими затрагиваются. Одновременно им направляются их копии и разъясняется право подачи письменных возражений на жалобу или (и) представление с указанием срока, до истечения которого они могут быть поданы. Поступившие возражения приобщаются к материалам уголовного дела, а их копии направляются лицам, подавшим жалобу или (и) представление.

Подача апелляционной жалобы или (и) апелляционного представления приостанавливает приведение приговора (определения, постановления) в исполнение. Исключением из этого правила являются лишь приговоры, по которым подсудимый, находящийся под стражей, подлежит немедленному освобождению прямо в зале суда (ст. 311 УПК РФ), а также определения и постановления, вынесенные во время судебного разбирательства (ч. 4 ст. 389² УПК РФ).

До момента направления уголовного дела в суд апелляционной инстанции в связи с поступлением жалобы или (и) представления оно должно храниться в отделе делопроизводства суда, где заводятся и ведутся журналы учета таких дел⁹.

Период до рассмотрения в апелляционном порядке жалобы или представления в шестимесячный срок содержания осужденного под стражей не входит. При рассмотрении уголовного дела суд второй инстанции при наличии к тому оснований должен решить вопрос о зачете в срок содержания под стражей, времени содержания лица под стражей в порядке меры пресечения или задержания до постановления приговора, домашнего ареста, нахождения в медицинском или психиатрическом стационаре по решению суда, а также времени, в течение которого лицо содержалось под стражей на территории иностранного государства по запросу об оказании правовой помощи или о выдаче его Российской Федерации в соответствии со ст. 460 УПК РФ (если суд первой инстанции не разрешил этот вопрос в приговоре)¹⁰.

По истечении срока обжалования суд, постановивший приговор или вынесший иное обжалуемое решение, направляет уголовное дело с принесенной апелляционной жалобой или представлением и возражениями на них в суд апелляционной инстанции, о чем сообщается сторонам. Лицо, подавшее апелляционную жалобу или представление, вправе отозвать их до начала заседания суда апелляционной инстанции. В этом случае апелляционное производство по ним прекращается, а сами жалобы или (и) представления возвращаются судьей лицам, их подавшим.

Дополнительная апелляционная жалоба и (или) представление подлежат рассмотрению, если они поступили в суд апелляционной инстанции не позднее, чем за пять суток до начала судебного заседания. При этом в поданной по истечении срока обжалования дополнительной жалобе потерпевшего, частного обвинителя, их законных представителей и представителей, а также в дополнительном пред-

⁹ См.: Пункт 7.11 Инструкции по судебному делопроизводству...

¹⁰ См.: Пункт 19 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 декабря 2008 г. № 28.

ставлении прокурора не может быть поставлен вопрос об ухудшении положения осужденного, а также лица, в отношении которого уголовное дело было прекращено, если такое требование не содержалось в первоначальной жалобе или представлении.

Таким образом, обжалование судебных решений, не вступивших в законную силу, — наиболее быстрый и доступный способ проверки законности, обоснованности и справедливости судебных актов, принятых при производстве по уголовному делу. Реализация этого права зависит только от волеизъявления лиц, принимавших в нем участие. Срок обжалования довольно краток, а требования, предъявляемые к апелляционной жалобе, в УПК РФ сведены к минимуму. Подача такой жалобы или (и) представления с соблюдением установленного порядка и в предусмотренный законом срок влечет обязательное рассмотрение уголовного дела судом апелляционной инстанции с целью исправления судебных ошибок и восстановления нарушенных прав. Сама же обновленная процедура апелляционного производства, благодаря усилиям процессуалистов и поддержке российского законодателя, приобрела к настоящему времени все необходимое, чтобы обладать статусом одного из наиболее эффективных средств правовой защиты.

II. Рассмотрение апелляционных жалоб и представлений

Конституция Российской Федерации гарантирует каждому гражданину право на судебную защиту. Его неотъемлемым элементом является возможность обжалования в суд решений и действий (бездействия) органов государственной власти и должностных лиц, включая судебные органы. Это конституционное положение предполагает, что заинтересованным лицам предоставляется возможность добиваться исправления некогда допущенных судебных ошибок. В этих целях в УПК РФ установлен процессуальный порядок проверки вышестоящими судами законности и обоснованности решений, принимаемых на той или иной стадии уголовного процесса нижестоящими судебными инстанциями. Одной из таких стадий традиционно признается производство в суде второй инстанции. Процессуальная деятельность здесь осуществляется поэтапно, а задачи, подлежащие решению в рамках данной стадии, определяют объем и характер полномочий суда апелляционной инстанции, иначе говоря, совокупность его прав и обязанностей, реализуемых при проверке не вступившего в законную силу судебного решения в связи с поступившими жалобами и представлениями участников уголовного судопроизводства.

Апелляционной инстанцией (англ. — **court of appellate jurisdiction**) в УПК РФ признается суд, рассматривающий в апелляционном порядке уголовные дела по жалобам и представлениям на не вступившие в законную силу приговоры и постановления суда (п. 2 ст. 5 УПК РФ). Его состав предусмотрен в ч. 3 ст. 30 УПК РФ, согласно которой рассмотрение уголовных дел в апелляционном порядке осуществляется:

- 1) в районном суде — судьей районного суда единолично;
- 2) в вышестоящих судах — судом в составе трех судей федерального суда общей юрисдикции.

Таким образом, характерной чертой производства в суде апелляционной инстанции является то, что вскоре этот суд будет рассматривать уголовные дела не только в единоличном составе (как до 1 января 2013 г.), но и коллегиально. Причем

проверять вынесенные при производстве по уголовным делам и еще не вступившие в законную силу судебные акты могут только те суды, которые уполномочены на это законом. Цель их деятельности — проверка правильности состоявшихся решений. Если выразаться предельно точно, то согласно ст. 389⁹ УПК РФ каждый суд апелляционной инстанции обязан проверить по апелляционным жалобам или (и) апелляционным представлениям законность, обоснованность и справедливость приговора либо законность и обоснованность иного решения суда первой инстанции. Рассмотрение уголовных дел этим судом должно начинаться в определенные законом сроки:

1) в районном суде — не позднее 15 суток со дня поступления уголовного дела в суд апелляционной инстанции;

2) в верховном суде республики, краевом или областном суде, суде города федерального значения, суде автономной области, суде автономного округа, окружном (флотском) военном суде — не позднее 30 суток со дня поступления уголовного дела в суд апелляционной инстанции;

3) в Верховном Суде Российской Федерации — не позднее 45 суток со дня поступления уголовного дела в суд апелляционной инстанции.

Порядок назначения и подготовки заседания этого суда регламентирован в ст. 389¹¹ УПК РФ. Руководствуясь предписаниями данной нормы закона, судья, изучив поступившее уголовное дело, обязан вынести постановление о назначении судебного заседания, приняв при этом решения по следующим вопросам:

1) о месте, дате и времени начала рассмотрения уголовного дела;

2) о вызове в судебное заседание свидетелей, экспертов и других лиц в соответствии с ходатайством стороны, заявленным в жалобе или представлении (если признает данное ходатайство обоснованным);

3) о рассмотрении уголовного дела в закрытом судебном заседании в случаях, предусмотренных ст. 241 УПК РФ;

4) о сохранении, об отмене или изменении меры пресечения в отношении подсудимого или осужденного;

5) о форме участия в судебном заседании осужденного, содержащегося под стражей.

Прежде чем вынести данное постановление и принять решения по этим вопросам, судья обязан проверить, извещены ли стороны о принесенных жалобах или представлениях и направлены ли их копии осужденному или оправданному, лицу, в отношении которого велось или ведется производство о применении принудительной меры медицинского характера, его законному представителю, защитнику, обвинителю, потерпевшему, его законному представителю, представителю и иным лицам, чьи законные интересы затрагивает жалоба или представление, с разъяснением им права подачи возражений в письменном виде в указанный судом срок¹¹. Если выяснится, что судом первой инстанции указанные лица не были извещены о принесенной апелляционной жалобе или представлении либо ими не были выполнены требования, предъявляемые УПК РФ к содержанию обращений такого рода, то судья возвращает уголовное дело в суд, из которого оно поступило, для устра-

¹¹ См.: Пункт 35 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 29 июня 2010 г. № 17 «О практике применения судами норм, регламентирующих участие потерпевшего в уголовном судопроизводстве» // Российская газета. 2010. № 147 (5226).

нения обстоятельств, препятствующих рассмотрению данного уголовного дела в апелляционном порядке.

При рассмотрении уголовного дела в суде апелляционной инстанции закон признает обязательным участие следующих лиц:

1) государственного обвинителя и (или) прокурора (за исключением уголовных дел частного обвинения кроме случаев, когда уголовное дело было возбуждено следователем или дознавателем с согласия прокурора);

2) оправданного, осужденного или лица, в отношении которого было прекращено уголовное дело (в случаях если данное лицо ходатайствует о своем участии в судебном заседании или суд признает участие данного лица в судебном заседании необходимым);

3) частного обвинителя либо его законного представителя или представителя (в случае если ими подана апелляционная жалоба);

4) защитника (в случаях, указанных в ст. 51 УПК РФ).

Явившиеся в суд апелляционной инстанции стороны допускаются к участию в судебном заседании при рассмотрении уголовного дела во всех случаях. Осужденному, содержащемуся под стражей и заявившему о своем желании присутствовать при рассмотрении апелляционной жалобы или (и) апелляционного представления, по решению суда обеспечивается право участвовать в судебном заседании непосредственно либо с помощью системы видеоконференцсвязи (ВКС).

Таким образом, еще одной характерной чертой производства в суде апелляционной инстанции можно признать обязанность такого суда проверять вынесенные, но еще не вступившие в законную силу судебные акты на условиях неопременного присутствия при этом обеих сторон, участвующих в производстве по уголовному делу. В целях выполнения стоящих перед ним задач суд апелляционной инстанции при проверке законности, обоснованности и справедливости приговора вправе признать необходимым участие в судебном заседании осужденного и принять меры по обеспечению его явки. Равным образом суд вправе рассмотреть дело в отсутствие осужденного, содержащегося под стражей и не выразившего своего желания участвовать в заседании.

О месте, дате и времени судебного заседания стороны должны быть извещены не менее чем за семь суток до его начала. Неявка лиц, своевременно извещенных о предстоящем заседании суда апелляционной инстанции, не препятствует рассмотрению уголовного дела. Исключением из этого правила является лишь неявка лиц, участие которых в судебном заседании закон признает обязательным (т.е. государственного обвинителя и (или) прокурора, оправданного, осужденного или лица, в отношении которого было прекращено уголовное дело, а также защитника). Вместе с тем в случае неявки в суд без уважительной причины частного обвинителя, его законного представителя или представителя, подавшего апелляционную жалобу, суд апелляционной инстанции прекращает производство по данной жалобе.

Производство по уголовному делу в суде апелляционной инстанции осуществляется в порядке, установленном гл. 35–39 УПК РФ, но с изъятиями, предусмотренными гл. 45¹ УПК РФ, вступающей в силу с 1 января 2013 г. В самых общих чертах данный порядок сводится к тому, что вначале председательствующий открывает судебное заседание, объявляя при этом, какое уголовное дело рассматривается и по чьей апелляционной жалобе или (и) апелляционному представлению.

Далее судья объявляет состав суда, фамилии, имена и отчества лиц, являющихся сторонами по уголовному делу и присутствующих в судебном заседании, а также фамилии, имена и отчества секретаря судебного заседания и переводчика (если он участвует в судебном заседании). Затем суд выясняет у участников судебного разбирательства, имеются ли у них отводы, ходатайства и поддерживают ли они ходатайства, заявленные в апелляционной жалобе или апелляционном представлении.

Судебное следствие начинается с оглашения содержания приговора или иного обжалуемого судебного решения, существа апелляционной жалобы или (и) апелляционного представления, возражений на них, а также представленных дополнительных материалов. Существо этих документов кратко излагается самим председательствующим или одним из судей, участвующих в рассмотрении уголовного дела в составе суда апелляционной инстанции. По окончании доклада суд заслушивает выступления стороны, подавшей апелляционную жалобу или представление и возражения другой стороны. Если таких жалоб поступило несколько, то последовательность выступлений определяется судом с учетом мнения сторон. Затем суд переходит к проверке доказательств.

В подтверждение или опровержение доводов, приведенных в апелляционной жалобе (представлении), стороны вправе представить суду апелляционной инстанции дополнительные материалы. Ими могут являться, например, характеристики, справки о наградах, об инвалидности, копии вступивших в законную силу судебных решений, другие документы. Лицо, представляющее дополнительные материалы, обязано уведомить суд, каким путем они были получены и в связи с чем возникла необходимость их представления.

С согласия сторон суд апелляционной инстанции вправе рассмотреть апелляционную жалобу (представление) без проверки доказательств, которые были исследованы судом первой инстанции.

Ходатайства сторон об исследовании доказательств, которые не были исследованы судом первой инстанции, разрешаются судом в порядке, установленном ст. 271 УПК РФ. При этом суд апелляционной инстанции не вправе отказать в удовлетворении такого ходатайства на том лишь основании, что оно не было удовлетворено судом первой инстанции. Также стороны вправе заявить ходатайства о вызове новых свидетелей, о производстве судебной экспертизы, об истребовании вещественных доказательств и документов, в исследовании которых им было отказано судом первой инстанции.

Суд апелляционной инстанции вправе исследовать доказательства с использованием систем видеоконференцсвязи. Свидетели, допрошенные в суде первой инстанции, допрашиваются в суде апелляционной инстанции только в том случае, если суд признает их вызов необходимым.

Завершая судебное следствие, суд выясняет у сторон, имеются ли у них ходатайства о его дополнении. Разрешив заявленные ходатайства, он переходит к прениям сторон, где первым выступает лицо, подавшее апелляционную жалобу или представление, а последним — лицо, в отношении которого проверяется судебное решение (если оно участвует в судебном заседании).

По окончании прений сторон суд апелляционной инстанции удаляется в совещательную комнату для принятия своего решения. По итогам прошедшего судебного заседания он может, например, отменить или изменить решение нижестоя-

щего суда, но только в случаях, прямо указанных в законе. Возможность принятия такого решения является еще одной характерной чертой, присущей деятельности суда апелляционной инстанции.

Согласно ст. 389¹⁵ УПК РФ основанием для отмены или изменения судебного решения в апелляционном порядке могут служить следующие четыре обстоятельства:

- 1) несоответствие выводов суда, изложенных в приговоре, фактическим обстоятельствам уголовного дела, установленным судом первой инстанции;
- 2) существенное нарушение уголовно-процессуального закона;
- 3) неправильное применение уголовного закона;
- 4) несправедливость приговора.

Приговор, в частности, признается несоответствующим фактическим обстоятельствам уголовного дела, установленным судом первой инстанции, в следующих случаях:

- 1) если выводы суда не подтверждаются доказательствами, рассмотренными в судебном заседании;
- 2) если суд не учел обстоятельств, которые могли существенно повлиять на выводы суда;
- 3) если в приговоре не указано, по каким основаниям при наличии противоречивых доказательств, имеющих существенное значение для выводов суда, суд принял одни из этих доказательств и отверг другие;
- 4) если выводы суда, изложенные в приговоре, содержат существенные противоречия, которые повлияли или могли повлиять на решение вопроса о виновности или невиновности осужденного (оправданного), на правильность применения уголовного закона или на определение меры наказания.

Другим основанием отмены или изменения решения судом апелляционной инстанции выступают существенные нарушения уголовно-процессуального закона. Нужно оговориться, что в данном случае речь идет не о любых нарушениях, а только о наиболее серьезных, т.е. тех, которые путем лишения или ограничения гарантированных УПК РФ прав участников уголовного судопроизводства, несоблюдения процедуры судопроизводства или иным путем повлияли (могли повлиять) на вынесение законного и обоснованного судебного решения.

Круг подобных нарушений довольно широк и их исчерпывающий перечень приведен в ст. 389¹⁷ УПК РФ:

- 1) прекращение уголовного дела судом при наличии оснований, предусмотренных ст. 254 УПК РФ;
- 2) вынесение судом решения незаконным составом суда или вынесение вердикта незаконным составом коллегии присяжных заседателей;
- 3) рассмотрение уголовного дела в отсутствие подсудимого (за исключением случаев, предусмотренных ч. 4 и 5 ст. 247 УПК РФ);
- 4) рассмотрение уголовного дела без участия защитника, если его участие является обязательным в соответствии с УПК РФ, или с иным нарушением права обвиняемого пользоваться помощью защитника;
- 5) нарушение права подсудимого давать показания на родном языке или языке, которым он владеет, и пользоваться помощью переводчика;
- 6) непредоставление подсудимому права участия в прениях сторон;
- 7) непредоставление подсудимому последнего слова;

8) нарушение тайны совещания коллегии присяжных заседателей при вынесении вердикта или тайны совещания судей при постановлении приговора;

9) обоснование приговора доказательствами, признанными судом недопустимыми;

10) отсутствие подписи судьи или одного из судей, если уголовное дело рассматривалось судом коллегиально, на соответствующем судебном решении;

11) отсутствие протокола судебного заседания.

Неправильным применением уголовного закона, в свою очередь, согласно ст. 389¹⁸ УПК РФ должны признаваться:

1) нарушение требований Общей части УК РФ;

2) применение не той статьи или не тех пункта и (или) части статьи Особенной части УК РФ, которые подлежали применению;

3) назначение наказания более строгого, чем предусмотрено соответствующей статьей Особенной части УК РФ.

Четвертым, последним, основанием для отмены или изменения судебного решения в апелляционном порядке является несправедливость приговора. Таким признается судебный акт, по которому было назначено наказание, не соответствующее тяжести преступления, личности осужденного, либо наказание, которое хотя и не выходит за пределы, предусмотренные соответствующей статьей Особенной части УК РФ, но по своему виду или размеру является несправедливым как вследствие чрезмерной мягкости, так и вследствие чрезмерной суровости.

При рассмотрении уголовного дела в апелляционном порядке суд не связан доводами апелляционной жалобы (представления) и вправе проверить производство по уголовному делу в полном объеме. Более того, если по уголовному делу осуждено несколько лиц, а апелляционная жалоба или апелляционное представление принесены только одним из них (либо в отношении некоторых из них), суд апелляционной инстанции вправе проверить уголовное дело в отношении всех осужденных.

Указания суда апелляционной инстанции становятся обязательными для суда первой инстанции и прокурора в случае, если уголовное дело было возвращено для устранения обстоятельств, препятствующих вынесению законного и обоснованного решения. Однако эти указания должны быть сформулированы на условиях соблюдения нескольких важных ограничений. Так, при возвращении уголовного дела прокурору, а также при отмене приговора или иного судебного решения либо при передаче уголовного дела на новое судебное разбирательство суду апелляционной инстанции запрещается, в частности, предрешать следующие вопросы:

1) о доказанности или недоказанности обвинения;

2) о достоверности или недостоверности того или иного доказательства;

3) о преимуществах одних доказательств перед другими;

4) о виде и размере наказания.

Видно, что каждый из этих вопросов касается существа дела и будущего приговора. Поэтому их решение вполне логично отнесено законодателем к компетенции суда первой инстанции. Делу обеспечения его независимости, самостоятельности, объективности призван, в конечном итоге, служить обращенный к суду апелляционной инстанции запрет вторгаться в решение каждого из этих вопросов.

В ходе заседания суда апелляционной инстанции секретарем ведется протокол. В соответствии со ст. 259 УПК РФ он может быть написан от руки или изготовлен

с использованием компьютера. В целях обеспечения полноты протокола при его ведении могут быть использованы стенографирование, а также технические средства. Независимо от способа изготовления в нем обязательно должна найти отражение следующая информация:

- 1) место и дата заседания суда апелляционной инстанции, время его начала и окончания;
- 2) какое уголовное дело рассматривается;
- 3) наименование, состав суда апелляционной инстанции, данные о секретаре, переводчике, обвинителе, защитнике, подсудимом, потерпевшем и других вызванных в суд лицах;
- 4) данные о личности подсудимого;
- 5) действия суда апелляционной инстанции в том порядке, в каком они имели место в ходе судебного заседания;
- 6) заявления, возражения, ходатайства участвующих в уголовном деле лиц;
- 7) определения или постановления, вынесенные судом апелляционной инстанции без удаления в совещательную комнату;
- 8) определения или постановления, вынесенные судом апелляционной инстанции с удалением в совещательную комнату;
- 9) сведения о разъяснении участникам уголовного судопроизводства их прав, обязанностей и ответственности;
- 10) подробное содержание показаний;
- 11) вопросы, заданные допрашиваемым, и их ответы;
- 12) результаты произведенных в судебном заседании осмотров и других действий по исследованию доказательств;
- 13) обстоятельства, которые участники уголовного судопроизводства просят занести в протокол;
- 14) основное содержание выступлений сторон в судебных прениях и последнее слово подсудимого;
- 15) сведения об оглашении итогового решения суда апелляционной инстанции по рассмотренному уголовному делу, о разъяснении порядка ознакомления с протоколом судебного заседания и принесения замечаний на него;
- 16) сведения о разъяснении оправданным и осужденным порядка и срока обжалования приговора, а также о разъяснении права ходатайствовать, об участии в рассмотрении уголовного дела судом кассационной инстанции.

В протоколе заседания суда апелляционной инстанции также указывается о мерах воздействия, принятых в отношении лица, нарушившего порядок в судебном заседании. Если в ходе судебного разбирательства проводились фотографирование, аудио- и (или) видеозапись, киносъемка допросов, то об этом делается отметка в протоколе судебного заседания. В таком случае материалы фотографирования, аудио- и (или) видеозаписи, киносъемки прилагаются к материалам уголовного дела.

По общему правилу, протокол заседания суда апелляционной инстанции должен быть изготовлен в течение трех суток со дня окончания судебного заседания. При необходимости он может изготавливаться по частям, которые, как и протокол в целом, подписываются председательствующим и секретарем. По ходатайству сторон им может быть предоставлена возможность ознакомиться с частями протокола по мере их изготовления. Копия протокола изготавливается только по письменному ходатайству участника судебного разбирательства и за его счет.

В течение трех суток со дня ознакомления с протоколом судебного заседания суда апелляционной инстанции стороны могут подать на него замечания. В соответствии со ст. 260 УПК РФ они должны рассматриваться председательствующим незамедлительно. В необходимых случаях он вправе вызвать лиц, подавших замечания, для уточнения их содержания.

По результатам рассмотрения замечаний председательствующий выносит постановление об их удовлетворении либо оставлении без удовлетворения. Если замечания удовлетворены частично, то в таком постановлении должно быть обязательно указано, какие из них удовлетворяются, а какие отклоняются.

Замечания на протокол и постановление председательствующего приобщаются к протоколу судебного заседания суда апелляционной инстанции.

Завершая анализ нового порядка рассмотрения уголовных дел судом апелляционной инстанции, четко обозначим круг присущих ему характерных черт. Они следующие:

1) только этот суд обладает правом проверять правильность не вступивших в законную силу промежуточных и итоговых решений, принятых по уголовным делам судами первой инстанции;

2) он осуществляет свою процессуальную деятельность не только единолично (как до 1 января 2013 г.), но и коллегиально;

3) проверять вынесенные при производстве по уголовным делам и еще не вступившие в законную силу судебные акты вправе только те суды апелляционной инстанции, которые уполномочены на это законом;

4) каждый такой суд обязан производить их проверку в присутствии представителей обеих сторон, обеспечивая, таким образом, состязательность апелляционного производства;

5) с согласия сторон, суд апелляционной инстанции вправе рассмотреть апелляционную жалобу или (и) апелляционное представление, не прибегая к проверке доказательств которые ранее были исследованы судом первой инстанции;

6) рассматривая уголовное дело в апелляционном порядке, суд не связан доводами апелляционной жалобы (представления) и вправе проверить производство по уголовному делу в полном объеме и в отношении всех осужденных;

7) суд апелляционной инстанции вправе отменить или изменить решение нижестоящего суда только в случаях, прямо указанных в законе.

В отличие от названных в законе оснований для отмены или изменения судебного решения в апелляционном порядке приведенный перечень характерных черт не отличается исчерпывающим характером. Однако он убедительно свидетельствует о том, что суды, рассматривающие уголовные дела в апелляционной инстанции, обладают всеми необходимыми полномочиями для своей эффективной работы, а соблюдаемое ими право каждого осужденного на пересмотр приговора вышестоящим судом безоговорочно воспринимается российским законодателем в качестве важнейшего и необходимого элемента справедливого правосудия.

III. Решения, принимаемые судом апелляционной инстанции

Особенности производства в суде второй инстанции таковы, что в рамках реализации апелляционных процедур этот суд не только осуществляет контрольные

функции по отношению к не вступившим в законную силу решениям суда первой инстанции, но и фактически разрешает уголовное дело по существу, руководствуясь теми же правилами, допускающими, в частности, как непосредственное исследование имеющихся в уголовном деле доказательств, так и сбор новых. Результатом его познавательной деятельности может стать изменение (отмена) обжалованного судебного решения или вынесение нового решения по делу.

Наделение суда апелляционной инстанции такими широкими полномочиями призвано способствовать реализации закрепленного в ст. 46 Конституции Российской Федерации права граждан на судебную защиту. Данное право не только предполагает предоставление заинтересованным лицам возможности добиваться исправления ошибок, если они были допущены при рассмотрении уголовных дел судами нижестоящей инстанции, но и обеспечивает сторонам возможность участвовать в исследовании доказательств, представлять новые доказательства и иными способами отстаивать свои позиции в проводимом на основе состязательности и равноправия сторон судебном разбирательстве.

Законодательное возложение на суд второй инстанции полномочий по проверке законности, обоснованности, справедливости приговора и иных судебных решений в связи с поступившими апелляционными жалобами или (и) апелляционными представлениями, равно как и придание принимаемым этим судом решениям обязательного характера, вытекают из взаимосвязанных положений ч. 3 ст. 50 и ст. 126 Конституции Российской Федерации (которые закрепляют принципиальную возможность пересмотра промежуточных и итоговых процессуальных решений вышестоящими судебными инстанциями).

Данные конституционные положения конкретизированы в нормах уголовно-процессуального закона, устанавливающих порядок производства в суде апелляционной инстанции и находящихся в системной связи с ч. 4 ст. 7 УПК РФ, которая закрепляет требования законности, обоснованности и мотивированности, предъявляемые ко всем без исключения процессуальным решениям по уголовному делу, независимо от принявшей их судебной инстанции. Это означает, что:

- 1) каждое принятое по уголовному делу решение должно быть предусмотрено действующим законодательством и полностью ему соответствовать;
- 2) необходимость принятия такого решения должна быть подтверждена совокупностью фактических данных;
- 3) принятое решение должно опираться на совокупность доводов, обеспечивающих обоснованность решения.

Таким образом, перед судом апелляционной инстанции поставлена довольно сложная задача, связанная не только с необходимостью вынесения аргументированного решения (в том числе исправляющего нарушения закона, допущенные нижестоящим судом), но и с недопустимостью вмешательства в сферу самостоятельной деятельности нижестоящего суда при рассмотрении и разрешении уголовного дела. Независимость этого суда не затрагивается возложением на него судом апелляционной инстанции обязанности исходить при новом рассмотрении уголовного дела из принятых именно им решений — при условии, что они не связаны с вопросами, подлежащими разрешению в приговоре суда (в том числе о фактических обстоятельствах дела, оценке доказательств, квалификации деяния, мере наказания и др.).

На этом, в частности, основана позиция законодателя, сформулированная в ч. 4 ст. 389¹⁹ УПК РФ, согласно которой суд апелляционной инстанции при отмене приговора или иного судебного решения и передаче уголовного дела на новое судебное разбирательство либо при возвращении уголовного дела прокурору не вправе предрешать вопросы о доказанности или недоказанности обвинения, о достоверности или недостоверности того или иного доказательства, о преимуществах одних доказательств перед другими, о виде и размере наказания. В свою очередь, судья или суд, не согласный с мнением суда апелляционной инстанции, сформулированным по существу дела и выступающим, по его мнению, препятствием для вынесения законного обоснованного и справедливого приговора, вправе при новом рассмотрении, руководствуясь законом, принять итоговое процессуальное решение самостоятельно. Иное означало бы нарушение принципа независимости суда и препятствовало бы принятию по переданному на новое рассмотрение уголовному делу процессуальных решений по вопросам, находящимся в прямой связи с приговором, в том числе о доказанности или недоказанности обвинения, достоверности и достаточности доказательств, о мере наказания и др.

В результате рассмотрения уголовного дела в апелляционном порядке суд вправе принять одно из следующих решений:

1) об оставлении приговора, определения, постановления без изменения, а жалобы или представления без удовлетворения (оно оформляется апелляционным определением или постановлением);

2) об отмене обвинительного приговора и о вынесении оправдательного приговора;

3) об отмене обвинительного приговора и о вынесении обвинительного приговора;

4) об отмене приговора, определения, постановления суда первой инстанции и о передаче уголовного дела на новое судебное разбирательство в суд первой инстанции со стадии подготовки к судебному заседанию или судебного разбирательства (решение оформляется определением или постановлением);

5) об отмене оправдательного приговора и о вынесении оправдательного приговора;

6) об отмене определения или постановления и о вынесении обвинительного или оправдательного приговора либо иного судебного решения (в данном случае суд постановляет приговор либо выносит апелляционное определение или апелляционное постановление);

7) об отмене приговора, определения, постановления и о возвращении дела прокурору (решение оформляется определением или постановлением);

8) об отмене приговора, определения, постановления и о прекращении уголовного дела (решение оформляется определением или постановлением);

9) об изменении приговора или иного обжалуемого судебного решения (решение оформляется определением или постановлением);

10) о прекращении апелляционного производства (решение оформляется определением или постановлением).

Таким образом, при рассмотрении уголовного дела в апелляционном порядке суд, руководствуясь ст. 389²¹ УПК РФ, вправе отменить обвинительный приговор или иное решение суда первой инстанции и прекратить уголовное дело при наличии оснований, предусмотренных ст. 24, 25, 27 и 28 УПК РФ.

Обвинительный приговор или иные решения суда первой инстанции могут быть отменены также с передачей уголовного дела на новое судебное разбирательство. Согласно ст. 389²² УПК РФ это решение принимается тогда, когда в ходе рассмотрения дела в суде первой инстанции были допущены неустранимые в суде апелляционной инстанции нарушения уголовно-процессуального и (или) уголовного законов. В таком случае уголовное дело передается на новое судебное разбирательство в суд, постановивший приговор, но иным составом суда, а при отмене приговора или иного итогового решения мирового судьи — мировому судье другого судебного участка.

В предусмотренных законом случаях (ч. 1 ст. 237 УПК РФ) обвинительный приговор или иные решения суда первой инстанции подлежат отмене с возвращением уголовного дела прокурору. Это, в частности, становится возможным, если при рассмотрении уголовного дела в апелляционном порядке будут выявлены следующие обстоятельства:

1) если обвинительное заключение или обвинительный акт составлены с нарушением требований УПК РФ, что исключает возможность постановления судом приговора или вынесения иного решения на основе данного заключения или акта;

2) если копия обвинительного заключения или обвинительного акта не была вручена обвиняемому (за исключением случаев, когда суд признает законным и обоснованным решение прокурора, принятое им в порядке, установленном ч. 4 ст. 222 или ч. 3 ст. 226 УПК РФ);

3) если есть необходимость составления обвинительного заключения или обвинительного акта по уголовному делу, направленному в суд с постановлением о применении принудительной меры медицинского характера;

4) если имеются предусмотренные ст. 153 УПК РФ основания для соединения уголовных дел;

5) если при ознакомлении обвиняемого с материалами уголовного дела ему не были разъяснены права, предусмотренные ч. 5 ст. 217 УПК РФ.

Если допущенное судом первой инстанции нарушение может быть устранено при рассмотрении уголовного дела в апелляционном порядке, то суд апелляционной инстанции, самостоятельно устранив данное нарушение, отменяет приговор (определение, постановление) суда первой инстанции и выносит новое судебное решение.

Обвинительный приговор, определение, постановление суда первой инстанции могут быть изменены в сторону ухудшения положения осужденного только по апелляционному представлению прокурора либо жалобе потерпевшего, частного обвинителя, их законных представителей и (или) представителей. Оправдательный приговор суда первой инстанции может быть отменен судом апелляционной инстанции с передачей уголовного дела на новое судебное разбирательство только, если кто-либо из названных участников уголовного судопроизводства в своей жалобе или (и) представлении настаивает на незаконности и необоснованности оправдания подсудимого.

Оправдательный приговор, постановленный на основании вердикта коллегии присяжных заседателей, подлежит отмене, если при неясном и противоречивом вердикте председательствующий не указал на это присяжным заседателям и не

предложил им вернуться в совещательную комнату для внесения уточнений в вопросный лист.

Оправдательный приговор, постановленный на основании оправдательного вердикта коллегии присяжных заседателей, может быть отменен по апелляционному представлению прокурора либо жалобе потерпевшего или его законного представителя и (или) представителя лишь при наличии существенных нарушений уголовно-процессуального закона. Но не любых, а лишь таких, которые ограничили право прокурора, потерпевшего или его законного представителя и (или) представителя на представление доказательств либо повлияли на содержание поставленных перед присяжными заседателями вопросов или данных присяжными заседателями ответов.

При изменении приговора и иного судебного решения в апелляционном порядке суд вправе:

1) смягчить осужденному наказание или применить к нему уголовный закон о менее тяжком преступлении;

2) усилить осужденному наказание или применить к нему уголовный закон о более тяжком преступлении;

3) уменьшить либо увеличить размер возмещения материального ущерба и компенсации морального вреда;

4) изменить на более мягкий либо более строгий вид исправительного учреждения в соответствии с требованиями ст. 58 УК РФ;

5) разрешить вопросы о вещественных доказательствах, процессуальных издержках и иные вопросы.

Суд апелляционной инстанции также вправе привести в соответствие с вердиктом коллегии присяжных заседателей приговор, противоречащий вердикту. Оправдательный приговор может быть изменен в части, касающейся основания оправдания по жалобе оправданного, его защитника, законного представителя и (или) представителя.

Решениями суда апелляционной инстанции являются апелляционный приговор, апелляционное определение и апелляционное постановление. В них обязательно указываются основания, по которым приговор признается законным, обоснованным и справедливым, иное судебное решение суда первой инстанции — законным и обоснованным, а жалоба или представление — не подлежащими удовлетворению, либо основания полной (частичной) отмены или изменения обжалованного судебного решения.

В апелляционном определении (постановлении), в частности, должны быть указаны:

1) дата и место вынесения;

2) наименование и состав суда;

3) данные о лице, подавшем апелляционную жалобу или представление;

4) данные о лицах, участвовавших в судебном заседании суда апелляционной инстанции;

5) краткое изложение содержания решения суда первой инстанции;

6) краткое изложение доводов лица, подавшего апелляционную жалобу или (и) апелляционное представление, а также возражений других лиц, участвовавших в заседании суда апелляционной инстанции;

- 7) мотивы принятого решения;
- 8) решение суда апелляционной инстанции по жалобе или представлению;
- 9) решение о мере пресечения.

Апелляционный приговор выносится судом апелляционной инстанции от имени Российской Федерации в порядке, установленном ст. 297–313 УПК РФ, с учетом особенностей, предусмотренных гл. 45¹ УПК РФ. Он может быть оправдательным или обвинительным.

В описательно-мотивировочной части оправдательного апелляционного приговора излагаются:

1) существо предъявленного обвинения или описание преступного деяния, признанного доказанным, которые изложены в обвинительном приговоре суда первой инстанции, либо установленные обстоятельства, явившиеся основанием для постановления оправдательного приговора или вынесения определения (постановления) суда первой инстанции;

2) обстоятельства уголовного дела, установленные судом апелляционной инстанции;

3) мотивы, по которым суд апелляционной инстанции отверг доказательства, представленные стороной обвинения, или которые приведены в обвинительном или оправдательном приговоре либо в определении (постановлении) суда первой инстанции.

В резолютивной части оправдательного апелляционного приговора должно быть отражено одно из следующих решений:

1) об отмене обвинительного приговора суда первой инстанции и о вынесении оправдательного приговора;

2) об отмене оправдательного приговора суда первой инстанции и о вынесении оправдательного приговора;

3) об отмене определения или постановления суда первой инстанции и о вынесении оправдательного приговора.

В описательно-мотивировочной части обвинительного апелляционного приговора излагаются:

1) существо предъявленного обвинения или описание преступного деяния, признанного доказанным, которое изложено в приговоре суда первой инстанции, либо установленные обстоятельства, явившиеся основанием для постановления оправдательного приговора или вынесения определения (постановления) суда первой инстанции;

2) обстоятельства уголовного дела, установленные судом апелляционной инстанции;

3) мотивы, по которым суд апелляционной инстанции отверг доказательства, представленные сторонами, или которые приведены в обвинительном либо оправдательном приговоре (определении, постановлении) суда первой инстанции.

Резолютивная часть обвинительного апелляционного приговора должна содержать одно из следующих решений:

1) об отмене обвинительного приговора суда первой инстанции и о вынесении обвинительного приговора;

2) об отмене оправдательного приговора суда первой инстанции и о вынесении обвинительного приговора;

3) об отмене определения или постановления суда первой инстанции и о вынесении обвинительного приговора.

Апелляционный приговор постановляется, апелляционные определения и апелляционные постановления выносятся в совещательной комнате. Они подписываются всем составом суда. Судья, оставшийся при особом мнении, вправе изложить его в письменной форме там же в совещательной комнате. Особое мнение приобщается к уголовному делу и оглашению в зале судебного заседания не подлежит. Вводная и резолютивная части решения суда апелляционной инстанции оглашаются по возвращении суда из совещательной комнаты. К этому моменту резолютивная часть решения суда должна быть подписана всеми судьями и приобщена к делу. Если осужденный участвует в заседании суда апелляционной инстанции, то апелляционный приговор (постановление или определение) в части его освобождения из-под стражи или от отбывания наказания исполняется немедленно.

Вынесение мотивированного решения суда может быть отложено не более чем на трое суток со дня окончания разбирательства уголовного дела, о чем председательствующий заранее объявляет сторонам.

В течение семи суток со дня вынесения апелляционный приговор (определение или постановление) направляется вместе с уголовным делом для исполнения в суд, постановивший приговор. Копия решения (выписка из его резолютивной части), в соответствии с которым осужденный подлежит освобождению из-под стражи или от отбывания наказания, незамедлительно направляется администрации места содержания под стражей либо администрации места отбывания наказания.

Приговор, определение или постановление суда апелляционной инстанции могут быть обжалованы в вышестоящий суд в кассационном и надзорном порядке. Более того, законом не исключается повторное рассмотрение уголовного дела судом апелляционной инстанции. Это может иметь место, если апелляционная жалоба осужденного, его защитника или законного представителя, потерпевшего, его законного представителя или представителя либо апелляционное представление поступили тогда, когда уголовное дело в отношении этого осужденного уже было рассмотрено по апелляционной жалобе (представлению) другого участника уголовного судопроизводства.

По завершении повторного рассмотрения уголовного дела суд разъясняет участникам уголовного судопроизводства право обжаловать в кассационном порядке вновь вынесенный апелляционный приговор (определение, постановление), но только если он (оно) противоречит ранее вынесенному решению суда апелляционной инстанции.

В соответствии с ч. 4 ст. 29 УПК РФ суд второй инстанции вправе реагировать на нарушения прав и свобод граждан и другие нарушения закона, допущенные при производстве дознания, предварительного следствия или при рассмотрении уголовного дела нижестоящим судом, путем вынесения частных определений (постановлений) в адрес соответствующих организаций и должностных лиц. Суд апелляционной инстанции может также частным определением или постановлением обратить внимание должностных лиц, производивших дознание или предварительное следствие, либо суда первой инстанции на такие нарушения, которые не влекут за собой отмену или изменение приговора. Однако суд апелляционной инстанции не вправе устанавливать или считать доказанными факты, которые не нашли подтверждения

в ходе судебного разбирательства, или выносить такое частное определение (постановление), которое по существу ставит под сомнение законность, обоснованность и справедливость оставленного без изменения приговора¹².

Таков новый порядок рассмотрения уголовных дел судом апелляционной инстанции. Сохранив существующую систему судостроительства, он стал единым в отношении решений по уголовным делам, вынесенных как мировыми судьями, так и федеральными судами общей юрисдикции. Его появление в российском уголовно-процессуальном законодательстве должно привести к ожидаемым позитивным переменам в правоприменительной деятельности. Это, в свою очередь, неминуемо приведет к не менее позитивным изменениям в механизме соблюдения прав и свобод человека и гражданина в уголовном судопроизводстве. Всему этому будет способствовать не только дальнейшее совершенствование процессуальных процедур, непосредственно связанных с пересмотром не вступивших в законную силу судебных актов, но и увеличение численности судейского корпуса, а также привлечение дополнительных средств из государственного бюджета.

Критики апелляционного производства видят в нем изначально заложенное недоверие к компетентности суда первой инстанции, а также легальную и не всегда оправданную возможность увеличения длительности (замедления) уголовного процесса, что препятствует эффективной судебной защите. Помимо этого они приводят аргументы относительно закономерного ослабления доказательственной базы (поскольку отдельные детали деяния либо забываются, либо по-иному видятся лицам, свидетельствующим в вышестоящем суде), о неизбежных трудностях, связанных с обеспечением явки в суд участников уголовного процесса, о весьма значительных материальных издержках, обременительных для государственного бюджета¹³.

Разумеется, каждое из этих утверждений не лишено здравого смысла. Однако достоинства апелляционного производства более весомы. В сравнении с другими процедурами пересмотра судебных актов оно обладает рядом преимуществ. Главное его преимущество — сам факт существования института апелляции гарантирует участникам уголовного судопроизводства возможность реализации единственного в своем роде правового средства, призванного в конечном итоге обеспечивать правосудность и промежуточных, и итоговых процессуальных решений, принимаемых по уголовным делам. Эта важнейшая процессуальная гарантия обеспечивается, во-первых, тем, что пересмотр каждого такого решения должен осуществляться только вышестоящим судом, т.е. наиболее опытными и компетентными судьями. Во-вторых, проверка их законности, обоснованности и справедливости непременно должна происходить на условиях устности и непосредственности исследования не только уже имеющихся, но и дополнительно собранных доказательств, а не посредством одного лишь ознакомления суда с материалами уголовного дела (как в кассационном производстве). Наконец, в-третьих, суд апелляционной инстанции с целью исправления допущенных судебных ошибок вправе без возвращения уголовного дела в суд первой инстанции вынести новое решение, полностью заменяющее то, которое было обжаловано сторонами.

¹² См.: Пункт 27 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 23 декабря 2008 г. № 28.

¹³ См., напр.: *Бобракова И.С., Ковтун Н.Н.* Апелляция в уголовном процессе: осознанная необходимость или взлелеянный миф // *Вопросы правообразования*. 2012. № 2(14). С. 180–181 и др.

Ю. Базедов

профессор Гамбургского университета, директор Института сравнительного и международного частного права Макса Планка, доктор права

Европейский суд и частное право: неопределенность, общие принципы и архитектура европейской судебной системы

В статье исследуются значение Суда Европейского союза (ЕС) в сфере возрастающей роли частного права в праве Европейского Союза, эволюция преюдициальной процедуры, касающейся частного права, и фрагментарный характер частноправового законодательства ЕС. В настоящее время для практики Суда ЕС характерны неопределенность и непоследовательность (как это показывает ряд примеров, относящихся к Брюссельской конвенции) по вопросам пересмотра несправедливых условий потребительских контрактов и возмещения нематериального ущерба. Потребность в общих принципах европейского частного права может быть в какой-то мере удовлетворена при помощи Принципов европейского договорного права и Единой рамочной системы (ссылок на европейское договорное право). Эти документы предоставляют возможность для более принципиальных решений, рекомендуемых Судом ЕС. В статье также поднимается вопрос, является ли Суд ЕС адекватным судебным органом для рассмотрения частноправовых споров в Союзе, объединяющем 500 млн человек. Хотя и следует продолжать практику комплектования судебных палат из судей различных государств-членов, все же на уровне «Общего суда» (бывшего Суда первой инстанции) рекомендуется определенная децентрализация¹.

¹ «Общий суд» — перевод английского термина «General court» (фр. эквивалент — «Tribunal», нем. — «Gericht»). Это бывший Суд первой инстанции ЕС. В организационном плане он представляет собой одну из судебных инстанций единого судебного органа — Суда Европейского союза (ст. 19(1) Договора о Европейском союзе в ред. Лиссабонского договора, ст. 254–256 Договора о функционировании Европейского союза (ДФЕС)). «Общий суд» компетентен защищать права физических и юридических лиц, и его рассматривают в качестве административного суда, призванного развивать принципы административного права в праве ЕС (примеч. пер.).

Ключевые слова: Суд ЕС, «Общий суд», преюдициальная процедура, частное право, общие принципы частного права ЕС, несистематичность и фрагментарный характер актов частного права ЕС, Единая рамочная система ссылок, децентрализация судебной системы ЕС.

1. Введение

В 1995 г. в журнале «*Zeitschrift fuer Europaeisches Privatrecht*» (ZEuP) был впервые опубликован доклад о практике Суда ЕС в отношении частного права². Значительное число приведенных в нем судебных решений относилось, однако, не к частному праву как таковому, а, скорее, к последствиям применения определенных положений Договора ЕС для частного права (например, регулирующих прямое действие основных свобод и запрещение дискриминации). И наоборот, автор привел лишь шесть судебных решений, касающихся толкования актов вторичного права ЕС, в первую очередь директив, которые имели прямое отношение к частноправовой проблематике. Но с тех пор дела, рассматриваемые Судом ЕС и относящиеся к сфере частного права, становились все более многочисленными³. В обзоре за 2007 г. сообщается уже о 29 судебных решениях Суда ЕС и Суда первой инстанции (ныне — «Общий суд»)⁴, т.е. почти в пять раз больше, чем в 1994 г. Такой рост числа подобных решений тем более примечателен, если учесть, что решения, касающиеся Брюссельской конвенции⁵, Регламента Брюссель I⁶ и других недавних актов ЕС в сфере международного гражданского процесса в этих обзорах не затрагиваются⁷.

Подобный ход событий не оставляет сомнений в том, что роль Суда ЕС в сфере частного права значительно повышается. С другой стороны, необходимо помнить, что этот Суд был задуман и создан не для того, чтобы заниматься вопросами данной области права⁸. Для того чтобы лучше понять роль Суда и его недостатки в сфере частного права, необходимо проследить трансформацию этого института начиная с 1950-х годов. Кроме того, следует остановиться на исторических предпосылках и функциях Суда ЕС в их связи с характерными чертами частноправового законодательства в Европейском сообществе (ныне — Европейский союз). Достаточно амбивалентное и противоречивое отношение Суда ЕС к проблемам частного права объясняется особенностями судебной и законодательной практики ЕС. На основе проведенного анализа автор предлагает аргументы в пользу более принципиального подхода Суда ЕС к вопросам частноправового характера и соображения по будущей институциональной структуре европейской судебной системы.

² См.: Kohler. *Gemeinschaftsrecht und Privatrecht: zur Rechtssprechung des EuGH im Jahre 1994 // Zeitschrift fuer Europaeisches Privatrecht*. 1995. S. 482–499.

³ См. регулярные отчеты в *Zeitschrift fuer Europaeisches Privatrecht* (далее — ZEuP) за 1995–2006 гг.

⁴ ZEuP. 2009. S. 322–247.

⁵ Convention on jurisdiction and the enforcement of judgment in the civil and commercial matters. Brussels, 27 Sep., 1968 (its consolidated version, as amended by several accession conventions, was published in O.J. 1998. C 27/1).

⁶ Council Regulation (EC) 44/2001— O.J.2001 L 12/1.

⁷ См.: ZEuP. 2007. S. 829–857.

⁸ См.: Kohler. *Op. cit.* S. 482: «Суд ЕС не является Судом... в полном смысле этого слова, который рассматривает частноправовые споры. Частное право лишь частично регулирует сырьевые проблемы, которые прямо или косвенно служат предметом практики Суда».

2. Трансформация Европейского суда

2.1. Административный трибунал и Международный суд

Европейский суд (скорее, его предшественник — Суд европейского объединения угля и стали (ЕОУС)) был учрежден на основе Учредительного договора о создании Объединения в Париже в 1952 г.⁹ (далее — Договор о ЕОУС).

Он соединял функции международного суда и административного трибунала. Парижский договор не отличался особой систематичностью: хотя он и касался вопросов подсудности споров между государствами (в частности, в случае нарушения ими договора (ст. 88 и след.)), в его отдельной главе, посвященной Суду (ст. 31 и след.), речь шла лишь о контроле за решениями Верховного органа (High Authority) и исках о компенсации ущерба, возникшего в результате незаконных актов этого органа. В предварительном Меморандуме об институтах от 28 сентября 1950 г. подчеркивается административно-правовой аспект деятельности Суда: его «задачей, прежде всего, является контроль за соответствием деятельности Верховного органа букве и духу Учредительного договора»¹⁰.

Акцент на контрольных функциях административных решений Суда также соответствовал положениям преюдициальной процедуры, содержащейся в ст. 41 Договора о ЕОУС. Ее задачей было предотвращение объявления национальными судами государств-членов актов Верховного органа недействительными. С целью единообразия применения права ЕОУС ст. 41 провозглашала, что «только Суд Сообщества имеет исключительную юрисдикцию выносить предварительные решения о действительности актов Верховного органа и Совета, в тех случаях, когда подобный вопрос об их действительности возникает при рассмотрении дел в национальном суде или трибунале государства-члена». Таким образом, обращение к Европейскому суду разрешалось, лишь когда возникал вопрос о действительности актов ЕОУС.

Не разрешалось обращение в Суд в случае, если речь шла о толковании Учредительного договора или актов органов ЕОУС. Вопросы действительности актов ЕОУС, относящихся к области частного права, почти никогда не затрагивались. Обычно национальные суды требуют обязывающего аутентичного толкования соответствующих актов органов интеграционной группировки. Отсюда можно сделать вывод, что Суд ЕС не обладал бы тем статусом, которым он обладает теперь при принятии решений в частноправовой сфере, если бы ст. 41 Договора о ЕОУС была бы без изменений перенесена в Римский договор.

2.2. Расширение сферы применения преюдициальной процедуры

Статья 177 Договора ЕЭС, которая стала ст. 234 Договора ЕС (теперь это ст. 267 ДФЕС) значительно отличается от своей предшественницы — ст. 41 Договора о ЕОУС. Во-первых, она четко наделяет Европейский суд полномочиями трактовать

⁹ Договор о ЕОУС истек 23 июля 2002 г.

¹⁰ См. в том же смысле: *Schulze R., Hoeren Th.* (Hrsg.). *Dokumente zum europaischen Recht*. Bd. 1. Berlin und Heidelberg, 1999. Dokument 31. S. 94, 100: «Решения Суда в большинстве случаев будут иметь характер решений из исков о ничтожности, основным предметом которых станет “злоупотребление полномочиями”».

как первичное, так и вторичное право ЕС. Во-вторых, в ней больше не идет речь об *исключительной* юрисдикции Суда. В-третьих, право и обязанность национальных судов требовать предварительного решения четко регулируются в ее параграфах 2 и 3. Опубликованные документы не дают объяснения причин такого расширения, касающегося вопросов толкования. Три альтернативные версии того, что стало впоследствии ст. 177 Договора ЕЭС (а затем — ст. 234 Договора ЕС и ст. 267 ДФЕС), указывают на то, что по этому вопросу велись определенные дискуссии. Первая версия ограничивала (сводила) преюдициальную процедуру толкованием договора, в то время как вторая включала также и интерпретацию вторичного права сообщества; обе версии настаивали на исключительной юрисдикции Суда в этих вопросах. Но в конечном итоге была принята третья версия¹¹.

О причинах такого изменения можно лишь догадываться, основываясь на двух предположениях. Согласно прежней системе ст. 41 Договора о ЕОУС национальные суды, которые намеревались запросить Европейский суд о преюдициальном решении, должны были поставить под сомнение действительность акта сообщества, даже если серьезных сомнений в этом не было. Простой потребности в единообразном толковании на общеевропейском уровне было недостаточно для обоснования юрисдикции Суда. В случае отсутствия разумных сомнений невозможно было избежать различных толкований при обращении в Суд за преюдициальным решением. С другой стороны, национальные суды, не желавшие по какой-либо причине обращаться в Суд ЕС, могли добиться этого путем «изобретения» некоего далеко идущего толкования договора, которое соответствовало бы их праву на толкование без какого-либо контроля со стороны Европейского суда.

Второе предположение носит скорее юридико-технический характер: Европейский суд едва ли мог провозгласить недействительным акт ЕОУС (согласно ст. 41 Парижского договора) без надлежащего толкования этого договора, а часто — и самого акта. Таким образом, можно утверждать, что Суд уже был наделен подразумеваемой компетенцией толковать право ЕОУС в преюдициальном порядке согласно Договору о ЕОУС, но лишь в отношении *действительности* мер, принимаемых на основании этого права. Расширение этой подразумеваемой компетенции толковать акты вторичного права сообщества в целом, а не только в случаях существования сомнения в их действительности, явилось следствием передачи многочисленных законодательных полномочий государствами-членами новому Европейскому экономическому сообществу.

2.3. Значение для частного права

Изменение преюдициальной процедуры имело решающее значение для частного права. С 1958 г. к Суду можно обращаться за толкованием права сообщества также и при отсутствии каких-либо сомнений в действительности акта сообщества. Именно такова была позиция большинства национальных судов, обращающихся в Люксембургский суд за преюдициальным решением, — они не ставят под сомнение действительность директивы, но просто хотят узнать, каков ее смысл.

В течение последующих лет проявилась еще одна мотивация национальных судей: иногда они стремятся обойти законодательство собственного государства.

¹¹ См. о всех трех версиях: *Schulze R., Hoeren Th.* Op. cit. S. 1058, 1065.

Поскольку Суд ЕС сформулировал принцип прямого действия¹² и примата права сообщества над национальным¹³, суд государства-члена может запросить Суд ЕС дать толкование акта Евросоюза, которому противоречит национальное законодательство этого государства, что делает такое законодательство неприменимым. Наряду с юрисдикцией в отношении действительности актов Евросоюза у Суда ЕС появилась возможность (путем толкования законодательных актов Союза) де-факто контролировать национальное законодательство. Подобная подразумеваемая компетенция существует наряду с прямо выраженной *компетенцией* контролировать соответствие национальных законодательных актов законодательству ЕС. Это может осуществляться лишь путем рассмотрения исков из нарушений учредительных договоров одним из государств-членов по запросу Комиссии ЕС или другого государства-члена (ст. 258 и след. ДФЕС / ex ст. 226 и след. Договора о Европейском сообществе). Национальные суды знают о такой возможности и используют свое право или обязанность обращаться в Суд ЕС в свете модернизации их собственного национального законодательства¹⁴.

2.4. Дополнительные функции Суда: единообразное применение и пересмотр национального законодательства

Изложенное свидетельствует о наличии дополнительных функций, приобретенных Судом ЕС с течением времени. Его роль как административного трибунала и международного суда, рассматривающего споры между государствами-членами, осталась неизменной. Но Суд приобрел еще и дополнительную функцию как высшая судебная инстанция, контролирующая единообразное применение права Евросоюза во всех государствах-членах. И последнее по счету, но не по значению — Суд ЕС превратился в своего рода конституционный суд, следящий за соблюдением институтами Евросоюза и государств-членов их обязательств по Договору ЕС.

«Конституционная функция» Суда, основанная на производстве по искам из нарушений Договора ЕС, укреплялась по мере превращения практики преюдициальных решений в инструмент обеспечения единообразного толкования права ЕС. Подобное развитие позволило национальным судам создавать своего рода невидимую сетевую систему с Судом ЕС в центре, предоставляющую национальным судьям определенную независимость от их собственного законодательства. Преимуществом такой эволюции явилось то, что национальные суды теперь могут использовать эту сетевую систему в рамках Евросоюза и диалог с Люксембургским судом для того, чтобы добиться модернизации своего национального законодательства. Это особенно важно для национального **частного** права, которое, являясь кодифицированным, а также в силу ряда других причин, часто не успевает адекватно реагировать на изменения в общественном развитии.

С другой стороны, взаимодействие функции Суда по контролю за единообразным применением права ЕС с его ролью в качестве конституционной судебной инстанции имеет тенденцию отрицательно влиять на позицию Суда в делах, затрагивающих частнопроводную сферу. Дополнительным аргументом в пользу этой

¹² ECJ 5 Feb. 1963, 26/63 Van Gend en Loos.

¹³ ECJ 15 Jul 1964, 6/64 Costa v. ENEL.

¹⁴ См., напр.: C-210/06 Cartesio, C-404/06 Quelle AG, C-144/04 Mangold.

тенденции служат как сам характер, так и техника формирования законодательства Евросоюза по вопросам частного права.

3. Законодательство Евросоюза по вопросам частного права

3.1. Законодательная база и достигнутые результаты

Законодательство ЕС в сфере частного права весьма обширно, но далеко не всеобъемлюще или систематично. Учредительные договоры не наделяют Евросоюз законодательными полномочиями в отношении целых областей права, включая частное и экономическое¹⁵. Вместо этого они нацелены на претворение в жизнь определенных политик — создание единого внутреннего рынка¹⁶, формирование единой транспортной политики¹⁷, борьба с различными формами дискриминации¹⁸, принятие минимальных стандартов в трудовых отношениях¹⁹, создание пространства свободы, безопасности и права²⁰. Некоторые из этих разрозненных полномочий были включены в Римский договор 1957 г., другие добавлены в дальнейшем в виде поправок. Они призваны способствовать институтам Союза в достижении провозглашенных договором целей и не конкретизируют меры публично- или частноправового характера, которые в связи с этим следует предпринять. Они просто указывают, что меры, принимаемые Евросоюзом согласно договору, должны быть направлены на реализацию определенной цели.

Евросоюз обращался к различным аспектам частного права на различных стадиях своего существования. В 1960-х годах были предприняты инициативы по унификации права компаний с тем, чтобы покончить с ограничениями свободы создания коммерческих предприятий²¹. Первые шаги в области трудового права предприняты в середине 1970-х годов²². Комиссия ЕС в период председательства Ж. Делора разработала Программу по созданию единого внутреннего рынка²³, которая предусматривалась Единым европейским актом 1986 г.²⁴ Эта программа позволила принять законодательство по защите прав потребителей, в частности о потребительских договорах (контрактах)²⁵, а также нормы, регулирующие недобросовестную конкуренцию²⁶ и право интеллектуальной собственности²⁷.

¹⁵ См.: *Schwartz I. Perspektiven der Angleichung des Privatrechts in der EG // ZEuP. 1994. S. 570.*

¹⁶ См.: Ст. 26 ДФЕС.

¹⁷ См.: Ст. 90–91 ДФЕС.

¹⁸ См.: Ст. 19 ДФЕС.

¹⁹ См.: Ст. 151, 153(2) ДФЕС.

²⁰ См.: Ст. 67 ДФЕС.

²¹ Директива 68/151 ЕЭС, О.Ж. 1968, L. 65/8.

²² Директива 75/117 ЕЭС, О.Ж. 1975, L. 45/19.

²³ *Completing the Internal Market: COM (85) 310 final.*

²⁴ Единый европейский акт 27–28.02.1986 — О.Ж. 1987, L.169.

²⁵ Директива 85/374 ЕЭС, О.Ж. 1985, L. 210/29.

²⁶ См.: Директива 84/450 ЕЭС, О.Ж. 1984, L.250/17.

²⁷ См.: Директива 87/54 ЕЭС, О.Ж. 1987, L. 34/36.

После внесения поправок в Договор о Европейском сообществе, выразившихся в подписании Амстердамского договора²⁸, и начиная с 2000-х годов, Евросоюз вступил на путь интенсивной законодательной активности в сфере международного частного права²⁹ и принятия антидискриминационных мер³⁰. Число актов Евросоюза частногоправового характера приблизительно равнялось 70, когда автор данной статьи опубликовал подборку этих документов за 1999–2002 гг. С тех пор интенсивность принятия законодательных актов ЕС в сфере частного права значительно возросла, и их число в настоящее время насчитывает где-то от 90 до 100, не говоря о множестве актов смешанного характера, содержащих нормы как публичного, так и частного права.

3.2. Характерные черты частного права Евросоюза

3.2.1. Императивные нормы

Большинство актов Евросоюза по вопросам материального частного права обладают характерными чертами, значительно отличающимися от национального права государств-членов. В отличие от национального частного права они не только выравнивают условия для экономического обмена между частными лицами и компаниями, но их функция заключается в том, чтобы выполнять определенные политические задачи Евросоюза. Вследствие этого большинство этих норм является императивным. Только некоторые из них сформулированы как оговорки, допускающие изъятия в пользу контрактных договоренностей частных лиц. В том, что касается большей части диспозитивных норм гражданского права, Евросоюз продолжает опираться на частное право государств-членов.

3.2.2. Недостаточная систематизированность

Другим последствием политически мотивированного подхода для ориентированного на единый внутренний рынок частного права Евросоюза является отсутствие системы в формулировании его понятий (или, скорее, его несоответствие традиционным систематизированным понятиям частного права). До сих пор предложения Евросоюза по гармонизации касались лишь случаев возникновения препятствий рыночным процессам. Система частного права ЕС, скорее всего, будет опираться на законодательную базу учредительного договора, касающуюся единого внутреннего рынка, в первую очередь основных свобод³¹.

Возникшая в результате такого подхода система будет значительно отличаться от традиционных национальных концепций частного права, таких как тройное разделение французского *Code civil* или системы пандектного права Германского гражданского уложения (ГГУ). В частности, поскольку предложения по гармонизации обусловлены наличием препятствий для реализации определенных политик

²⁸ О.Ж. 1997, С- 340.

²⁹ Регламент 1346/2000, О.Ж. 2000, L. 160/1.

³⁰ Директива 2000/43, О.Ж. 2000, L. 180/226; ZEuP. 2008. S. 230–251.

³¹ См.: *Basedow J. Anforderungen an eine europäische Zivilrechtsdogmatik / R. Zimmermann, R. Knüttel, J.-P. Meincke (Hrsg.). Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik. Heidelberg, 1999. S. 94–96.*

ЕС, принимаемые в результате этого положения никогда не претендуют на то, чтобы сформировать всеобъемлющую систему частного права, так как подобные препятствия всегда проявляются в конкретных ситуациях.

3.2.3. Фрагментарный характер отдельных актов

Частное право ЕС отличается от частного права государств-членов своей фрагментарностью. Так, оно не связано с заключением контрактов в целом, оно лишь имеет дело с конкретными ситуациями, которые могут порождать проблемы с точки зрения традиционной концепции заключения контрактов (например, заключение потребительских договоров вне деловых офисов, когда потребитель может быть застигнут врасплох и не располагать достаточной информацией об аналогичных предложениях конкурирующих компаний на рынке³²). Другим примером может служить заключение договоров между поставщиком и потребителем не непосредственно, а на расстоянии, когда потребитель соглашается на это в результате определенной коммерческой информации, но не имеет возможности предварительно проверить качество покупаемого товара³³.

Всеобъемлющее законодательство Евросоюза в сфере частного права, в частности при заключении договоров в целом, потребовало бы расширенного толкования положений договора, которые могли бы послужить законодательной основой этого. Например, ст. 114 ДФЕС должна была бы толковаться как позволяющая законодательству ЕС преодолевать ограничения внутреннего единого рынка, накладываемые не только национальным законодательством государств-членов, но также еще и актами, цель которых — совершенствовать дальнейшее функционирование внутреннего рынка даже при отсутствии четко выраженных ограничений. Такое толкование представляется вполне допустимым³⁴, несмотря на некоторые высказывания Суда, которые часто интерпретируются как исключающие всеобъемлющее законодательство ЕС в сфере частного права³⁵.

3.2.4. Технические недостатки разработки проектов законодательных актов

Трудности, возникающие в результате фрагментарного характера различных законодательных актов Евросоюза в области частного права, усугубляются техническими недоработками, которых можно было бы избежать при более тщательной работе над их проектами. Излишние сомнения относительно толкования рождаются в результате использования различной терминологии для урегулирования аналогичных фактических составов и проблем или различных расчетов временных параметров и т.п. Комиссия знает о подобных недоработках и намерена избежать их в будущем, приняв Единую рамочную систему ссылок на европейское договорное

³² Директива 85/577, О.Ж. 1985, L.372/31.

³³ Директива 97/7, О.Ж. 1997, L.144/19.

³⁴ *Basedow J. Common Contract Law for the Common Market // CMLRev. 33. 1996. P. 1186 etc.*

³⁵ См.: Решение Суда ЕС по делу C-376/98 FRG v. EP & Council of EC, особ. п. 83 (2000). См. противоположное мнение автора данной статьи: *Grundmann S., Stuyck J. (eds). An Academic Green Paper on European Contract Law. The Hague, 2002. P. 155 etc.*

право (Common Frame of Reference of European Contract Law). Проект этого документа, подготовленный силами ученых-правоведов, уже опубликован³⁶.

3.2.5. Недостаток значимых законодательных материалов

В настоящий момент, однако, проблема толкования, возникающая в результате фрагментарного характера частного права Евросоюза и недостатков при разработке проектов частноправовых актов, часто усугубляется еще и недостатком значимых законодательных материалов. Хотя на ранней стадии законодательного процесса Комиссия обычно подготавливает большое количество проектов документов (включая зеленые и белые книги и пояснительные записки), они не объясняют окончательной версии законодательного акта ЕС, и значение этих документов с точки зрения их дальнейшего применения сомнительно. В отличие от этого преамбулы документов ЕС фактически принимаются во внимание Судом ЕС³⁷, но они значительно короче, зачастую неполны, а иногда даже туманны или не соответствуют содержанию акта³⁸. Что касается, например, Регламента Брюссель I, ничто (никакой материал или документ) не сравнится с докладами Йенарда и Шлессера³⁹ по поводу Брюссельской конвенции. То же самое можно сказать и о преамбуле Регламента Рим I⁴⁰, если сравнивать ее с Докладом Гиλιано/Лагарда⁴¹ по Римской конвенции 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам⁴².

Особые черты частного права Евросоюза, на которые было обращено внимание, а также прослеженная трансформация Суда ЕС, касающаяся некоторых его функций, позволяют дать оценку практики Суда в частноправовой сфере.

4. Суд ЕС и частное право: анализ судебной практики с точки зрения ее неопределенности и противоречивости

Суд ЕС начал заниматься рассмотрением дел в области частного права лишь с середины 1970-х годов. Число дел в этой области права в последние годы все возрастает⁴³. В рамках данной статьи не представляется возможным дать полный обзор всех дел. Но нижеследующая подборка судебных решений имеет целью подкрепить мнение автора, что анализ практики Суда ЕС говорит об излишней осторожности и сдержанности судей при рассмотрении дел в частноправовой сфере. В то же время

³⁶ См.: *Von Bar Ch. et al. (eds). Principles, Definitions & Models of European Private Law — Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Munich, 2009.

³⁷ См.: *Grundmann S. Die Auslegung des Gemeinschaftsrecht durch den Europaeischen Gerichtshof*. Konstanz, 1997. S. 263 etc.

³⁸ Напр., Recital 30 of Regulation 864/2007 (Rome II), O.J.2007, L. 199/40 и Recital 10 of Regulation 593/2008 (Rom I), O.J.2008, L.177/6/. Оба положения можно толковать, как исключаящие друг друга.

³⁹ См.: O.J. 1979, C — 59/1 и C-59/71.

⁴⁰ Regulation 593593/2008 (Rome I), O.J. 2008, L.177/6.

⁴¹ *Guiliano M., Lagard P. Report on the Convention on Law Applicable to Contractual Obligations // O.J. 1980, C 282/1.*

⁴² Rome Convention of 19.06.1980, O.J. 1980, L.266/1, consolidated version in O.J. 2005, C-334/1.

⁴³ См. сноски 2–6.

он свидетельствует об определенной неуверенности, что иногда приводит к явным противоречиям.

4.1. Толкование Брюссельской конвенции

Первые решения Суда касались не права ЕС как такового, а Брюссельской конвенции о юрисдикции и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам. В ряде своих решений начиная с 1976 г. Суд пошел двумя разными путями при толковании этой конвенции. Начав с понятия гражданских и коммерческих дел, которое проходит через всю конвенцию, Суд выступил за необходимость автономного толкования и отказался прибегать к национальному праву конкретного государства-члена с этой целью⁴⁴. Такой подход был распространен и на толкование многих других положений Брюссельской конвенции⁴⁵.

Важное исключение касается понятия места действия согласно ст. 5 п. 1. В соответствии с ней «лицо, проживающее в стране одной из сторон договора, может в стране другой договаривающейся стороны привлекаться к суду по вопросам, связанным с договором, по месту исполнения договорных обязательств». Хотя Суд неоднократно толковал понятие договора автономным образом⁴⁶, он считал невозможным, «учитывая расхождения между договорным правом государств-членов и в связи с отсутствием на данный момент должной степени унификации применимого материального права, определять место исполнения (договора)» без отсылки «к материальному праву государства-члена, определяемого согласно нормам коллизионного права суда, рассматривающего данное дело»⁴⁷. Несмотря на многочисленные критические высказывания доктрины и генеральных адвокатов⁴⁸, толкование путем отсылки к национальному праву было неоднократно подтверждено Судом в различных ситуациях⁴⁹.

Целью данной статьи не является обсуждение решений Суда ЕС. Что действительно имеет значение в данном контексте — это, скорее, различие в подходе и сопротивление Суда признанию широко распространенной, почти повсеместной критики. Если различия между правом государств-членов имеют значение с точки зрения места исполнения (договора), почему они неуместны в отношении таких понятий, как «гражданские и торговые дела», «потребители» в смысле ст. 15 или «место причинения вреда» для определения территориальной подсудности неправомερных действий в смысле ст. 5 п. 3? Расхождения между национальным правом государств — членов ЕС не менее важны с точки зрения этих понятий, так же как и в отношении «места исполнения (договора)». Разница в подходе возникает, видимо, из-за колебаний на ранней стадии применения Брюссельской конвенции и последующей убежденности, что следование прецеденту, пусть даже ошибочному, послужит укреплению правовой стабильности.

⁴⁴ См.: ECJ 14 Oct. 1976, case 29/76, LTU v. Eurocontrol. № 3 (1976).

⁴⁵ См.: C-125/92 Mulox v. H. Geels. № 10 (1993). Discussion in: *Magnus U., Mankowski P.* (eds.) / *Brussels I regulation*. Munich, 2007. Introduction. S. 93–97.

⁴⁶ См. сноску 26.

⁴⁷ ECJ 6 Oct. 1976, Case 12/76 Industrie Tessili Italiana Como v. Dunlop A.G. № 14–15 (1976).

⁴⁸ См.: C-386/05 Color Drack v. LEXX, № 54–77 (2007) (Summary by A.G. Bot).

⁴⁹ См.: C-440/97 GIE Group Concord. № 17–30 (1999), C-420/97 Leathertext, № 33 (1999).

В действительности толкование ст. 5 п. 1 приводило к возникновению все более усиливавшихся споров до тех пор, пока Регламентом Брюссель I в п. «b» ст. 5(1) не было окончательно предписано автономное толкование наиболее важных видов договоров⁵⁰. В результате этого изменения Суд ЕС теперь должен решать вопрос, что именно означает новый термин «место получения (доставки) товаров которые были проданы и поставлены согласно контракту (или должны были бы быть поставлены), и как определить «место предоставленных или подлежащих предоставлению согласно контракту услуг в каком-либо государстве-члене». Толковать эти понятия в различных контекстах будет не так-то просто. Теперь невозможно отправить дело в национальный суд для решения его согласно коллизионному праву последнего. Тем не менее, решения, принятые по делам, не подпадающим под действие п. «b» ст. 5 (1), могут все еще иметь силу и отсылать к национальному праву, несмотря на методологические расхождения между позицией Суда ЕС и положениями Брюссельской конвенции и Регламента Брюссель I.

4.2. Судебный контроль за стандартными условиями договоров и добросовестность

Вторая группа недостатков, относящаяся к частноправовым аспектам практики Суда ЕС, касается применения Директивы о несправедливых оговорках (условиях) (стандартных) потребительских контрактов⁵¹. Согласно основному положению общей оговорки этой директивы, «любую оговорку в контракте, не согласованную сторонами в индивидуальном порядке, следует рассматривать в качестве неправомерной, если она в нарушение принципа добросовестности чревата установлением между ними существенного и несправедливого дисбаланса их договорных прав и обязанностей в ущерб потребителю». Часто в судах некоторых государств-членов, руководствующихся общей оговоркой директивы после ее включения в их законодательство, ссылаются на нормы национального права; в Германии, например, судебный контроль за контрактами, основанными на стандартных положениях «Общих условий сделок», является обычным делом при урегулировании споров в связи с исполнением договоров. Суд ЕС, однако, так или иначе отказывается давать указания судам государств-членов по толкованию этого положения, подчеркивая, что его применение зависит от норм национального права, которое находится вне юрисдикции Европейского суда⁵². Отсюда следует, что гармонизация права «Общих условий сделок», провозглашенная европейским законодателем в качестве основной цели, провалилась, потому что Суд ЕС устранился от толкования общей оговорки директивы⁵³.

Суд ЕС утверждает далее, что ст. 3 директивы при ссылке на понятие добросовестности и существенный дисбаланс между правами и обязанностями договаривающихся сторон «лишь абстрактно определяет факторы, превращающие соответствующее условие (оговорку) контракта, не согласованное участниками договора

⁵⁰ См.: C-386/05 *Color Drack v. LEXX*, № 4 (2007).

⁵¹ Директива 93/13, O.J. 1993, L. 95/29.

⁵² См.: C-237/02 *Freiburger Kommunalbauten v. Hofstetter*, № 21–22 (2004).

⁵³ Более подробно см.: *Basedow J. Der Europaeische Gerichtshof und die Klauselrichtlinie 93/13. Der verweigerte Dialog // Mueller G. et al. Festschrift fuer Guenter Hirsch. Muenchen, 2008. S. 51 ff.*

в индивидуальном порядке, в несправедливое (неправомерное)»⁵⁴. Подобная фразеология создает впечатление частичной гармонизации, которую Суд ЕС не только не считал необходимой, но и не смог реализовать на практике. При этом следует подчеркнуть, что в других контекстах Суд без колебаний толковал общие понятия, такие как «добросовестность» или «общепринятые принципы морали».

Толкование понятия «добросовестность» имело место, например, в отношении контрактов независимых торговых посредников, требующих от обеих договаривающихся сторон действовать добросовестно в соответствии со ст. 3 и 4 Директивы 86/653⁵⁵. Хотя Суд ЕС и не конкретизировал значение «добросовестность» в делах о торговом посредничестве, он сделал определенные выводы в отношении самого понятия «добросовестность»⁵⁶. Понятие «добросовестность» все чаще используется в праве ЕС, в частности в отношении доступа к сетям электронной связи⁵⁷ или обработки персональных данных⁵⁸. Действительно ли следует оставить толкование добросовестности на усмотрение судов государств-членов во всех подобных случаях? Если так, то почему законодательство ЕС не ссылается просто на применимое национальное право государств-членов?

То же самое можно сказать о стандартных «общепринятых принципах морали» (*bonnes moeurs, gute Sitten*), которые предоставляют, помимо прочего, бесспорную основу для отказа в регистрации торговой марки Евросоюза⁵⁹. Соответствующее положение должно применяться Офисом гармонизации внутреннего рынка (ОНИМ), а также судами Евросоюза при надзорном производстве, поскольку торговая марка ЕС действует на всей территории Евросоюза. Отсылка к национальному праву и национальным стандартам морали привела бы либо к скатыванию к низшим моральным нормам (*race to the bottom*), либо к территориальной ограниченности применения торговой марки, которая действует в одних государствах-членах, но не действует в других (с более высокими моральными стандартами). Такое положение неприемлемо, и представляется, что «Общий суд» (или на тот момент — Суд первой инстанции) уже принял решения относительно значения «общепринятые стандарты морали» в рамках законодательства о торговой марке⁶⁰.

Предыдущие замечания позволяют более подробно осветить цель «Общих оговорок» в кодифицированном праве. Эти понятия служат, прежде всего, отправной точкой для судебной практики заполнять «лазейки», создаваемые «сознательно формируемым неполным законодательством»⁶¹. Вторая задача заключается в том, чтобы расширить сферу усмотрения судьи путем предоставления ему возможности обращаться к «общим принципам права» в тех случаях, когда применение судьей четко сформулированных законодательных норм в отдельных случаях могло бы

⁵⁴ С–237/02 *Freiburger Kommunalbauten v. Hofstetter*, № 19 (2004).

⁵⁵ Директива 86/653 О.Ж. 1986, L. 382/17.

⁵⁶ С–3/04 *Poseidon Chartering*, № 24 (2006).

⁵⁷ Директива 2002/19, О.Ж. 2002, L. 108/7, art. 12(1)(b).

⁵⁸ Директива 95/46, О.Ж. 1995, L. 281/31: ст. 6 требует от государств-членов осуществлять обработку личных данных (в немецкой версии — в соответствии с принципом справедливости, в английской — «справедливо и на законных основаниях»).

⁵⁹ Регламент 40/94, О.Ж. 1994, L. 11/1.

⁶⁰ См.: Т–224/01 ОНИМ, № 76 (2003); Т–140/02 *Sportwetten v. ОНИМ*, № 26–29 (2005).

⁶¹ См.: *Noll P. Gesetzgebungslehre*. Reibek, 1973. S. 264 ff., 274 ets.

привести к нежелательным правовым последствиям⁶². Введение «Общей оговорки» в право ЕС позволяет выявить ее третью функцию: наряду с «добросовестностью» или «общепризнанным нормам морали» она способствует сближению национальных этических принципов.

Используя такие «общие оговорки», европейский законодатель ставит перед Судом ЕС задачу способствовать такому сближению.

Отказ от выполнения этой задачи ведет к дальнейшей противоречивости практики Суда ЕС. В своем первом решении по Директиве № 93/13 о неправомерных (несправедливых) условиях потребительских контрактов Суд ЕС фактически постановил, что национальные суды должны применять директиву (или, скорее, нормы национальных актов о ее инкорпорации в правовую систему каждого государства-члена), даже если договаривающиеся стороны не ссылаются на эти нормы⁶³. Данное решение было подтверждено более поздними решениями⁶⁴, и теперь может считаться устоявшейся практикой. Но почему судьи государств-членов должны в силу права ЕС применять стандарты директивы в своих собственных решениях, если речь не идет об общих стандартах? С общеевропейской точки зрения, требование применять право ЕС *ex officio* имеет смысл лишь при наличии общих стандартов; это требование является простым дополнением к существованию таких общих стандартов. При отсутствии таковых гармонизация обречена на провал, и государствам-членам в равной мере вполне может быть предоставлено право использовать национальные процессуальные нормы для успешного применения отечественных стандартов.

4.3. Нематериальный ущерб

Третий пример неустоявшегося и неуверенного подхода Суда ЕС к вопросам частного права можно найти в его решении по делу *Симоны Ляйтнер*. Оно касается нематериального ущерба. С самого начала следует отметить неустойчивое состояние вторичного права ЕС в этой области. Директива 2004 г. о судебной защите прав интеллектуальной собственности ясно показывает, что моральный ущерб, причиненный нарушением прав интеллектуальной собственности обладателю этих прав, является одним из факторов, принимаемых во внимание при определении размера ущерба⁶⁵. Но вопреки этому положению Директива об ответственности производителя за производимую им продукцию явно оставляет решение вопроса о нематериальном ущербе национальным судам государств-членов⁶⁶. Согласно Директиве о пакете туристических услуг турист также имеет право на возмещение ущерба в

⁶² См.: *Noll P. Op. cit. S. 276–277: «Кроме того, так называемые “общие оговорки” типа “добросовестность”, “добрые нравы” и т.д. представляют собой попытку законодателя позволить судье обратиться к правовым принципам с целью избежать применения норм закона, если последствия его применения окажутся неприемлемыми».*

⁶³ C–240/98 *Oceano grupo editorial*, № 29 (2000).

⁶⁴ C–168/05 *Mostaza Claro*, № 39 (2006); C–243/08 *Pannon*, № 29–35 (2009); C–40/08 *Asturcom*, № 32, 48 (2009).

⁶⁵ Директива 2004/48 (о судебной защите прав интеллектуальной собственности), О.Ж. 2004, L. 157/45.

⁶⁶ Директива 85/374, О.Ж. 1985, L. 210/29.

случае нарушения туроператором своих обязательств, но в ней ничего не говорится о нематериальном ущербе⁶⁷.

Когда перед Судом ЕС был поставлен вопрос, может ли турист требовать компенсации за боль и страдания, причиненные ему во время тура, и за сорванный отпуск, Генеральный адвокат (далее — ГА) Тиццано дал общую сравнительно-правовую картину развития законодательства о возмещении нематериального ущерба. Он заявил, что положения о нематериальном ущербе содержатся в соответствующих нормах Директивы о пакете туристических услуг⁶⁸. Суд ЕС согласился с выводами ГА Тиццано, но ограничил свои обоснования аргументами, непосредственно вытекающими из этой директивы⁶⁹.

При сравнении с мнением ГА Тиццано очень скупая и сухая мотивация Суда свидетельствует о его нежелании использовать фразеологию, которая могла бы послужить ориентиром и вне конкретного дела, рассматриваемого Судом. Это весьма удивительно, поскольку в результате более чем 50-летней практики Суда ЕС был разработан всеобъемлющий комплекс мер, предусматривающих компенсацию нематериального ущерба на основе, в настоящее время закрепленной в ст. 340 п. 2 ДФЕС. Положения данной статьи служат краеугольным камнем внедоговорной ответственности ЕС за действия его институтов и служащих. Она «соответствует основным общим принципам права, закрепленным в законодательстве всех государств-членов».

Тщательный анализ, опубликованный несколько лет тому назад Вольфгангом Вурмнестом и посвященный судебным решениям, принятым согласно ст. 340 п. 2 ДФЕС, приводит к выводу, что приблизительно 1/4 всех судебных решений в пользу выплаты компенсаций касается нематериального ущерба. Эта доля увеличивается почти до 80%, если речь идет об ответственности Евросоюза перед своим собственным персоналом⁷⁰. Автор приводит многочисленные дела, по которым Суд ЕС выносил решение о компенсации за причиненные боль и страдания, за психические и эмоциональные стрессы, за ущерб репутации и имиджу и за упущенные возможности⁷¹. Если формальным основанием этого процессуального права являются общие принципы, признаваемые правопорядками всех государств-членов, тогда трудно понять, почему в деле Ляйтнер Суд не сослался на эти принципы, а вместо этого придерживался лишь положений и формулировок Директивы о пакете туристических услуг.

То, что предыдущая практика Суда ЕС касалась внедоговорной ответственности Евросоюза, не может служить достаточным объяснением его скупой аргументации по делу Ляйтнер, поскольку большинство судебных решений было принято по делам, возбужденным по искам чиновников Евросоюза против их работодателя. Такие отношения носят **договорный или квазидоговорный характер**, даже если основой для иска в соответствующих судебных разбирательствах послужили положения ст. 340 п. 2 ДФЕС, а не трудовой договор. Суд мог воспользоваться такой возмож-

⁶⁷ Директива 90/314, О.Ж.1990, L. 158/59.

⁶⁸ Мнение (ГА) Тиццано по делу C-168/00 Simone Leitner v. TUI, № 27 (2002).

⁶⁹ C-168/00 Simone Leitner v. TUI, № 19 (2002).

⁷⁰ См.: *Wurmnest W.* Grundzuege eines europaeischen Haftungsrechts. Tuebingen, 2003. S. 289.

⁷¹ См.: *Ibid.* S. 291–298.

ностью и сформулировать общий принцип частного права Евросоюза и дать четкое определение этого принципа на будущее. Но и в данном случае Суд снова не оправдал подобных ожиданий.

Подводя итог сказанному, можно констатировать определенное нежелание Суда касаться частноправовых вопросов, а также его склонность ограничиваться в своих решениях лишь тем, что абсолютно необходимо для ответа на вопросы, поставленные перед ним национальными судами. До настоящего момента Суд ЕС почти не проявлял никакой инициативы для стимулирования развития частного права в Европейском союзе, хотя требуется значительно больший вклад со стороны судебной системы для преодоления разрыва и устранения несоответствий между различными законодательными актами, носящими фрагментарный характер.

5. Общие принципы европейского частного права

Каковы средства исправления ситуации, изложенной выше? Можно ли ожидать от Суда ЕС более весомого вклада в общее развитие европейского частного права? Обладает ли он достаточным потенциалом для решения подобной задачи? В заключительной части статьи будут рассмотрены две тенденции развития, которые могут помочь улучшить ситуацию. Первая касается возможностей для Суда принимать более принципиальные решения по вопросам частного права, особенно опираясь на общие принципы, разработанные доктриной европейского права. Вторая более пристально рассматривает организационную структуру Суда ЕС с точки зрения его возрастающего значения в сфере частного права.

5.1. Общие принципы права Евросоюза

Уже изначально общие принципы Евросоюза играли особую роль в практике Суда ЕС. Постоянно ссылаясь в своей устоявшейся практике на формулировку «общие принципы, одинаковые для права всех государств-членов» в ст. 340 (2)ДФЕС и другие положения договора (в частности, ст. 19 (1)ДФЕС и ст. 263 (2)ДФЕС), Суд ЕС тем самым подчеркивал, что право Союза содержит нормы, отсутствующие в учредительном договоре или актах вторичного права ЕС; этими неписанными нормами являются общие принципы права Европейского союза⁷².

С течением времени Суд сформулировал множество таких принципов. В своем недавнем мнении ГА г-жа Трстеньяк (*Trstenjak*) дала общий обзор судебной практики и привела многочисленные примеры⁷³. Она выделила в основном две группы принципов — те, которые присущи структуре, духу и букве учредительного договора, и те, которые вытекают из правопорядков и конституционных традиций государств-членов⁷⁴. Вследствие такого разграничения существуют два различных метода исследования этих принципов — теоретический анализ права Союза в пер-

⁷² О начале дискуссии по данному вопросу еще в 1970-е годы см.: *Ipsen H.P. Europaeisches Gemeinschaftsrecht*. Tuebingen, 1972. Кар. 5/17–22; ранние решения Суда ЕС: 112/77 August Toepfer, № 19 (1978); новейшее исследование вопроса: *Metzger A. Extra legem, intra ius — Allgemeine Rechtsgrundlage // Europaeischen Privatrecht*. Tuebingen, 2009. S. 323–467.

⁷³ См.: мнение ГА Трстеньяк по делу С–101/08 Audiolux, № 66–73 (2009).

⁷⁴ См.: Там же.

вом случае и сравнительно-правовой анализ — во втором. Принципы, перечисленные Генеральным адвокатом, включают основные права и свободы (свободу слова или свободу собраний) и процедурные права (право на справедливое судебное рассмотрение). Более того, она перечисляет структурные принципы Европейского союза — свободу, демократию, соблюдение прав человека и верховенство права, а также принципы пропорциональности, правовой определенности, солидарности и сотрудничества государств-членов, *pacta sunt servanda* и *clausula rebus sic stantibus*⁷⁵.

Согласно широко распространенной точке зрения общие принципы характеризуются их основополагающей значимостью, что и объясняет их роль среди источников первичного права ЕС⁷⁶. Иными словами, общие принципы имеют приоритет над вторичным правом Союза, и в случае конфликта между ними преимуществом пользуются общие принципы. Таким образом, они являются не только полезными для толкования права ЕС и восполнения имеющихся в нем пробелов, но и служат инструментом судебного контроля за актами Евросоюза⁷⁷.

Нет уверенности в том, что такой подход к общим принципам права ЕС является целесообразным во всех случаях и, в частности, в отношении вопросов частного права. Конечно, не подлежит сомнению, что общие принципы необходимы также и для частного права, когда речь заходит о толковании фрагментарного законодательства или восполнении лакун⁷⁸. Но вряд ли можно утверждать, что абсолютно все общие принципы, признаваемые Судом ЕС, имеют фундаментальное значение.

Как указывалось, внедоговорная ответственность ЕС в отношении своих чиновников и институтов целиком основана на концепции «общих принципов, признаваемых правопорядками всех государств-членов». Это включает в себя полный перечень вопросов ответственности — от ее условий и последствий смешанной (встречной) вины (*Mitverschulden*) до размеров компенсации (например, за нематериальный ущерб) или начисления процентов за просроченный платеж и сроков давности⁷⁹. Хотя само существование внедоговорной ответственности ЕС, как таковой, имеет, несомненно, первостепенное значение для Евросоюза, детали режима ответственности вряд ли могут похвастаться такой же значимостью. Тем не менее, они могут быть также согласованы на основе «общих принципов, равно признаваемых правопорядками всех государств-членов».

Также представляется сомнительным наделять принципы, касающиеся таких частноправовых вопросов, как начисление процентов или начало течения сроков давности, приоритетом по сравнению с законодательством ЕС по этим вопросам. Другими словами, потребность в общих принципах в сфере частного права не зиждется на соображениях нормативной иерархии. Такие принципы необходимы лишь в исключительных случаях для признания недействительными актов вторичного права ЕС; в большинстве случаев они нужны для систематизации и толкования. Таким образом, общие принципы частного права, рассматриваемые в данной статье, не претендуют на приоритет в отношении законодательства ЕС. Этим они

⁷⁵ См.: Там же.

⁷⁶ См.: Там же.

⁷⁷ См.: *Tridman T.* The General Principles of EC Law. Oxford, 2006. P. 31 etc.

⁷⁸ О фрагментарной природе частного права ЕС см. раздел 3.2.3.

⁷⁹ См.: *Wurmnest W.* Op. cit. S. 291–298; *Gervén W. et al.* (eds). Common law of Europe case books — Torts. Oxford, 1998. P. 409 ff.

отличаются от общих принципов права Европейского союза, которые обычно являются предметом рассмотрения при принятии Судом ЕС решений и специалистов, комментирующих эти решения⁸⁰.

5.2. Общие принципы европейского частного права

Из сказанного следует, что не существует общепризнанного определения понятия общих принципов права⁸¹. Несмотря на употребление общей терминологии, такое определение может быть исключено в силу описанных выше разногласий. Фактически происхождение этих принципов из других источников права, их роль в правовом анализе и их место в иерархии норм разнятся столь сильно, что подведение общего знаменателя представляется делом более опасным, чем полезным. Поэтому в соответствии с темой данной статьи последующий анализ будет сосредоточен на общих принципах европейского частного права.

Большинство принципов ЕС было признано Европейским судом в контексте публичного права⁸². Хотя они могут определенным образом сказываться на частноправовых отношениях, их историческое происхождение и основная сфера применения — это вертикальные отношения между государством и частными лицами (индивидами). Они могут распространяться и на горизонтальные отношения, но лишь с большой долей осторожности, поскольку практика Суда ЕС при применении общих принципов в области частных отношений демонстрирует определенную неустойчивость и колебания.

В области права компаний Суд ЕС, согласившись с мнением ГА Тезауро, отказался в 1998 г. признать запрет злоупотребления правом ЕС в качестве общего принципа; однако он позволил национальным судам государств-членов предпринимать шаги в отношении соответствующего запрещения злоупотребления в их собственных правовых порядках⁸³. Последующее развитие законодательства ЕС и практики Европейского суда позволяют сделать вывод, что запрет на злоупотребление был признан с течением времени и как общий принцип права ЕС⁸⁴.

Подобным образом Суд и ГА Трстеняк недавно утверждали, что ряд конкретных норм вторичного права ЕС не является выражением общего принципа, запрещающего дискриминацию миноритарных акционеров мажоритарными или самой компанией⁸⁵. Такое мнение тем более примечательно, что некоторые положения директив ЕС фактически предусматривают равное обращение с акционерами в конкретных ситуациях. Но даже быстрого взгляда на реальности деловой жизни,

⁸⁰ Но есть и исключения. Так, ст. 79 Регламента № 40/94 о торговой марке ЕС гласит, что Ведомство по гармонизации внутреннего рынка при осуществлении административных процедур учитывает общие принципы процессуального права, признаваемые в государствах-членах только при отсутствии соответствующих национальных процессуальных норм. Это свидетельство subsidiarity применения общих принципов в Регламентах № 40/94.

⁸¹ В этом смысле см.: сноску 73.

⁸² См.: *Schulze R. Allgemeine Rechtsgrundsätze und Europäisches Privatrecht // ZEuP. 1993. S. 442.*

⁸³ См.: C-367/96 *Kefalas v. Elliniko Dimosio*, № 19–22 (1998).

⁸⁴ См. детальный анализ: *Basedow J. Das Verbot von Rechtsmissbrauch und Gesetzesumgehung im Europäischem Privatrecht // Festschrift fuer Stathopoulos. Athens, 2010.*

⁸⁵ См.: C-101/08 *Audiolux*, № 32–52 (2009), also AG Trstenjak, *supra* 77, № 74–96.

на различные интересы акционеров и самой компании и на разную функцию, исполнения которой акционеры ожидают от данной компании, достаточно для того, чтобы показать, что принцип отказа от дискриминации не может применяться в трансграничных ситуациях, а лишь исключительно в конкретном контексте.

Абсолютно вразрез с этим Большая палата Суда признала «принцип отказа от дискриминации по причине возраста... в качестве общего принципа права Сообщества»⁸⁶. Хотя существует ряд специальных норм, запрещающих дискриминацию по причине возраста и в праве ЕС, и в национальном праве государств-членов, такие нормы относятся к специфическим ситуациям, и «различные международные инструменты», на которые ссылается Суд⁸⁷, в действительности запрещают некоторые виды дискриминации, но не упоминают о дискриминации по возрастным причинам. Общий принцип такого рода ранее никогда не был известен⁸⁸. Однако вряд ли можно усомниться в том, что этот принцип, признанный Судом в решении по трудовому спору в довольно общей формулировке, породил бы серьезные проблемы в обществе в целом, если бы его применение не ограничилось рамками трудового права, а распространилось бы на всю сферу частного права. Намеревается ли Суд на самом деле оспаривать положения национальных законодательств о минимальном возрасте наступления дееспособности физических лиц? Как могло бы выглядеть альтернативное решение проблемы, совместимое с провозглашаемым принципом запрета дискриминации по причинам возраста и в то же время реализуемое на практике? Как тогда быть со всевозможными привилегиями людей преклонного возраста, которые предоставляются им компаниями и другими организациями во многих сферах общественной жизни?

Сравнение этих заявлений Суда по вопросам частного права со многими его заявлениями в области публичного права демонстрирует определенное непонимание Судом роли общих принципов частного права⁸⁹. Они в основном служат герменевтическим целям — представляют собой интеллектуальную связь между изолированными или даже расходящимися нормами права и таким образом облегчают их понимание. Подобно мировой системе параллелей и меридианов, общие принципы позволяют выявить в мире права конкретные решения определенных вопросов. Именно в таком контексте они также могут помочь толкованию тех или иных норм. В крайних случаях они могут служить в качестве правовой основы для исключений из содержания определенных норм. Но они не предназначены становиться инструментом контроля за правом ЕС или государств-членов; многие из них располагаются на стыке права и морали и носят слишком общий и расплывчатый характер для выполнения этой задачи.

Что необходимо для частного права, так это принципы, обладающие меньшей степенью абстракции и обобщенности, но отражающие важнейшие основополагающие постулаты (представления), на которых зиждется определенная правовая

⁸⁶ См.: C-144/04 Mangold, № 75 (2005).

⁸⁷ Там же, п. 74.

⁸⁸ См.: критические замечания по данному вопросу Ю. Базедова в его статье, упомянутой в сноске 31.

⁸⁹ О роли общих принципов в частном праве см.: сноска 72; Metzger A. Op. cit.; Strome M. Une question de Princip(es)? // European Contract Law. ERA Forum Special Issue 2008. ERA Forum Scripta Iuris Europaei. Vol. 9 / ed. A. Fuchs. Heidelberg, 2008, S. 72 etc.

сфера, регулирующая, например, договоры, компании, внедоговорную ответственность, международное частное право (МЧП). Различные группы европейских ученых-правоведов в течение долгого времени активно занимались разработкой таких общих принципов. Они подготовили каталоги принципов для таких сфер, как договорное⁹⁰ и деликтное право⁹¹, МЧП⁹², право доверительной собственности⁹³, отдельные разделы семейного права⁹⁴. Подход этих групп не всегда был одинаков; одни стремились разработать будущее законодательство ЕС, другие — сформулировать принципы или общие основы Европейской правовой системы.

Самый большой прогресс был достигнут в области договорного права. После опубликования Принципов европейского договорного права (*Principles of European Contract Law — PECL*)⁹⁵ другие ученые продолжали на работать над подготовкой академического проекта Единой (Общей) рамочной системы ссылок (*Daft Common Frame of Reference — DCFR*) для Еврокомиссии, который был опубликован в 2009 г.⁹⁶ Совет поручил Комиссии продолжать работу над тем, что можно было бы назвать **политической** Единой (Общей) рамочной системой ссылок (*CFR*)⁹⁷. Она была охарактеризована Комиссией как инструмент необязывающих принципов и норм, способных внести вклад в усовершенствование действующего права ЕС и будущего законодательства. Но Комиссия подчеркнула также, что *CFR* «могла бы послужить точкой опоры для Суда ЕС при его толковании договорного права ЕС»⁹⁸. На основе некоторых мнений генеральных адвокатов, сославшихся на *DCFR* и *PECL*, можно предположить, что Суд ЕС действительно приветствует этот новый источник в качестве стимулирующего его деятельность⁹⁹. Это наблюдение приводит к вопросу, может ли и в какой степени *CFR* преодолеть недостатки практики Суда ЕС, связанной с частноправовыми вопросами.

5.3. Единая рамочная система ссылок (*CFR*) — средство исправления недостатков европейского прецедентного права

Анализ практики Суда по вопросам частного права позволил выявить его излишнюю осторожность, сдержанность, неуверенность, а иногда и непоследовательность при принятии им своих решений. Такие выводы основываются на анализе

⁹⁰ См.: *Lando O., Beale H.* (eds). Principles of European Contract Law. Parts I and II. The Hague, 2000; *Lando O. et al.* (eds). Principles of European Contract Law. Part III. The Hague, 2003.

⁹¹ См.: Principles on European Tort Law. Text and Commentaries. Vienna, 2005.

⁹² См.: European Group for Private International Law // www.gedip-egpil.eu/gedip_documents.html

⁹³ См.: *Hayton D.J.* (ed.). Principles of European Trust Law. The Hague, 1999.

⁹⁴ О работе Комиссии по семейному праву см.: www.2.law.uu.nl/priv/cefl

⁹⁵ См. сноску 90.

⁹⁶ См.: *Grundmann S.* Die Auslegung des Gemeinschaftsrecht... S. 263 etc.

⁹⁷ Совет по правосудию и внутренним делам (Люксембург, 4–5 июня 2009 г.) высказался за трехчастную структуру (политической) *CFR*: **ключевые понятия договорного права, единые основополагающие принципы договорного права, комплекс модельных норм, регулирующих общее договорное право.**

⁹⁸ COM (2004)651 final of 11.10.2004, 5 at para. 2.1.2.

⁹⁹ Прямую ссылку на *DCFR* генеральных адвокатов в практике Суда ЕС см., напр.: C–180/06 *Ilseinger* (2008); C–275/07 *Comm. v. Italy* (2008); C–412/06 *Hamilton* (2008); C–404/06 *Quelle AG* (2008); C–1/06 *Bonn Fleisch Ex- und Import* (2007).

трех сфер: подсудности согласно Регламенту Брюссель I, оценке несправедливых условий потребительских договоров и компенсации нематериального ущерба. Нижеследующие замечания призваны показать возможное воздействие положений CFR на эти три сферы и то, приведет ли такое воздействие к переоценке Судом его предыдущей практики.

5.3.1. Брюссель I: место исполнения договора

Суд ЕС традиционно заявлял, что место исполнения договора (согласно ст. 5 п. 1 Брюссельской конвенции) должно устанавливаться в соответствии с материальным правом, определяемым на основе коллизионных норм страны суда¹⁰⁰. Ввиду «различий между национальными нормами договорного права государств-членов и отсутствия на данном этапе должной степени унификации применимого материального права», Суд счел невозможным предоставить более значимые указания к толкованию ст. 5 п. 1¹⁰¹. Такая формулировка решения *Tessili* содержит явное ограничение ссылки на *lex causae*: эту ссылку считают почти оптимальным решением до тех пор, пока в ЕС отсутствуют общие стандарты договорного права. Представляется, что принятие единых норм, регулирующих определение места исполнения договора, лишит доктрину *Tessili* ее основы, и Суд должен будет пересмотреть свою предыдущую практику по этим вопросам.

DCFR содержит довольно подробную норму в отношении места исполнения договора в ст. III–2:201, которая по существу тождественна ст. 7:101 PECL. Хотя эти инструменты не являются обязывающими, они обеспечивают стандарты, общепризнанные европейской правовой наукой, даже если позитивное право отдельных государств-членов может отличаться от них. При условии, что будущая (политическая) Единая рамочная система ссылок (CFR) содержит аналогичное положение, Суд ЕС должен использовать эту модель при установлении места исполнения договора в контексте п. «а» ст. 5(1) Регламента Брюссель I.

5.3.2. Директива 93/13: несправедливые условия договоров

Второй пример касается отказа Суда дать указания национальным судам государств-членов по толкованию ст. 3 Директивы № 93/13 о несправедливых условиях потребительских договоров¹⁰². Этот отказ мотивировался в основном тем, что Суд должен принимать во внимание «последствия (данного) условия для права, применимого к договору» (т.е. для национального права¹⁰³), при оценке того, создает ли соответствующее условие договора в нарушение требования добросовестности существенный дисбаланс прав и обязанностей сторон договора в ущерб интересам потребителя.

Если Единая рамочная система ссылок (CFR) (далее — «Система») будет принята, она предполагает проверку правильности такого решения. Подобно своему предшественнику, Принципам европейского договорного права (PECL) (далее —

¹⁰⁰ См. раздел 4.1.

¹⁰¹ См.: Дело C–12/76 *Tessili Italiana Como*, № 14 (1976).

¹⁰² См. раздел 4.2.

¹⁰³ См.: C–237/02 *Freiburger Kommunalbauten v. Hofstaetter*, № 21, (2004).

«Принципы»), «Система» содержит тщательное регулирование всех аспектов общего договорного права — от преддоговорных обязательств и заключения договора (и через его толкование и последствия) до его исполнения и средств судебной защиты в случае неисполнения. Таким образом, она могла бы служить ориентиром для оценки соответствия условия договора понятию добросовестности.

Действительно, «Система», учитывая ныне действующие механизмы принятия политических решений институтами ЕС, не предназначена регулировать договоры подобно норме о применимом праве, и договоры будут подлежать действию национального законодательства. Следует также отметить, что последствия договорного условия, которые важны для его оценки, частично проистекают из национального права, толковать которое Суд ЕС некомпетентен. Таким образом, может сложиться ситуация, когда условие договора, которое Суд ЕС сочтет не отвечающим критерию добросовестности, не создаст существенного неравенства в правах и обязанностях сторон, поскольку национальное законодательство содержит соответствующее регулирование, касающееся выплаты компенсаций. Но такое редко встречается на практике. Если, тем не менее, считаться с подобными ситуациями, то Суд ЕС должен формулировать свои решения по толкованию ст. 3 Директивы № 93/13 как опровержимую презумпцию, т.е. как рекомендацию, которая может быть проигнорирована судами государств-членов, если они сочтут, что признание условия несправедливым будет противоречить действующему национальному законодательству. Однако вероятность возникновения подобных ситуаций крайне мала. Если суд государства-члена полагает, что его национальное законодательство о компенсациях более взвешенно решает такие проблемы, нежели возможное утверждение Суда ЕС о несправедливости соответствующего условия договора, то национальный суд заранее примет это во внимание и даже не будет обращаться в Суд ЕС с вопросом о преюдициальном толковании.

Это предположение основывается еще на одном соображении. Приложенный к Директиве № 93/13 список с перечислением условий, которые могут рассматриваться как несправедливые, носит *рекомендательный характер* (согласно п. 3 ст. 3) независимо от правовой природы этого списка¹⁰⁴. «Система» воспроизвела этот список в ст. II-9:410 и разъяснила его смысл: условия, содержащиеся там, «презюмируются несправедливыми в договорах между коммерческим предприятием и потребителем». Даже после такого пояснения остается возможность, что условие, содержащееся в списке, может рассматриваться как отвечающее требованию добросовестности, но техника опровержимой презумпции потребует обязывающего заявления Суда ЕС о сфере действия каждого из запретов, перечисленных в этом списке. Таким образом, ответ на вопросы относительно значения каждого из положений приложения должен быть дан Судом ЕС согласно его преюдициальной процедуре. Ответ Суда не должен возвращать их на рассмотрение национальным судам государств-членов.

5.3.3. Компенсация нематериального ущерба

Третий пример, приведенный в разделе 4, касается нематериального ущерба¹⁰⁵. В этом контексте не возникает вопроса о переоценке практики Суда, поскольку она

¹⁰⁴ О разных мнениях по данному вопросу см.: Kiningen E.-M. in Muenchener Kommentar zum BGB. Vol. 2. Muenchen, 2007. Paragraph 308.

¹⁰⁵ См. раздел 4.3.

дает мало поводов для критики. Ограничивая свою аргументацию исключительно соображениями, основанными на положениях единственного акта вторичного права ЕС, Суд не оставляет места для других заключений, на которые можно было бы опереться для применения иных и аналогичных актов права ЕС. Скажем, имеет ли право пассажир, совершающий перелет, на который распространяется действие Монреальской конвенции¹⁰⁶ (являющейся составной частью права Евросоюза и поэтому подлежащей толкованию Судом ЕС¹⁰⁷), на компенсацию нематериального ущерба после авиационного инцидента? Текст конвенции не дает ясных указаний на этот счет, а мнения стран-участниц Варшавской конвенции¹⁰⁸ (предшественницы Монреальской) относительно ее толкования значительно расходятся¹⁰⁹. Подобные вопросы могут возникнуть и в контексте других правовых актов ЕС, касающихся перевозки пассажиров¹¹⁰.

Во всех ситуациях с причинением вреда здоровью не должно существовать никаких серьезных сомнений о праве кредитора требовать компенсацию как за материальный, так и за нематериальный ущерб, в частности за причиненные боль и страдания. Адекватным представляется общий подход, предлагаемый «Системой». В основном положении о причиненном ущербе (параграф 3 ст. III–3:701) говорится: «“Ущерб” включает экономические и неэкономические потери... “неэкономические потери” включают боль и страдания и ухудшение качества жизни». Из формулировки «включает» следует, что данное положение не ограничивает случаи нематериального ущерба, подлежащие компенсации. По крайней мере, можно сказать, что в случаях причинения физического вреда здоровью, когда имеет место один из двух указанных видов нематериального ущерба, компенсация должна быть выплачена. Таким образом, общий принцип, который может быть использован Судом ЕС и судами государств-членов в будущих судебных разбирательствах, мог бы быть сформулирован Судом ЕС в том смысле, чтобы обеспечить выплату компенсаций за нематериальный ущерб в случае причинения физического вреда здоровью.

Отсюда следует, что принятие «Системы» институтами ЕС стало бы важным шагом на пути к развитию унифицированного частного права Евросоюза, даже если по содержанию она останется такой, как была задумана Комиссией в 2004 г., т.е. необязывающим инструментом для внутреннего использования. В той мере, в какой она имеет дело с общим договорным правом, «Система» содержит множество в меру абстрактных принципов, которые могли бы оказаться чрезвычайно полезными для толкования и применения действующих союзных актов.

¹⁰⁶ Convention for the unification of certain rules for international carriage by air, done at Montreal on 28 May 1999 // O.J. 2001, L.194/39.

¹⁰⁷ См.: C–344/04 IATA, № 36 (2006).

¹⁰⁸ Convention relating to the unification of certain rules relating to international carriage by air, 1929. LNST 11.

¹⁰⁹ См. дискуссию: *Basedow J. Der Transport Vertrag*. Tuebingen, 1987. S. 449 ff.; C–63/09 *Walz v. Clifair*, № 24, (2010).

¹¹⁰ См., напр.: 1974 Athens Convention relating to the carriage of passengers and their luggage by the sea, as amended by the 2002 Protocol, incorporated into EC Law by Reg. 392/2009 — O.J. 2009, L.131/24.

6. Частное право и судебная система Евросоюза

Разработка Принципов европейского договорного права и преемника этого документа — Единой рамочной системы ссылок — позволяет надеяться на более последовательное применение европейского частного права и его эволюцию. Другие действия, в частности консолидация действующих директив¹¹¹, следуют в том же самом направлении. Но это только одна сторона непростых отношений между Судом ЕС и частным правом. Другая сторона, о которой хотя бы следует упомянуть, касается основополагающих структурных недостатков, которые проявляются, когда Суд ЕС действует как судебная инстанция частного права. В заключение хотелось бы сделать ряд замечаний, цель которых — по крайней мере привлечь внимание к необходимости будущих реформ в этой области.

6.1. Частные споры как проблема увеличения их количества

Первое замечание касается количества споров в частноправовой сфере. Во всем мире эти споры составляют подавляющую часть судебных разбирательств. Одной цифры достаточно, чтобы показать весь масштаб проблемы: в Германии каждый год около 1,3 млн новых дел поступает на рассмотрение гражданских судов первой инстанции¹¹². По мере расширения действия законодательства ЕС на новые сферы общественной жизни все большее число таких споров регулируется правом Евросоюза.

Недавно вступившие в силу акты, касающиеся договоров о перевозке пассажиров воздушным¹¹³, железнодорожным¹¹⁴ и морским¹¹⁵ транспортом несомненно приведут к многочисленным преюдициальным процедурам. Тот же самый эффект возникнет в результате перехода от минимальной гармонизации к полной, которую предлагается реализовать путем консолидации нескольких потребительских директив¹¹⁶. Третьим источником возросшей активности Суда ЕС в сфере частного права будет увеличение числа актов ЕС в области международного частного права и международного гражданского процесса. Передача дел в этой сфере на рассмотрение судов высшей инстанции более не будет иметь места (как это было по ст. 68 Договора о Европейском сообществе) после вступления в силу Лиссабонского договора (см. ст. 267 ДФЕС).

Короче говоря, рост количества дел в частноправовой сфере в Суде ЕС будет, по всей вероятности, продолжаться и даже ускоряться по мере того, как частное право Евросоюза становится всеохватывающим и последовательным. Окажется ли Европейский суд способным справиться с таким бременем? Захотят ли судьи, большинство из которых получили образование и приобрели практический опыт в сфере публичного права, взять на себя в будущем дополнительную нагрузку, или

¹¹¹ Предложение Директивы о правах потребителей — COM (2008) 614 final of 8.10.2008 — и комментарии к нему — *Juristenzeitung* (2009):277–290.

¹¹² См. статистику на сайте Федерального министерства юстиции Германии: URL: www.bmj.bund.de — услуги — статистика — развитие бизнеса судами и прокуратурами за 1999–2007 гг.

¹¹³ См. сноску 106.

¹¹⁴ Regulation 1371/2007; O.J. 2007, L. 315/7.

¹¹⁵ См. сноску 110.

¹¹⁶ См.: Ст. 4 Предложения Директивы о правах потребителей.

они продолжают уходить от решения дел с частноправовой проблематикой, возвращая их назад национальным судам государств-членов, как делают до сих пор?

6.2. Единый суд для всего Евросоюза? О децентрализации

Второй проблемой для европейского судебного сообщества является централизация судебной власти в Люксембурге. В отличие от федеральной судебной системы США Суд ЕС не располагает местными или региональными отделениями в государствах-членах или группах государств-членов. Существует лишь единственный центральный суд для всего континента с населением в 500 млн человек. Рано или поздно ЕС будет вынужден рассмотреть возможность проведения структурной реформы по учреждению подразделений Суда в некоторых государствах-членах.

Аналогичные дискуссии уже ведутся также и в области патентного права. Государства-члены, председательствующие в Совете ЕС на ротационной основе (так называемая тройка. — *Примеч. пер.*), представили проект соглашения европейского суда в области патентного права, который предусматривает создание Европейского патентного суда первой инстанции и Апелляционного суда. Согласно этому проекту Суд первой инстанции должен включать в себя центральное отделение, а также местные и/или региональные отделения, которые будут создаваться по запросу одного или нескольких государств-членов¹¹⁷. Для сохранения европейского характера этих децентрализованных судебных инстанций четко предусматривается, что «любой состав Суда первой инстанции должен иметь интернациональный состав»¹¹⁸. В этом вопросе проект значительно отличается от предложений замечать Суд ЕС (в том, что касается преюдициальной процедуры по ст. 267 ДФЕС) «Евро-Палатами», учреждаемыми в рамках верховных судов государств-членов¹¹⁹.

Хотя предложения в сфере патентного права предполагается реализовать вне институциональных рамок Европейского союза, более тщательный взгляд на положения Лиссабонского договора, касающиеся Суда, позволяет говорить о значительной степени гибкости, которая вполне допускает аналогичные институциональные реформы также и в рамках ЕС, причем не потребуются внесения никаких изменений в договор¹²⁰. Это также относится к учреждению специализированных судов для конкретных областей права. Союз мог бы создать, подобно Трибуналу по делам, касающимся государственной службы, в соответствии со ст. 256, 257 ДФЕС специализированные суды для таких областей права, как МЧП, потребительское и право интеллектуальной собственности¹²¹ и даже всей сферы частного права в целом. Такие региональные и/или специализированные подразделения могли бы учреждаться на уровне «Общего суда» (бывший Суд первой инстанции. —

¹¹⁷ Council of the EU, Working documents — Draft Agreement on the EU Patent Judiciary, Doc. 9124/08 of 14.5.2008. See Art. 5 of the Draft Agreement, also: Handwoerterbuch des Europaeischen Privatrecht. Tuebingen, 2009. S. 548.

¹¹⁸ См.: Draft Agreement, art. 7.

¹¹⁹ См.: Zeitschrift fuer Rechtspolitik, 2000. S. 59.

¹²⁰ См.: Basedow J. Die Rechtsstaatliche Dimension der Europaeischen Justizreform // Rabels Zeitschrift fuer Auslaendisches und Internationales Privatrecht. 66. 2002. S. 203–215.

¹²¹ По вопросам интеллектуальной собственности следует принимать во внимание дополнительные полномочия по ст. 262 ДФЕС.

Примеч. пер.). Для того чтобы стать эффективными, они должны быть наделены компетенцией осуществлять преюдициальную процедуру согласно ст. 256 (3) ДФЕС.

6.3. Субъективные права и преюдициальная процедура

Третий элемент структурных недостатков существующей судебной системы Евросоюза в отношении частного права касается самой преюдициальной процедуры. При создании Европейского сообщества эта процедура задумывалась как инструмент единообразного применения права Сообщества в интересах самого Сообщества и Общего рынка, но не в интересах частных лиц.

Лишь на более поздней стадии Суд ЕС стал толковать содержание многочисленных положений Учредительного договора как наделяющее индивидов и компании субъективными правами. Законодательство в сфере частного права ЕС создало большое количество дополнительных субъективных прав для частных лиц — участников рынка. Но эти лица не получили процедурных прав обращаться в Европейский суд для защиты и реализации свои субъективных прав, вытекающих из правопорядка ЕС. Это породило уникальную ситуацию в правовой системе. На национальном уровне субъективные права, предоставляемые или гарантируемые соответствующими национальными законодательствами, обычно неразрывно связаны с процессуальным правом индивидов на судебную защиту и реализацию этих прав. В соответствии с правом ЕС частные лица имеют право обращаться в Европейский суд лишь в виде исключения¹²² и не по вопросам частного права. Реализация прав граждан по таким вопросам, согласно праву ЕС, зависит от готовности национального суда обратиться в Суд ЕС с соответствующим вопросом в рамках преюдициальной процедуры.

Это представляет собой явное несоответствие между процессуальным и материальным правом Евросоюза. Согласно традиционным представлениям большинства европейских стран, индивид всегда сам отвечает за реализацию своих прав в судебном порядке и всегда может обратиться в суд соответствующей юрисдикции за решением спора, чтобы добиться осуществления своих законных прав¹²³. Хотя это может показаться утопией, но результатом предоставления правом Евросоюза субъективных прав частным лицам должно стать предоставление им возможности обращаться в Европейский суд для исполнения этих прав. Одним из вариантов могло бы стать разрешение обращаться в Суд ЕС по решению верховного суда государства-члена. Конечно, такие обращения будут ограничены жалобами на нарушение права ЕС. Таким образом, ни одно лицо не может обращаться в Европейский суд с иском о защите своих прав, которыми его наделяет национальное законодательство, включая и вытекающих из законов об инкорпорации директив ЕС в национальный правопорядок, но не из самих директив.

¹²² См. ст. 263(4), 268 и 270 ДФЕС.

¹²³ См. упомянутую в сноске № 120 статью Ю. Базедова, в которой он апеллирует к знаменитой работе Р. Иеринга «Борьба за право» (есть русский перевод этой работы. — *Примеч. пер.*)

7. Заключение

1. Хотя Суд ЕС был вначале наделен функцией административного трибунала и международного суда, в результате поправок 1957 г. о преюдициальной процедуре, а также благодаря разработке самим Судом правовых доктрин прямого действия и приоритета права Сообщества произошла значительная трансформация его функций. Он приобрел дополнительные функции суда по гражданским делам, обеспечивающего унифицированное применение права ЕС, и конституционного суда, надзирающего де-факто (в связи с запросами национальных судов) за должным исполнением государствами-членами права ЕС.

2. Частное право не является традиционной сферой применения права ЕС. На основе разрозненных положений Учредительного договора законодательство Евросоюза служит инструментом реализации определенных политических целей, преимущественно путем публично-правового регулирования, но все чаще прибегая также к использованию норм частного права. В результате сформировавшийся корпус частного права Евросоюза в целом приобрел некоторые характерные черты: императивную правовую природу, отсутствие систематичности, фрагментарный характер большинства актов, отсутствие всеобъемлющего и значимого законодательного материала.

3. Все чаще и чаще в Суд ЕС обращаются суды государств-членов с просьбой дать толкование инструментов частного права ЕС. Его практика, касающаяся подобных дел, свидетельствует о крайней сдержанности и в то же время о колебаниях между различными подходами. Становится очевидной определенная тенденция отсылать дела назад в национальные суды.

4. Сдержанность Суда, его стремление к самоограничению при толковании актов частного права резко контрастирует с его тенденцией формулировать общие принципы в других правовых сферах. Хотя потребность в более принципиальном подходе к вопросам частного права ЕС представляется несомненной, Европейский суд проявляет нежелание и нерешительность заниматься решением проблем в данной сфере. На взгляд автора данной статьи, такое отношение Суда можно частично объяснить непониманием роли общих принципов частного права ЕС. Не приоритет общих принципов как части первичного права Евросоюза над другими источниками права, а их герменевтическая функция (т.е. инструмента толкования. — *Примеч. пер.*) для понимания — вторичного — частного права ЕС — вот что важно для развития частного права ЕС.

5. С этой точки зрения частное право ЕС должно быть дополнено принципами «средней отвлеченности». Такие принципы будут разработаны, по крайней мере, в том, что касается договорного права в рамках Единой рамочной системы ссылок (CFR), как это планирует Комиссия. Предыдущий анализ дает три примера полезности такого документа для практики Суда ЕС по частноправовым вопросам: место исполнения договора в смысле п. «а» ст. 5(1) Регламента Брюссель I, принцип добросовестности как инструмент судебного контроля за содержанием положений типовых договоров (контрактов) согласно Директиве № 93/13, компенсация нематериального вреда в соответствии с некоторыми актами ЕС. В случае принятия Единой рамочной системы ссылок желательно пересмотреть устоявшуюся практику Суда ЕС.

6. Наконец, затрагивая вопрос о перспективах толкования Судом ЕС европейского частного права в будущем, данная статья акцентирует внимание на трех структурных недостатках судебной системы ЕС в функции гражданского суда. В количественном плане число споров, затрагивающих вопросы частного права ЕС, будет несомненно возрастать, и трудно сказать, сможет ли Суд решать возникающие в связи с этим проблемы без структурной реформы или он будет продолжать исполнять свои обязанности, отсылая дела назад в национальные суды государств-членов.

7. В продолжение данной темы следует также отметить, что постоянное расширение Евросоюза предполагает пересмотр существующей на данный момент централизации судебной власти в Люксембурге. Можно создать децентрализованные подразделения для решения вопросов в области частного права, составленные из судей, представляющих несколько государств-членов, на базе Общего суда без внесения поправок в договор. С этой целью компетенция в сфере преюдициальных процедур по частноправовым делам должна будет быть передана Общему суду. Такая децентрализация позволила бы Суду ЕС сосредоточить свое внимание на более важных делах в рамках апелляционных процедур.

8. По мере предоставления Евросоюзом все больших субъективных прав индивидам возникает несоответствие между материальным частным правом ЕС, источником этих прав и системой средств их судебной защиты: в то время как гражданам предоставляются права Евросоюзом, они, тем не менее, не могут добиваться их реализации в одном из судов Союза. Доступ в суды ЕС зависит от готовности национальных судов обратиться с предварительными вопросами в рамках преюдициальной процедуры в Суд ЕС. На основании материала, проанализированного в данной статье, представляется вполне целесообразной рекомендация в интересах эффективного решения проблем частного права ЕС наделить индивидов правом обжаловать в апелляционном порядке в системе европейских судов решения национальных судов высших инстанций в случае нарушения этими последними права ЕС.

*Перевод: Ю.М. Юмашев
профессор, заведующий кафедрой
международного права факультета права
Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики», доктор юридических наук*

А.А. Вишневский

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:

- в качестве традиционной банковской операции;
- в качестве вида деятельности, разрешенного только для организаций, имеющих лицензию на занятие банковской деятельностью;
- 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 разрешение, 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 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, 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 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;

¹ Термин «эндогенный» применительно к институтам банковского права означает вспомогательный институт, имеющий основную цель — 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.

- 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 устоявшийся 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 начисляет проценты на кредитный остаток текущего счета, а ряд банков позволяет 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 открытия процентного счета проинформирован, что условия договора напечатаны в сберегательной книжке⁶.

³ *Barclays Bank v. Okenarhe* (1966).

⁴ В конкретном случае, рассматривавшемся в этом деле, — *Re Head, Head v. Head* (#2) (1894).

⁵ *Re Australia and New Zealand Savings Bank Ltd., Mellas v. Evriniadis* (1972).

⁶ См.: *Ellinger E.P., Lomnicka E., Hooley R.J.A.* Op. cit. P. 334.

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 (деPOSITных) документов было подтверждено рядом прецедентов. Так, лорд Аткин указал, что депозитная расписка не содержит явно выраженного обещания банка уплатить определенную сумму, подобного 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 о возможности уступки прав требования по сберегательному документу. Для этого необходимо совершение на нем надписи, из которой четко следует, что права по данному документу переданы указанному лицу¹⁰.

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).

¹⁰ См.: *Ellinger E.P., Lomnicka E., Hooley R.J.A.* Op. cit. P. 341.

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 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 кли-

¹¹ См.: Там же.

¹² Wood v. Clydesdale Bank Ltd. (1914).

¹³ Customs and Excise Commissioners v. Guy Butler (1977).

ента 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 законодательного 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 Франции 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 возражают 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

¹⁴ Статус клиента банка в банковском праве Англии находится за пределами тематики настоящей статьи. Более подробно эти вопросы изложены в следующих работах: Вишневский А.А. Клиент банка в современном банковском праве: тенденция к возникновению специального статуса // Закон. 2010. № 12. С. 171–178; Вишневский 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 // URL: <http://www.french-property.com/guides/france/finance-taxation/banking/savings/regulated-savings-accounts>

¹⁶ Ст. L221-1 Денежного и кредитного кодекса Франции.

¹⁷ URL: <http://www.french-property.com/guides/france/finance-taxation/banking/savings/regulated-savings-accounts/>

¹⁸ Ст. L221-24 Денежного и кредитного кодекса Франции.

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 налоговыми резидентами 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;
- вкладчик вправе перевести средства со своего депозитного счета в одном банке на депозитный счет в другом банке²⁶;

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 // URL: <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. L.221-2 Денежного и кредитного кодекса Франции.

²⁶ Ст. L221-3 Денежного и кредитного кодекса Франции.

- по истечении 30 лет со дня последней операции по счету средства с такого счета распределяются: 2/5 — между сберегательными банками, 3/5 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 (ГК РФ), согласно которому по такому договору одна сторона (банк), *принявшая* 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 денеж-

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.

ных 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 договора 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 оди-

²⁹ Постановление ФАС Дальневосточного округа от 27 декабря 2010 г. № Ф-03-8951/2010.

наковых со всеми условиями, 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 Федерального закона «О банках и банковской деятельности». 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 должна превалировать над нормой ст. 29 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» в силу принципа превалирования частной нормы над общей³².

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.

³² Следует отметить, что вопрос, связанный с толкованием ст. 29 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» был поднят на уровень Конституционного Суда Российской Федерации, который в своем Постановлении от 23 февраля 1999 г. № 4-П признал положение ст. 29

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 20-летнюю историю и 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

Федерального закона «О банках и банковской деятельности» не соответствующим Конституции 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.

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 URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31987H0063:EN:HTML>

А.Г. Осипов

докторант Института
социологии РАН, старший
научный сотрудник
Европейского центра по
вопросам меньшинств
(Фленсбург, Германия),
кандидат исторических наук

Международно- правовые аспекты культурной автономии

В статье анализируется, в каких отношениях современное международное право поощряет или ограничивает нетерриториальную автономию (НТА) на этнической основе. НТА служит категорией практики, не имеет единого толкования и получает две основные интерпретации: как коллективное право развивать этничность, язык и культуру и как предоставление самоуправляемым организациям определенных публичных функций и ресурсов. Некоторые положения «мягкого права» включают понятие нетерриториальной автономии или самоуправления; они носят декларативный характер и не могут быть непосредственно инструментализованы. В то же время есть более конкретные и практически применимые нормы, а также соответствующая практика международных организаций, которые касаются второй интерпретации НТА. Однако эти подходы носят ограничительный характер по сравнению с первой группой. Расхождение может быть объяснено как различие между символической и инструментальной политикой, если принимать в расчет идеологическую функцию международного права, или функцию производства компромиссных описаний реальности.

Ключевые слова: автономия, этнические группы, самоопределение, коллективные права, фиктивные нормы.

В России в конце 1980-х и начале 1990-х годов резко вырос интерес к идеям культурной, или, в местном наименовании, «национально-культурной» автономии. В результате можно отметить внедрение этих понятий в законодательство, в официальные заявления, упоминающие национально-культурную автономию в качестве одного из достижений «национальной политики», и в поток научных и медийных текстов. Похожие процессы наблюдаются и в ряде других стран, если судить по динамике научных и экспертных публикаций¹. И в России, и за ее пределами культурную автономию нередко обосновывают отсылками к современному международному праву прав человека, в первую очередь стандартам защиты меньшинств². Полезно в связи с этим посмотреть, в чем именно и в каких аспек-

¹ См.: National-Cultural Autonomy and its Contemporary Critics / ed. by E. Nimni. L., N.Y.: Routledge, 2005; Cultural Autonomy in Contemporary Europe / ed. by D.J. Smith and K. Cordell. L., N.Y.: Routledge, 2008; Roach S.C. Cultural Autonomy, Minority Rights and Globalization. Burlington, VT: Ashgate, 2005; Minority Governance in Europe / ed. by Kinga Gal. Budapest: LGI/ECMI Series on Ethnopolitics and Minority Issues, 2002.

² См., напр.: Тишков В.А. Очерки теории и политики этничности в России. М.: Русский мир, 1997. С. 297.

тах подобные столь популярные идеи сочетаются или конфликтуют с международным правом.

Подобный анализ осложняется тем, что не существует единого, тем более общепризнанного, понимания культурной автономии ни в теории, ни на практике; отсутствует и единая терминология. Используемые в законодательстве и практической политике понятия «национально-культурная автономия», «культурная автономия», «персональная автономия» в разных контекстах имеют разные содержательные нюансы и интерпретации³. Термин «автономия» нередко заменяется близким, но не тождественным понятием «самоуправление». По-разному понимается и обозначается субъект автономии.

В академической литературе наблюдается еще больший терминологический и теоретический разнобой; к списку практических категорий добавляются понятия «корпоративная», «групповая», «функциональная», «общинная», «сегментная» и прочие автономии⁴. Здесь и ниже в качестве общего объединяющего понятия будем использовать выражение «нетерриториальная автономия» (далее — НТА). Такое понятие хотя и не относится к числу самых распространенных, однако наиболее точно передает суть вопроса — организующим началом всех обсуждений на данную тему является противопоставление территориальных форм автономии любым другим.

В теории (независимо от дисциплинарных рамок) и на практике можно проследить несколько интерпретаций НТА; две из них безусловно доминируют. Одну можно условно назвать идеологической — она сводится к общему принципу, в соответствии с которым лица, относящиеся к определенной этнической/культурной/лингвистической группе, в различных институциональных рамках совместно реализуют свои интересы, относящиеся к сохранению, развитию и выражению своей групповой идентичности и ее атрибутов⁵.

Вторую можно обозначить как инструментальную, делающую акцент на специальных средствах, формах и механизмах организации на этнической или культурной основе. В подавляющем большинстве случаев инструментальный подход предполагает создание единой вертикально интегрированной структуры, в идеале объединяющей всех лиц, относящихся к определенной группе, представляющей группу перед властями и исполняющей иные публичные функции⁶. В идеале эта струк-

³ См.: *Weller M.* Towards a General Comment on Self-Determination and Autonomy // Working Paper submitted to the UN Working Group on Minorities. 11th Session / 25 May. 2005. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2005/WP.5; *Potier T.* Autonomy in the 21st Century: Through Theoretical Binoculars // Paper prepared for the Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, Working Group on Minorities. 7th Session. 14–18 May. 2001. E/CN.4/Sub.2/AC.5/2001/CRP.

⁴ См.: *Heintze H.-J.* On the Legal Understanding of Autonomy // *Autonomy: Applications and Implications* / ed. by M. Suksi. The Hague; Boston: Kluwer Law International, 1998. P. 7–32; *Lapidoth R.* Autonomy: Flexible Solutions to Ethnic Conflicts. Washington, D.C.: United States Institute of Peace Press, 1997. P. 37–40; *Henrard K.* «Participation», «Representation» and «Autonomy» in the Lund Recommendations and their Reflections in the Supervision of the FCNM and Several Human Rights Conventions // *International Journal on Minority and Group Rights*. 2005. Vol. 12. № 2–3. P. 133–168; *Tkacik M.* Characteristics of Forms of Autonomy // *International Journal on Minority and Group Rights*. Vol. 15. 2008. № 2–3. P. 369–401.

⁵ См., напр.: *O'Leary B.* The Logics of Power-Sharing, Consociation and Pluralist Federations // *Settling Self-determination Disputes: Complex Power-Sharing in Theory and Practice* / ed. by B. Metzger and M. Weller. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008. P. 47, 54–55; *Heintze H.-J.* Op. cit. P. 15–16.

⁶ См.: *Brunner G., Kupper H.* European Options of Autonomy: A Typology of Autonomy Models of Autonomy Self-Governance // *Minority Governance in Europe* / ed. by K. Gal. Budapest: LGI/ECMI

тура должна располагать гарантируемыми публичной властью ресурсами (властными и материальными) в объемах, необходимых для исполнения ее функций.

Между двумя подходами нет противоречия и нет четкой разграничительной линии; на практике они пересекаются и дополняют друг друга. В их основе лежит общее, иногда непроговариваемое допущение, которое следом за Роджерсом Брубейкером можно назвать «группизмом» (*groupism*)⁷, — представление о группе (в данном контексте этнической) как внутренне связанной и структурированной социальной единице, способной выступать субъектом общественных отношений, в том числе приобретать права и обязанности. Именно этническая группа как таковая в обоих прочтениях НТА открыто или по умолчанию признается субъектом автономии, что выглядит по-своему логичным — если группа есть структурная единица общества и своего рода коллективный индивид, то вполне возможно искать способы эту единицу организационно оформить.

Итак, в каких отношениях с современным международным правом находятся оба подхода?

1. Прямые отсылки к автономии

До недавнего времени международное право не предлагало какой-либо дефиниции автономии, а также не признавало такого субъективного права, как «право на автономию» применительно к любой общности⁸; ситуацию несколько изменило принятие в 2007 г. Декларации ООН о правах коренных народов. Нет оснований предполагать наличие международного обычая в этой области⁹; нет и сложившейся практики международных судебных и квазисудебных органов. Максимум того, что готовы были признать некоторые специалисты, — механизмы автономии не

Series on Ethnopolitics and Minority Issues, 2002. P. 26–28; *Decker C.* Contemporary forms of cultural autonomy in Eastern Europe: recurrent problems and prospects for Improving the functioning of elected bodies of cultural autonomy // *The Participation of Minorities in Public Life*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2008. P. 89–90; *Ghai Y.* Ethnicity and Autonomy: A Framework for Analysis // *Autonomy and Ethnicity: Negotiating Competing Claims in Multi-ethnic States* / ed. by Y. Ghai. Cambridge, UK; N.Y.: Cambridge University Press, 2000. P. 1; *Benedikter T.* The World's Modern Autonomy Systems. Concepts and Experiences of Regional Territorial Autonomy. Bozen/Bolzano: European Academy of Bozen/Bolzano, 2009. P. 39–40.

⁷ *Brubaker R.* Ethnicity without groups // *Archive Europeenne de Sociologie*. Vol. XLIII. 2002. № 2. P. 163–164.

⁸ См.: Venice Commission, A General Legal Reference Framework to Facilitate the Settlement of Ethno-Political Conflicts in Europe, CDL-INF(2000)16, 44th Plenary Session (13–14 October 2000); *Ghai Y.* Participation as self-governance // *Political Participation of Minorities: A Commentary on International Standards and Practice* / ed. by M. Weller and K. Nobbs. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 617; *Hannikainen L.* Self-Determination and Autonomy in International Law // *Autonomy: Applications and Implications* / ed. by M. Suksi. P. 88–89; *Loukacheva N.* On autonomy and law, Working Paper for the MCRP on «Globalization and Autonomy». June. 2005. P. 2–4 // URL: http://www.socialsciences.mcmaster.ca/institute-on-globalization-and-the-human-condition/documents/IGHC-WPS_05-3_Loukacheva.pdf (дата обращения: 25 мая 2012 г.).

⁹ См.: *Frowein J.A., Bank R.* The Participation of Minorities in Decision-Making Processes. Expert study submitted on request of the Committee of experts on issues relating to the protection of national minorities (DH-MIN) of the Council of Europe. November. 2000. DH-MIN(2000)1. P. 18 // URL: [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/6_Resources/PDF_DH-MIN\(2000\)1_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/minorities/6_Resources/PDF_DH-MIN(2000)1_en.pdf) (дата обращения: 25 мая 2012 г.).

противоречат нормам о защите меньшинств и, более того, их развивают¹⁰, кроме того, наблюдается постепенная эволюция экспертного мнения в сторону признания «права на автономию»¹¹.

Положения, прямо касающиеся нетерриториальной автономии, есть в документах Совещания (с 1995 г. — Организации) по безопасности и сотрудничеству в Европе (СБСЕ/ОБСЕ). Документ Копенгагенского саммита СБСЕ по человеческому измерению от 29 июня 1990 г. в п. 35 упоминает автономию в целом как одно из возможных средств защиты идентичности меньшинств.

В июле 1991 г. Совещание экспертов по вопросам национальных меньшинств, созданное для выработки предложений к Московскому саммиту СБСЕ, выпустило детальный итоговый доклад¹². В части IV, посвященной созданию условий для эффективного участия лиц, относящихся к меньшинствам, в жизни общества, было использовано понятие «самоуправление» (*self-administration*) национального меньшинства «в вопросах, касающихся его идентичности в ситуациях, когда автономия на территориальной основе неприменима». Далее эта формулировка не раскрывается, но в одном ряду с ней идут такие предложения, как формирование с участием меньшинств консультативных и принимающих решения органов, в особенности относящихся к образованию, культуре и религии; создание выборных органов и ассамблей по делам меньшинств; обеспечение финансовой и технической помощи лицам, относящимся к национальным меньшинствам, которые желают осуществить право учреждать и содержать свои собственные образовательные, культурные и религиозные институты, организации и ассоциации.

Через несколько лет к такого рода выражениям и идеям в похожем контексте вернулся Верховный комиссар ОБСЕ по делам национальных меньшинств. В Лундских рекомендациях об эффективном участии национальных меньшинств в общественно-политической жизни (1999)¹³ выделена глава III «Самоуправление», в которой есть раздел «А» «Нетерриториальные механизмы». Рекомендация 17 провозглашает, что «формы самоуправления... являются полезным средством сохранения и развития самобытности и культуры национальных меньшинств». Рекомендация 18 указывает, что «вопросы, которые могут эффективнее всего решаться посредством таких механизмов, относятся к сфере образования, культуры, использования языков меньшинств, религии и другим областям, наиболее важным для самобытности и образа жизни, присущих национальным меньшинствам»¹⁴. Интересно, что к рекомендации 18 прилагаются три уточняющие позиции; авторы документа тем самым относят к «самоуправлению» право пользоваться именами и названиями на языке меньшинства и право на их официальное признание; целесообразность предоставления организациям меньшинств права определять содер-

¹⁰ См.: *Geoff G. Autonomy and Minority Groups — A Right in International Law?* // *Cornell International Law Journal*. 2002. Vol. 35. № 2. P. 307–353.

¹¹ *Ghai Y. Participation as self-governance*. P. 613, 617; *Hannikainen L. Op. cit.* P. 88–89; *Loukacheva N. Op. cit.* P. 2–4.

¹² Report of the CSCE Meeting of Experts on National Minorities, Geneva 1991 // URL: <http://www.osce.org/hcnm/14588> (дата обращения: 24 мая 2012 г.).

¹³ Лундские рекомендации об эффективном участии национальных меньшинств в общественно-политической жизни с пояснительными примечаниями. Гаага: Фонд по межэтническим отношениям, 1999. С. 4–16.

¹⁴ Там же. С. 13–14.

жание учебных программ для преподавания языков и культуры меньшинств; право меньшинств на использование собственной символики.

Кроме того, рекомендация 3 упоминает о возможности создания «специальных институтов, обеспечивающих эффективное участие меньшинств в общественно-политической жизни», и о том, что это «может предполагать осуществление такими институтами властных функций или полномочий»¹⁵.

В связи с ОБСЕ остается упомянуть принятую во время встречи глав государств — членов организации (Стамбул, ноябрь 1999 г.) Хартию европейской безопасности, не имеющую обязательной силы, но демонстрирующую общую позицию стран-участниц по ряду общих вопросов. П. 19 хартии подтверждает поддержку ранее одобренных подходов к автономии для меньшинств¹⁶.

Некоторый вклад в популяризацию (но едва ли в развитие) идей НТА внес также Совет Европы. В тематическом Комментарий Консультативного комитета по Рамочной конвенции о защите национальных меньшинств об эффективном участии лиц, относящихся к национальным меньшинствам, в культурной, социальной и экономической жизни и в общественных делах (2008) подчеркивается, что «установление механизмов культурной автономии, нацеленных в числе прочего на передачу полномочий в сфере культуры и образования, может обеспечить более высокий уровень участия национальных меньшинств в культурной жизни» (п. 67)¹⁷. Подразд. (f) ч. 3 комментария, озаглавленный «Участие лиц, относящихся к национальным меньшинствам, через механизмы культурной автономии», содержит, в частности, следующие формулировки (параграф 135): «Эти механизмы культурной автономии коллективно предоставляются членам определенного национального меньшинства, независимо от территории расселения. В числе прочего они предназначены для передачи организациям национальных меньшинств важных полномочий в области культуры, языка и образования меньшинства, и могут в этом отношении внести вклад в сохранение и развитие культур меньшинств»¹⁸.

Все упомянутые отсылки к нетерриториальной автономии в документах ОБСЕ и Совета Европы носят предельно общий характер, допускают разные интерпретации, в частности, в отношении субъектов, благополучателей и содержания автономии, а также значения ее нетерриториального характера. Следует подчеркнуть три обстоятельства. Во-первых, все эти положения ограничивают функции и сферу деятельности «автономии» областью культуры. Во-вторых, упоминание деятельности, не связанной с особыми формами организации (например, личные имена в Лундских рекомендациях), позволяет говорить, что автономия понимается как общий принцип, относимый в целом к группе. В-третьих, тема автономии появляется в контексте участия или включения меньшинств в окружающее общество.

Из документов других международных организаций прямые, но самого общего плана отсылки к идее нетерриториальной автономии содержатся только в рабочих

¹⁵ Там же. С. 9.

¹⁶ Charter for European Security. Istanbul, November. 1999 // URL: <http://www.osce.org/mc/17502> (дата обращения: 24 мая 2012 г.).

¹⁷ Advisory Committee on the Framework Convention for the Protection of National Minorities, Commentary on the Effective Participation of Persons Belonging to National Minorities in Cultural, Social and Economic Life and in Public Affairs. 27 February. 2008. ACFC/31DOC(2008)001. P. 22.

¹⁸ Ibid. P. 33–34.

материалах Форума ООН по меньшинствам¹⁹, а также его предшественницы — Рабочей группы ООН по национальным меньшинствам²⁰.

В отношении прямых упоминаний нетерриториальной автономии можно провести черту. Резюмируя, следует сказать, что прямые отсылки к НТА относятся к области так называемого мягкого права, не проясняют и не уточняют содержания понятия, являются частью рекомендательных положений и отсутствуют в юридически обязывающих нормах.

2. Положения, косвенно отражающие идеи НТА

Какие положения международных инструментов допускают или косвенно поощряют нетерриториальную автономию? Они достаточно четко делятся на две части. Во-первых, это нормы, признающие и защищающие индивидуальные права и свободы, необходимые для выражения и защиты идентичности людей, а также их самоорганизации в этих целях. Во-вторых, это декларации о признании этнических групп обособленными коллективами со своими правами и собственными институтами. Кроме того, следует особо отметить положения (в основном развиваемые в инструментах ЮНЕСКО), прямо или косвенно утверждающие необходимость охраны культуры и культурного разнообразия²¹. В части, где эти декларации допускают признание разных групп носителями различных и подлежащих защите культур, они оказываются тематически связанными с НТА.

В перечень прав, которые провозглашаются и защищаются универсальными и региональными инструментами как фундаментальные права человека, входят право на объединение, право получать и распространять информацию, право на свободу творчества и культурной деятельности, право владеть имуществом индивидуально или совместно с другими людьми и др. Следует особо подчеркнуть, что международные инструменты по защите меньшинств признают и специально оговаривают коллективное измерение прав лиц, относящихся к меньшинствам, иначе говоря, возможность реализации этих прав совместно с другими людьми. В связи с этим следует упомянуть Рамочную конвенцию о защите национальных меньшинств (далее — РКНМ; 1995), Декларацию ООН о защите прав лиц, принадлежащих к этническим, языковым и религиозным меньшинствам (1992), ст. 27 Международного пакта о гражданских и политических правах (1966), Конвенцию ЮНЕСКО о борьбе с дискриминацией в области образования (1960).

Интересно отметить положения международных инструментов, которые отражают «группистскую» подоплеку НТА, т.е. представления о группах или «общинах» в целом, представляющих собой автономные единицы. Здесь необходимо в пер-

¹⁹ Second Session of the Forum on Minority Issues. Minorities and Effective Political Participation. 12 and 13 November. 2009 // URL: http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/minority/documentation_2ndsession.htm (дата обращения: 24 мая 2012 г.).

²⁰ The Former Working Group on Minorities // URL: http://ap.ohchr.org/documents/sdpage_e.aspx?s=93 (дата обращения: 24 мая 2012 г.).

²¹ См. подр.: *Xantaki A. Multiculturalism and International Law: Discussing Universal Standards // Human Rights Quarterly. 2010. Vol. 32. № 1. P. 21–48; Ghai Y. Autonomy as a Participatory Right in the Modern Democratic State. Public Participation, Autonomy and Minorities // Beyond a One-Dimensional State: an Emerging Right to Autonomy? / ed. by Zelim A. Skurbaty. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. P. 8–9.*

вую очередь назвать два инструмента, относящихся к коренным народам. Конвенция № 169 Международной организации труда «О коренных народах и народах, ведущих племенной образ жизни, в независимых странах» (1989) последовательно проводит идею прав культурно-отличительных групп (аборигенных народов) как таковых. Конвенция предлагает странам-участницам обеспечивать по возможности самостоятельность и даже изоляцию коренных народов в целях сохранения их «социальной и культурной самобытности, их обычаев и традиций и их институтов» (ч. 1 ст. 2).

Устанавливаемые конвенцией общие рамки и подходы таковы, что допустимые меры могут проводиться без привязки к территории и территориальному самоуправлению и в принципе предполагать создание специальных организационных форм для соответствующих групп. Согласно ч. 1 ст. 7 «соответствующие народы имеют право решать вопрос выбора собственных приоритетов для процесса развития в той мере, в какой он затрагивает их жизнь, их верования, институты, духовное благополучие и земли, которые они занимают или используют каким-либо иным образом, и право осуществлять контроль, по мере возможности, за собственным экономическим, социальным и культурным развитием. Кроме того, они участвуют в подготовке, осуществлении и оценке планов и программ национального и регионального развития, которые могут непосредственно их касаться». При применении конвенции «признаются и охраняются указанные социальные, культурные, религиозные и духовные ценности и практика указанных народов», а также «уважается неприкосновенность ценностей, практики и институтов указанных народов» (ст. 5).

«Правительства: а) проводят с соответствующими народами консультации с использованием соответствующих процедур и, в частности, через их представительные институты <...>; с) создают условия для полного развития собственных учреждений и инициатив указанных народов и при необходимости предоставляют ресурсы, требующиеся для этих целей» (ст. 6). Статья 27 декларирует, что: «1. Учебные программы и службы в области образования для соответствующих народов создаются и осуществляются в сотрудничестве с ними так, чтобы они были ориентированы на их особые потребности и включали их историю, их знания и технологии, их системы ценностей, их перспективные социально-экономические цели и культурные чаяния; <...> 3. Кроме того, правительства признают право указанных народов на создание собственных учебных заведений и средств обучения при условии, что они отвечают минимальным нормам, установленным компетентным органом при консультации с этими народами. Для этой цели предоставляются соответствующие ресурсы».

Подобные представления на основе гораздо более радикальной риторики групповых прав приведены и в принятой в 2007 г. Декларации ООН о правах коренных народов²². Статья 4 провозглашает «право на автономию» коренных народов, которые «при осуществлении их права на самоопределение имеют или самоуправление в вопросах, относящихся к их внутренним и местным делам, а также путям и средствам финансирования их автономных функций». Статья 5 оговаривает право коренных народов «сохранять и укреплять свои особые политические, правовые,

²² Декларация Организации Объединенных Наций о правах коренных народов. Принята Резолюцией 61/295 Генеральной Ассамблеи от 13 сентября 2007 г.

экономические, социальные и культурные институты». Согласно ч. 1 ст. 14 «коренные народы имеют право создавать и контролировать свои системы образования и учебные заведения, обеспечивающие образование на их родных языках, таким образом, чтобы это соответствовало свойственным их культуре методам преподавания и обучения». Статья 18 провозглашает, что «коренные народы имеют право на участие в принятии решений по вопросам, которые затрагивали бы их права, через представителей, избираемых ими самими по своим собственным процедурам, а также на сохранение и развитие своих собственных директивных учреждений». Статья 19 отсылает к «представительным институтам» коренных народов», а ч. 1 ст. 20 развернуто декларирует право этих народов «на сохранение и развитие своих политических, экономических и социальных систем или институтов, гарантированное пользование своими средствами, обеспечивающими существование и развитие, и на свободное занятие своей традиционной и другой экономической деятельностью».

В целом же приходится признать, что все эти положения носят декларативный характер, остаются открытыми для интерпретаций и едва ли могут быть имплементированы без радикальной трансформации.

3. Коллективные права

Важно также принимать во внимание *lex fedenda*, точнее — общий процесс переосмысления и эволюции правовых доктрин. С общей темой нетерриториальной автономией связана идея коллективных прав, которая играет важную роль в обсуждении, толковании и развитии международного права прав человека. Коллективные права — понятие многозначное и используется для обозначения весьма разных конструкций; здесь для нас важны права условных или статистических групп как таковых (далее — групповые права). Упоминания о групповых правах (в первую очередь права на самоопределение и права на развитие) наличествуют в нескольких международных документах, преимущественно рекомендательного характера. Эти положения также носят декларативный характер, допускают различные, в том числе взаимоисключающие толкования, а те из них, которые иногда провозглашаются в качестве субъективных прав, не обеспечены средствами правовой защиты. Идею групповых прав, каким бы образом она ни была формально закреплена, в первую очередь полезно рассматривать как компонент экспертных дискуссий. Некоторые из подобных прав приписываются этническим или тому подобным группам, и поэтому можно говорить о параллелях с идеями нетерриториальной автономии.

Здесь следует назвать три подобных права — на самоопределение, на развитие и на участие, — проводящих и утверждающих представления об этнических группах как обособленных социальных общностях, являющихся правовыми субъектами.

Право народов на самоопределение упоминается в п. 1 ст. 1 обоих пактов о правах человека 1966 г., т.е. в международных договорах, относящихся к «твердым» источникам международного права, а также во множестве других текстов (преимущественно в резолюциях Генеральной Ассамблеи ООН) рекомендательного характера. Концепт права на самоопределение присутствует во множестве текстов и в профессиональных дискуссиях, оставаясь тем самым фактором международного права и политики.

Попытка дать ответ на вопрос о том, как убедительно отделить правомерное самоопределение народов от неправомерного сепаратизма, была предпринята в Декларации о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами в соответствии с Уставом Организации Объединенных Наций (1970)²³. В декларации предложена формула, позволяющая сочетать конфликтующие принципы.

Декларация указывает, что право на самоопределение применимо к колониальным ситуациям. При этом оговаривается, что «ничто в приведенных выше пунктах не должно истолковываться как санкционирующее или поощряющее любые действия, которые вели бы к расчленению или частичному или полному нарушению территориальной целостности или политического единства суверенных и независимых государств, соблюдающих в своих действиях принцип равноправия и самоопределения народов, как этот принцип изложен выше, и *вследствие этого* [курсив мой. — А.О.] имеющих правительства, представляющие без различий расы, вероисповедания или цвета кожи весь народ, проживающий на данной территории».

Эта комбинация породила концепцию внутреннего самоопределения²⁴: самоопределение имеет как бы две составляющие — внешнюю и внутреннюю. Внешнее самоопределение означает установление по воле всего населения международно-правового статуса территории, а внутреннее — «решение народом всех вопросов своего развития». Внутреннее самоопределение стало (исходя из оборота «вследствие этого») истолковываться многими авторами не просто как демократическое участие граждан в управлении и жизни общества, но и как обеспечение такого положения меньшинств, расовых и этнических групп, которое давало бы им возможность свободного развития и участия *в качестве групп* в управлении государством.

Если изначально считалось, что субъектом и внутреннего, и внешнего определения выступает все население, то постепенно приобрели популярность представления, что «внутренне самоопределяться» может и отдельная территориальная или этническая группа²⁵. Как в России, так и в других европейских странах нередки экспертные суждения, что автономия (НТА, в частности) может рассматриваться как форма самоопределения²⁶. Участие групп в публичной жизни именно в каче-

²³ Принята Резолюцией ГА ООН № 2625 (XXV) от 24 октября 1970 г.

²⁴ См.: *Cassese A. Self-determination of People: A Legal Reappraisal.* Cambridge: Cambridge University Press, 1995; P. 311, 347; *Rosas A. Internal Aspects of the Right to Self-Determination: towards a Democratic Legitimacy Principle?* // *Modern Law of Self-Determination* / ed. by Ch. Tomuschat. Dordrecht/Boston/L.: Martinus Nijhoff Publishers, 1993. P. 225; *Castellino J. International Law and Self-Determination. The Interplay of the Politics of Territorial Possession with Formulations of Post-Colonial 'National' Identity.* The Hague/Boston/L.: Martinus Nijhoff Publishers, 2000. P. 32–41.

²⁵ См.: *Hannikainen L. Op. cit.* P. 85–91; *Knop K. Diversity and Self-Determination in International Law.* Cambridge: Cambridge University Press, 2002. P. 79–85; *Polar Law Textbook* / ed. by N. Loukacheva. Copenhagen: Norden, 2010. P. 133–134, 137.

²⁶ См.: *Goodwin M. The Romani Claim to Non-Territorial Nation Status: Recognition from an International Legal Perspective* // *Roma Rights Quarterly.* 2004. № 1. P. 54; *Neuberger B. National Self-determination: theoretical discussion* // *Nationalities Papers.* Vol. 29. 2001. № 3. P. 391–418; *Nootens G. Liberal nationalism and the territorial idea* // *Nations and Nationalism.* Vol. 29. 2006. Issue 1. P. 35–50; *Даллакян К.С. Об этнонациональном самоопределении* // *Национальные интересы.* 2006. № 4. С. 33–37; *Кутафин О.Е. Российская автономия.* М.: Проспект, 2006. С. 703–767; *Савельев В.В. Национально-культурная автономия как форма этнокультурного самоопределения народов России: учеб.-метод. пособие.* М.: Изд-во РАГС, 2008.

стве групп предопределяет требования к определенному уровню их самоорганизации. Условием для *locus standi* является структурирование групп в своего рода квазинации с избираемыми и ответственными перед избирателями органами управления и представительства²⁷.

Декларация «О праве на развитие» (1986)²⁸, Декларация Рио-де-Жанейро по окружающей среде и развитию, принятая Всемирной конференцией ООН по окружающей среде и развитию (1992), Африканская хартия прав человека и народов (1981) провозглашают право на развитие. Признание права на развитие было также подтверждено Венской декларацией и Программой действий, принятыми Конференцией ООН по правам человека (1993). Декларация «О праве на развитие» определяет субъект этого права предельно широко и расплывчато: в таком качестве называются и народы, и индивиды. Декларация Рио-де-Жанейро не содержит упоминания о субъекте данного права, а Африканская хартия прав человека и народов относит его к народам, не предлагая их определения. Ничто ни в хартии, ни в других документах и практике Организации Африканского Единства и ее преемника Африканского Союза не позволяет говорить, что понятие «народы» может толковаться в данном контексте в этническом или сходном с ним смысле. Не добавляют ясности и формулировки Венской декларации и Программы действий. Ни хартия, ни иные документы не определяют механизмов контроля и механизмов защиты этого права и очень расплывчато говорят о носителях корреспондирующих обязанностей.

Тем не менее, в мире стало популярным признавать за этническими группами право на развитие. Многие также видят в *праве на развитие* возможность расширить толкование *права на самоопределение*²⁹; показательно упоминание этого права в контексте самоопределения в Декларации ООН о правах коренных народов. Право на развитие этнической группы без его привязки к языку, культуре или какой-либо конкретной области деятельности означает, что группа рассматривается как в принципе изолированная и самодостаточная социальная единица, подобная своего рода организму. Идея толковать право на самоопределение как право на развитие завоевала симпатии некоторых российских юристов и политологов³⁰.

Идея права на участие среди групповых прав имеет самую слабую нормативную основу, но в последние годы именно она породила обширную литературу, с одной стороны, развивающую в этом направлении идею внутреннего самоопределения, с другой — задающую рамку, в которой развивается идея групповой автономии.

²⁷ См.: *Weyss B., Lubich A.* Minority Protection and Anti-discrimination Policies: Synergies and Challenges at the EU Level // *European Yearbook of Minority Issues*. Vol. 4. 2004. P. 297, 315.

²⁸ Резолюция ГА ООН № 41/128 от 4 декабря 1986 г.

²⁹ См.: *Skurbaty Z.* As If Peoples Mattered: Critical Appraisal of 'Peoples' and 'Minorities' from the International Human Rights Perspective and Beyond. The Hague; Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2000. P. 434–447; *Xanthaki A.* The Right to Self-Determination: Meaning and Scope // *Minorities, Peoples and Self-Determination: Essays in Honour of Patrick Thornberry* / ed. by N. Ghanea and A. Xanthaki. Leiden and Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2005. P. 15, 31–33.

³⁰ См.: Комментарий к Федеральному закону «О национально-культурной автономии» (с приложениями). М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации, 1997. С. 8–9; *Блищенко И.П., Абашидзе А.Х.* Международная защита прав национальных меньшинств. М.: Издательство РУДН, 1993. С. 125; *Карпетян Л.М.* Федеративное устройство Российского государства. М.: Норма, 2001. С. 248.

Право на участие приобретает множественные истолкования — как участие членов этнической группы в жизни общества, как право группы в целом участвовать в принятии значимых решений в масштабах всего общества, как право на участие индивида в жизни своей группы³¹. Обоснованием права на участие в групповой интерпретации служат отсылки к Декларации о принципах международного права ООН (1970), к Декларации ООН о правах лиц, относящихся к меньшинствам (1992), к ст. 15 РКНМ (посвященной участию меньшинств в общественной жизни). Для нас важно, что пишущие на тему участия эксперты обычно связывают участие группы в общественной жизни с возможностью ее внутренней самоорганизации и включения в общественные и политические процессы в качестве автономного целого.

4. Ограничения инструментального подхода к НТА

Международное право прав человека создает условия для активности «снизу вверх» в рамках гражданского общества, а также служит пространством, где вырабатываются общие декларации о групповых правах и групповой автономии. А как обстоят дела с инструментальным толкованием НТА? Оказывается, что международное право в ряде аспектов не предлагает четких ориентиров и во многих отношениях ставит серьезные ограничения в отношении реализации таких подходов.

А. Индивидуальная этническая принадлежность

Не приходится говорить, что существует общепризнанное и закрепленное международным договором или обычаем право индивида на свободный выбор своей этнической принадлежности, — ситуация сложна и подвижна. Такое право логически выводится из широкого прочтения Всеобщей декларации прав человека³², поскольку этническая принадлежность может быть частью индивидуальной идентичности, а значит, и достоинства личности. Однако до сих пор нет универсальной позитивной нормы такого рода. Свобода выбора этнической принадлежности обеспечивается только европейским региональным инструментом — РКНМ, и только в связи с меньшинствами (ч. 1 ст. 3).

Формально такое право в силу ряда оговорок, содержащихся в некоторых международных инструментах и мнениях международных органов, не может считаться неограниченным. Положение РКНМ касается права выбора только в отношении принадлежности или непринадлежности к меньшинству и не применяется вне этого контекста. Следует упомянуть, что в п. 35 Пояснительного доклада к РКНМ содержится уточнение: такое право не означает, что выбор является произвольным, напротив, он неразрывно связан с «объективными критериями идентичности лица». Правда, авторы доклада это положение далее не развивают и не поясняют, какое

³¹ См.: Discussion Paper on a *UNDP Policy Note on Minorities*. Prepared by Minority Rights Group International. October. 2003. L.: MRG(I), 2003. P. 7–10; *Verstichel A.* Participation, Representation and Identity: The Right of Persons Belonging to Minorities to Effective Participation in Public Affairs: Content, Justification and Limits. Antwerp: Intersentia, 2009. P. 56–81; *Henard K.* Op. cit.

³² Ст. 1: «Все люди рождаются свободными и равными в своем достоинстве и правах»; ст. 22: «Каждый человек <...> имеет право на осуществление необходимых для поддержания его достоинства <...> прав в экономической, социальной и культурной областях».

практическое значение может иметь такая увязка. Несколько двусмысленно звучит также Общая рекомендация VIII (1990) Комитета ООН по ликвидации расовой дискриминации, в которой комитет высказывает мнение, что расовая или этническая идентификация должна быть основана на самоидентификации, если не оправдано иное (*if no justification exists to the contrary*). Следует упомянуть и положение Декларации ООН о правах коренных народов относительно права принадлежать к группе «в соответствии с традициями и обычаями данной общины или народности» (ст. 9).

Необходимо учесть решения Комитета ООН по правам человека, принятые по делам *Лавлейс*³³ и *Киток*³⁴, которые затрагивали вопрос о принадлежности лица к коренным народам. В соответствии с этими решениями коренные народы не пользуются неограниченным усмотрением в определении того, кто к ним относится. Отказ лицу считаться принадлежащим к группе должен иметь разумные и объективные основания³⁵.

В целом можно констатировать широкий консенсус международных организаций, специалистов и большинства национальных европейских правительств относительно признания права на выбор индивидуальной этнической принадлежности. Стоит отметить, что этот консенсус начал складываться давно, и важным этапом этого процесса были еще решения Постоянной палаты международного правосудия (Лиги наций)³⁶. В целом можно заключить, что как отнесение лица к этнической группе, так и отказ в признании принадлежности к группе вопреки воле этого лица будут вступать в противоречие с духом современного права прав человека. Подобное прямое или косвенное принуждение или отказ могут быть с большой долей вероятности оспорены в национальных судах и международных органах.

Б. Членство и участие в организациях

Для НТА в большинстве толкований критически важным является право на ассоциацию. Это право (формулируемое неодинаковым образом) защищено всеми основными универсальными и региональными инструментами по правам человека и всеми инструментами, касающимися защиты меньшинств³⁷. Оно достаточно прозрачно в части возможности создавать ассоциации и добровольно в них вступать. Несколько менее проработан теоретически и отражен в практике национальных и международных органов такой аспект, как право воздерживаться от вступления в какие-либо ассоциации³⁸. Высказывались мнения (например, Маркку Сукси), что

³³ Sandra Lovelace v. Canada, Communication № R.6/24, U.N. Doc. Supp. № 40 (A/36/40) at 166 (1981).

³⁴ Ivan Kitok v. Sweden, Communication № 197/1985, CCPR/C/33/D/197/1985 (1988).

³⁵ См.: *Myntti K.* The Beneficiaries of Autonomy Arrangements — With Special Reference to Indigenous Peoples in General and the Sami in Finland in Particular // *Autonomy: Applications and Implications*. P. 277, 286.

³⁶ Rights of Minorities in Upper Silesia (Minority Schools), PCIJ, Series A, Judgment № 12 (1928).

³⁷ См.: *Machnyikova Z.* Article 7 // *The Rights of Minorities: A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities* / ed. by M. Weller. Oxford: Oxford University Press, 2005. P. 193–224.

³⁸ Аналитический доклад «Неправительственные организации и государство: модели выстраивания взаимоотношений». Доклад Института права и публичной политики. С. 12 // URL: http://ilpp.ru/page_pid_568_docs_99_lang_1.aspx (дата обращения: 24 мая 2012 г.).

право на свободный выбор принадлежности или непринадлежности к ассоциации касается только организаций частного, но не публичного права³⁹.

Однако можно утверждать, что обязательное или принудительное членство в любого рода объединениях на этнической основе будет вступать в противоречие с общим смыслом современного права прав человека⁴⁰ и может быть успешно оспорено как нарушение права на ассоциацию в национальных судах и международных органах. Такое ограничение ставит предел многим потенциальным попыткам структурировать этнические группы в качестве организаций, тем более наделенных монопольными и исключительными правами. Организации, основанные на добровольной самоидентификации и добровольном членстве, как показывает опыт, объединяют в современных урбанизированных и не охваченных конфликтами обществах только малую часть тех, в ком государство, этнические активисты или исследователи готовы увидеть этническое меньшинство. Также в принципе проблематичным является ограничение числа организаций, объединяющих лиц одной этнической принадлежности — такое ограничение может быть установлено только в легитимных целях и должно быть им соразмерным.

В. Разделенные институты

Международные инструменты содержат запрет сегрегации и апартеида. В какой мере этот запрет приложим к созданию этнически разделенных институтов, что так или иначе подразумевают многие прочтения НТА?

Две универсальные конвенции о запрете апартеида — Международная конвенция о пресечении преступления апартеида и наказании за него (1973) и Международная конвенция против апартеида в спорте (1985) — не содержат определения апартеида. Однако по их общему смыслу можно заключить, что в качестве апартеида рассматривается разделение общества по расовому или этническому признаку, если оно носит принудительный характер и связано с поддержанием неравного правового и/или социального статуса лиц, относящихся к разделенным категориям (с систематическими нарушениями прав одних сегрегированных категорий по сравнению с другими).

Как быть с ситуациями «различные, но равные», когда обязательное разделение предполагает равные условия для разделенных групп? В Преамбуле Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации (1965) утверждается, что «существование расовых барьеров противоречит идеалам любого человеческого общества», а в ст. 3 — что «государства-участники особо осуждают расовую сегрегацию и апартеид». Конвенция, правда, не содержит определения ни того, ни другого. Комитет ООН по ликвидации расовой дискриминации в своей Общей рекомендации XIX (1995)⁴¹, посвященной ст. 3, также не предложил дефиниций. При этом отмечалось, что слово «апартеид» было использовано в

³⁹ См.: *Suksi M. Personal Autonomy as Institutional Form — Focus on Europe Against the Background of Article 27 of the ICCPR // International Journal on Minority and Group Rights. Vol. 15. 2008. № 2–3. P. 176.*

⁴⁰ См.: *Machnyikova Z. Op. cit. P. 212.*

⁴¹ General recommendation XIX. Racial segregation and apartheid (Art. 3). Forty-seventh session, 1995. Contained in document A/50/18.

конвенции, вероятно, применительно к Южной Африке, но ст. 3 запрещает сегрегацию в любых формах во всех странах. Комитет интерпретировал сегрегацию широко — как ситуации, не только предписанные законом или официальными властями, но и создаваемые действиями частных лиц; однако это мнение имеет лишь рекомендательный характер.

Дополнительные ориентиры предлагает Конвенция ЮНЕСКО о борьбе с дискриминацией в области образования (1960). Она относит к дискриминации (ст. 1 ч. 1: а) закрытие для какого-либо лица или группы лиц доступа к образованию любой ступени или типа; б) ограничение образования для какого-либо лица или группы лиц низшим уровнем образования; в) создание или сохранение отдельных систем образования или учебных заведений для каких-либо лиц или группы лиц, помимо случаев, предусмотренных положением статьи 2 настоящей Конвенции; г) положение, несовместимое с достоинством человека, в которое ставится какое-либо лицо или группа лиц.

Статья 2 оговаривает, что в качестве дискриминации не рассматриваются: «в) создание или сохранение по мотивам религиозного или языкового характера отдельных систем образования или учебных заведений, дающих образование, соответствующее выбору родителей или законных опекунов учащихся, в тех случаях, когда включение в эти системы или поступление в эти заведения является добровольным и если даваемое ими образование соответствует нормам, предписанным или утвержденным компетентными органами образования, в частности в отношении образования одной и той же ступени; г) создание или сохранение частных учебных заведений в тех случаях, когда их целью является не исключение какой-либо группы, а лишь дополнение возможностей образования, предоставляемых государством».

Таким образом, отдельные системы образования могут устанавливаться по «религиозным или языковым», но не этническим, расовым, культурным или иным мотивам, при этом лицу не может быть предписано посещение учебного заведения определенного типа. Ограничивающие предписания не должны посягать на достоинство человека и не могут закрывать доступ вообще к определенному типу или виду образования.

Следует, однако, отметить, что кроме запрета тех или иных форм дискриминационного обращения многие международные инструменты⁴² устанавливают позитивные обязательства государств в отношении устранения межэтнических и межрасовых барьеров, содействия межэтническому взаимопониманию и интеграции. Можно заключить, что любое принудительное разделение культурных и образовательных институтов по языковому или этническому признаку имеет высокие шансы быть оспоренным в национальных судах и международных органах.

Г. Ресурсная поддержка

НТА в значении особых форм организации, исполняющих публичные функции в сфере образования и культуры, невозможна без соответствующих ресурсов, в первую очередь, материальных. Схема, предложенная австромарксистами в начале XX в., — предоставление автономным органам этнических групп права уста-

⁴² Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации, Конвенция ЮНЕСКО о борьбе с дискриминацией в области образования, РКНМ и др.

навливать и собирать налоги⁴³ — едва ли может быть реализована с надлежащим результатом и в современном мире не используется. Возникает необходимость в перераспределении ресурсов со стороны публичной власти.

Ряд международных инструментов в общем виде поддерживает позитивные обязательства государств в отношении социально уязвимых групп⁴⁴. В данном случае важно отличать «позитивные меры» (в терминологии Европейского союза) и «специальные меры» (в практике ООН) от «специальных прав лиц, относящихся к определенным категориям или сообществам»⁴⁵. Первые носят временный характер и предназначаются для исправления социальных диспропорций, в то время как последние адресуются отдельным группам, нуждающимся в специальной защите их самобытности.

Особые меры в значении специальных прав рекомендуются, но не предписываются ни одним международным договором, кроме **Европейской хартии региональных языков или языков меньшинств (1992)**⁴⁶. Ни в одном международном инструменте не оговорены критерии необходимости и достаточности поддержки меньшинств, в частности не установлено, в каких именно областях, какие ресурсы, в каком объеме и при каких условиях могут или должны быть выделены. РКНМ содержит только общие рекомендации о возможной при определенных условиях поддержке школ и СМИ, обслуживающих меньшинства (ч. 2 ст. 14). Консультативный комитет по РКНМ в Тематическом комментарии об эффективном участии и в заключениях по докладам стран-участниц сформулировал только самые общие ориентиры: государства должны проводить позитивные меры в той степени, которую они могут объективно себе позволить в конкретной экономической ситуации при наличии общественного запроса на них. При этом такие меры должны быть пропорциональны и объективно оправданы, а соответствующие решения должны приниматься на открытой и недискриминационной основе⁴⁷.

Д. Дискриминация

Если НТА обслуживает те, а не иные группы в составе населения или получает публичные ресурсы, не предоставляемые на тех же условиях другим группам, то может ли такая практика считаться дискриминацией? В международных инструментах и национальных законодательствах используются различные в деталях, но общие в своей основе толкования дискриминации. Дискриминацией может

⁴³ См.: Шпрингер Р. [Реннер К.] Национальная проблема. (Борьба национальностей в Австрии). СПб.: Изд-во «Общественная польза», 1909.

⁴⁴ См.: International Perspectives on Positive Action Measures. A comparative analysis in the European Union, Canada, the United States and South Africa. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2009; *Henrard K.* Devising an Adequate System of Minority Protection. Individual Human Rights, Minority Rights and the Right to Self-Determination. The Hague, Kluwer Publishers, 2000. P. 146–152.

⁴⁵ General Recommendation XXXII. The meaning and scope of special measures in the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination. 75th session, 2009. Contained in document A/50/18A/64/18. Para 15.

⁴⁶ См.: *Weyss B., Lubich A.* Op. cit. P. 315.

⁴⁷ См.: *Gilbert G.* Article 5 // The Rights of Minorities: A Commentary on the European Framework Convention. P. 153, 160–161; *Thornberry P.* Article 13 // The Rights of Minorities: A Commentary on the European Framework Convention. P. 395, 401–402.

считаться не всякое проведение различий, в том числе по этническому или языковому признаку. Чтобы оцениваться как дискриминационное, такое должно, во-первых, означать разное отношение к лицам, находящимся в одинаковой ситуации. Во-вторых, подобное различие должно реально или потенциально создавать негативные последствия для одной из сторон, между которыми проводится различие. В-третьих, оно должно носить произвольный и необоснованный характер, что означает или отсутствие законной и обоснованной цели, или то, что применяемое средство непропорционально поставленной цели⁴⁸.

Меньшинство и большинство (или, например, носители основного и маргинального языков) находятся не в одинаковом положении, поэтому особые меры, предназначенные для «слабой» стороны (особые условия для создания добровольных ассоциаций, особое финансирование организаций меньшинств или школ на языке меньшинств) сами по себе не могут считаться дискриминацией. Они могут признаваться дискриминационными, если принимаются в отсутствие обоснованной цели или выступают как средство, непропорциональное цели, и при этом затрагивают или могут негативно затронуть возможность реализации прав и свобод⁴⁹.

Некоторые международные договоры специально оговаривают, что принятие мер защиты и поддержки уязвимых групп при соблюдении некоторых условий не является дискриминацией⁵⁰. Так, согласно ч. 2 ст. 4 РКНМ, «Стороны обязуются принимать в необходимых случаях надлежащие меры с тем, чтобы поощрять во всех областях экономической, социальной, политической и культурной жизни полное и действительное равенство между лицами, принадлежащими к национальному меньшинству, и лицами, принадлежащими к большинству населения. В связи с этим Стороны должным образом учитывают особое положение лиц, принадлежащих к национальным меньшинствам». При этом п. 3 ст. 4 оговаривает, что «меры, принимаемые в соответствии с положениями п. 2, не рассматриваются как акт дискриминации».

Как оценивать ситуации, если различия проводятся между сторонами, находящимися в одинаковом положении, например организациями разных меньшинств или, шире, институтами, связанными с находящимися в одинаковом положении категориями населения? Следует учесть, что дискриминацией может быть проведение различий не только между индивидами или группами индивидов, но и организованными структурами. Так, концепт «дискриминации против институтов» содержится в п. «а» ч. 1 ст. 2 Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации и в законодательстве ряда стран.

Международные инструменты и практика международных организаций вновь предлагают самые общие ориентиры. С одной стороны, разные группы меньшинств могут быть в неодинаковом положении в отношении численности, характера расселения, степени интегрированности, социального состава, общественной активности, запросов и пр. По этим причинам, а также в связи со многими при-

⁴⁸ Здесь не рассматривается понятие косвенной дискриминации, обозначающее неоправданно равное обращение с лицами, находящимися в неспоставимом положении.

⁴⁹ General recommendation XXXII. Para 8.

⁵⁰ См.: *Henrard K.* Non-discrimination and full and effective equality // *Universal Minority Rights: A Commentary on the Jurisprudence of International Courts And Treaty Bodies* / ed. by M. Weller. Oxford: Oxford University Press, 2007. P. 75; *Machnyikova Z. and Hollo L.* The Principle of Non-discrimination and Full and Effective Equality and Political Participation // *Political Participation of Minorities: A Commentary on International Standards and Practice* / ed. by M. Weller and K. Nobbs. Oxford: Oxford University Press, 2010. P. 95.

входящими обстоятельствами совершенно идентичная поддержка разных групп едва ли возможна. С другой стороны, выборочная поддержка организаций одного этнического меньшинства или лиц, относящихся к одному меньшинству, при игнорировании других меньшинств может считаться дискриминационной.

Общие соображения не подкрепляются сколько-нибудь обширной практикой. В связи с этим стоит обратить внимание на решение Комитета по правам человека ООН по делу *Вальдмана*⁵¹. По мнению Комитета, финансирование государством-участником религиозного образования для одного меньшинства, но не для других меньшинств в сходной ситуации, является дискриминацией. Примечательны Заключительные наблюдения Комитета ООН по ликвидации расовой дискриминации, составленные по итогам рассмотрения периодического доклада Словении (2001). В окончательном варианте (июнь 2003 г.) Комитет отметил, что дифференциация меньшинств несет в себе «потенциальный дискриминационный эффект»⁵².

Особо подчеркнем положения ст. 3 **Конвенции ЮНЕСКО о борьбе с дискриминацией в области образования**, в соответствии с которыми государства обязуются в числе прочего: **«d) не допускать — в случаях, когда государственные органы предоставляют учебным заведениям те или иные виды помощи — никаких предпочтений или ограничений, основанных исключительно на принадлежности учащихся к какой-либо определенной группе».**

* * *

Общая ситуация выглядит следующим образом. С одной стороны, есть юридически обязывающие положения универсальных и региональных конвенций о защите индивидуальных прав человека, в том числе важных для реализации общих, идеологических и большинства возможных инструментальных толкований НТА. При этом допустимые ограничения этих прав и свобод таковы, что они оставляют очень узкие рамки для реализации инструментального подхода к НТА — создания специальных, наделенных публичными функциями, полномочиями и ресурсами организаций на этнической основе. Одновременно современное международное право прав человека оказывается пространством, где все больше появляются (в основном, в рамках мягкого права и в профессиональных дискуссиях правоведов) декларации, основанные на представлениях об этнических группах как структурированных социальных целостностях и носителях тех или иных прав. При этом подобные декларации не находят непосредственного применения на практике, встречаются серьезные, если не непреодолимые препятствия в имплементации и не ведут к пересмотру норм и ограничений, основанных на индивидуальных правах.

Такой разрыв можно объяснить различием между так называемой символической и инструментальной политикой. Символическая политика может быть определена как производство доминирующих описаний и объяснительных схем, а инструментальная политика — как действия по проведению в жизнь определенных стратегий и решений. Между двумя областями есть взаимная зависимость и нет чет-

⁵¹ Waldman v. Canada (Communication № 694/1996), 3 November 1999. CCPR/C/67/D/694/1996.

⁵² CERD/C/62/CO/9. Concluding observations of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination: Slovenia. 02/06/2003 // URL: [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/CERD.C.62.CO.9.En?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CERD.C.62.CO.9.En?Opendocument) (дата посещения — 24.05.12)

кой границы⁵³. Практически ориентированная деятельность создает смысл и приобретает символическое значение, а признание и навязывание определенных способов интерпретации социальной реальности ставится аспектом инструментальной политики⁵⁴. Тем не менее, различение двух категорий в данном случае актуально: разговоры и решения, с одной стороны, и действия — с другой — есть автономные области социальной активности. Выявление степени этой автономии действительно представляет собой важную исследовательскую и практическую задачу.

Следует принимать во внимание не только регулятивную, но также идеологическую и когнитивную функции права. Цели и основания «разговоров» отличны от цели «действий»⁵⁵; саморепрезентации профессиональных сообществ, производящих знания и смыслы, не предназначены для решения определенных утилитарных задач, а, скорее, ориентируются на общественный спрос в отношении описаний и объяснений реальности. Институты говорят (или умалчивают) то, что, по их мнению, целевые аудитории желают (или не желают) услышать.

Право в этом отношении может рассматриваться в числе прочего как механизм производства общественно значимых и социально приемлемых описательных и объяснительных схем. Такие процессы могут быть обозначены термином П. Бурдьё «символическое производство», описывающим выработку и распространение смыслов и символических ценностей⁵⁶. При этом производство интерпретативных схем выступает также как средство социальной коммуникации и инструмент власти, или как социальная мифология (в терминологии Ж.-Ф. Лиотара).

В этом контексте следует назвать понятие, которое выглядит перспективным инструментом для описания подобного расхождения «символического» и «инструментального» в области права. Это «фиктивная норма» — термин, не нашедший пока единообразного толкования и применения. Чаще всего этот термин используется для обозначения языковых конструкций, имеющих признаки правовой нормы, но на основе которых не может возникнуть правового отношения ввиду фиктивности сторон и содержания предписываемого взаимодействия, а также отсутствия у предписания такой характеристики как нормативность⁵⁷. Если исходить из непризнания «группистской» перспективы рассмотрения этнических отношений, т.е. видеть в этнической группе не социальную единицу и субъект отношений, а способ категоризации и организации действительности, то вся риторика групповых прав укладывается в категорию фиктивных норм.

⁵³ См.: *Birkland T.A.* An Introduction to the Policy Process: Theories, Concepts, and Models of Public Policy Making. 2nd ed. Armonk, N.Y.: M.E. Sharpe, 2005. P. 150–151; *Schneider A.L., Ingram H.* Policy Design for Democracy. Lawrence: University Press of Kansas, 1997. P. 150–188; *Поцелуев С.П.* Символическая политика: констелляция понятий для подхода к проблеме // Полис. 1999. № 5. С. 62–75.

⁵⁴ См.: *Малинова О.Ю.* Символическая политика и конструирование макро-политической идентичности в постсоветской России // Политические исследования. 2010. № 2. С. 92.

⁵⁵ См.: *Brunsson N.* The Consequences of Decision-Making. Oxford: Oxford University Press, 2007.

⁵⁶ См.: *Bourdieu P.* On Symbolic Power // *idem.* Language and Symbolic Power. Cambridge, Mass.: Harvard Univ. Press, 1991. P. 163.

⁵⁷ См.: *Кузнецова О.А.* Пороки правовой нормы: диагностика и предупреждение // Журнал российского права. 2005. № 3. С. 127–133.

Д.Л. Столяров

профессор, заместитель декана
экономического факультета
Мичиганского университета, Ph.D.

Е.А. Мишина

доцент кафедры конституционного
и муниципального права
факультета права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»,
кандидат юридических наук

Обратная ипотека: обзор мировой практики

В статье рассматривается институт обратной ипотеки как инструмента повышения благосостояния пожилых людей посредством предоставления возможности использовать принадлежащую им и занимаемую ими недвижимость для получения дохода после выхода на пенсию. Мы описываем основные черты и историю программы обратной ипотеки в США, при этом особое внимание фокусируется на видах предлагаемой обратной ипотеки, государственной поддержке программы, защите прав потребителя и регулировании деятельности кредитных учреждений. В статье также проводится сравнение американского опыта с опытом других стран с развитыми рынками обратной ипотеки, таких как Великобритания, Австралия и Канада

Ключевые слова: обратная ипотека, благосостояние пожилых людей, защита прав потребителя, потребительский кредит.

Обеспечение благосостояния пожилых людей является одной из важнейших социальных задач развитого общества. Благодаря приватизации жилья широкие слои населения России стали владельцами недвижимости с низким ипотечным бременем. В связи с этим одним из привлекательных способов обеспечить достойную старость российским пенсионерам может быть введение в России института *обратной ипотеки*. При этом важно минимизировать злоупотребления в отношении недвижимости, принадлежащей одиноким пожилым людям. С этой целью настоящий обзор предоставляет краткую информацию об истории и практике мирового опыта обратной ипотеки в развитых зарубежных странах.

Обратная ипотека — это вид кредита под залог недвижимости с двумя отличительными особенностями: во-первых, кредит может быть выдан на неопределенный срок и погашаться только после смерти заемщика за счет продажи залоговой недвижимости или других средств наследников; во-вторых, заемщик не обязан осуществлять никаких выплат по кредиту до срока возврата. Такая форма кредитования удобна престарелым владельцам жилья, которые желают использовать средства из недвижимости как источник дохода при жизни, но не хотят при этом продавать или завещать жилье. Обратная ипотека широко и успешно применяется

в ряде развитых зарубежных стран, причем в последние годы отмечается рост интереса к этому институту. В зависимости от периодичности выплат и срока договора различают несколько видов *обратной ипотеки*.

- *Обратная ипотека на фиксированный срок*. Как правило, заемщик получает ежемесячные фиксированные выплаты в течение оговоренного срока и погашает заем по истечении этого срока. Заем должен быть погашен раньше в случае смерти заемщика или продажи недвижимости.

- *Обратная ипотека на пожизненный срок*. Заемщик не обязан (хотя и может) погашать заем при жизни. Пожизненные обратные ипотеки могут предлагаться с фиксированной периодической пожизненной выплатой наподобие аннуитета (например, пожизненная выплата 200 долларов в месяц) или с определенным количеством фиксированных периодических выплат за оговоренный период (например, ежемесячные выплаты по 500 долларов в месяц в течение следующих 120 месяцев). Обратная ипотека также может предлагаться в форме кредитной линии на определенную сумму, зависящую от стоимости недвижимости и возраста заемщика. Кредитная линия может использоваться с периодичностью по усмотрению заемщика. Поскольку старение заемщика приближает момент погашения займа, размер кредитной линии может увеличиваться с возрастом заемщика.

- Возможны также *комбинированные обратные ипотеки*, состоящие из кредитной линии и упомянутых видов периодических выплат.

Во всех случаях гарантией возвратности кредита служит обременение, наложенное на недвижимость договором обратной ипотеки, и право удержания недвижимости кредитором. Фактически займы по обратным ипотекам погашаются либо самими заемщиками в результате продажи недвижимости, либо наследниками путем той же продажи или из собственных средств.

Важно отметить, что в зависимости от продолжительности жизни заемщика, процентной ставки рефинансирования и динамики цен на недвижимость основная сумма займа может в какой-то момент превысить продажную стоимость недвижимости. В подавляющем большинстве случаев кредитор по обратной ипотеке не имеет права регресса или предоставляет заемщику гарантию, что размер долга не превысит стоимости недвижимости¹. Это означает, что когда продажная цена недвижимости недостаточна для погашения займа, кредитор несет убыток. Риск подобных убытков отрицательно влияет на первоначальный размер предлагаемых займов, а также делает выгодным страхование и секьюритизацию обратных ипотек. Таким образом, займы по обратной ипотеке, которые возвращаются в достаточно короткий срок, являются прибыльными, а займы, которые долго не возвращаются, как правило, становятся убыточными.

Следует подчеркнуть отличие обратной ипотеки от сделки продажи с пожизненной рентой. Подобные сделки получили печальную известность в России из-за попыток мошенничества при отчуждении недвижимости у пожилых владельцев. При продаже с пожизненной рентой право собственности на недвижимость пере-

¹ Исключение составляют финансовые продукты, недолгое время существовавшие на рынке Великобритании в конце 1980-х годов. Угроза убытков заставила кредиторов принудить домовладельцев к продаже недвижимости, а домовладельцев, в свою очередь, подать в суд на кредиторов. См.: Clarisa H., Mahoney James. USA and Europe: Equity Release Mortgages // Housing Finance International Journal. June, 2002.

дается кредитору сразу, а бывший владелец получает пожизненные периодические выплаты. При этом у кредитора появляется мотивация к скорейшему прекращению выплат и освобождению недвижимости, что может приводить к злоупотреблениям. При обратной ипотеке, наоборот, пожизненное право собственности сохраняется за заемщиком, а обременение на недвижимость служит гарантией возврата кредита.

Наибольшее распространение институт обратной ипотеки получил в США, где в последние годы весьма активно используется обратная ипотека с государственной поддержкой. Целью государственной поддержки является повышение привлекательности и доступности обратной ипотеки для потребителей и кредиторов, а также обеспечение роста спроса путем минимизации финансовых рисков и повышения ликвидности кредитов на вторичном рынке. Поддержка осуществляется прежде всего в форме программы государственного страхования убытков кредиторов, что делает займы обратной ипотеки более привлекательными для инвесторов. До финансового кризиса 2008 г. существовал также активный рынок негосударственных обратных ипотек, но на сегодняшний день подавляющее большинство подобных займов в США предоставляется в рамках программы государственно-частного партнерства Home Equity Conversion Mortgage (ипотека конверсии жилищного капитала, НЕСМ).

На настоящий момент обратные ипотеки НЕСМ — это практически единственный подобный продукт на американском рынке. За всю историю программы было выдано всего около 650 000 займов. По состоянию на конец 2009 г. общая сумма займов по программе НЕСМ составляла более 55 млрд долларов или по 1800 долларов кредита на каждого жителя старше 65 лет.

Данная программа, созданная в 1989 г. в целях содействия пожилым американцам, предназначена для лиц старше 62 лет, желающих получить обратную ипотеку на недвижимость, служащую местом постоянного проживания. Займы по обратным ипотекам выдаются частными финансовыми учреждениями, но регулируются специальными правилами, установленным Департаментом жилья и городского развития (Department of Housing and Urban Development, HUD), который курирует программу государственного страхования ипотек. На конец 2010 г. насчитывалось около 600 финансовых учреждений, участвующих в программе². Все обратные ипотеки по программе НЕСМ выдаются на пожизненный срок. При этом сумма займа может быть получена в виде:

- единовременной выплаты;
- фиксированного числа выплат³;
- аннуитета;
- кредитной линии;
- комбинации фиксированного числа выплат и кредитной линии;
- комбинации аннуитета и кредитной линии.

Заемщик по своему усмотрению имеет право поменять способ получения выплат остатка заемных средств.

² URL: http://www.rminight.net/hecm-endorsement-archive/Retail_201012.pdf

³ Не путать с обратной ипотекой с фиксированным сроком. После прекращения выплат заемщик может не возвращать кредит до момента своей смерти или переезда.

В рамках программы НЕСМ заемщик оплачивает страховые взносы, за счет которых страховой фонд Федеральной жилищной администрации (Federal Housing Administration, ФНА) Департамента жилья и городского развития (HUD) предоставляет кредитору и заемщику определенные гарантии.

Гарантии заемщика:

- *пожизненный срок* — кредитор не может потребовать возврата займа до момента смерти или переезда заемщика⁴;
- *отсутствие регресса* — сумма погашения не превышает стоимости залоговой недвижимости на момент погашения кредита независимо от срока возврата;
- *гарантированные выплаты* — в случае если финансовое учреждение, обслуживающее заем обратной ипотеки, не сможет осуществить необходимые выплаты, их осуществит HUD.

Гарантии кредитора следующие.

- *Страхование убытков*. В случае если основная сумма кредита превысила 98% условной оценочной стоимости недвижимости, кредитор имеет право подать в HUD страховое требование, получить страховую выплату, равную основной сумме, и быть освобожденным от обязательств по договору обратной ипотеки. В этом случае обратная ипотека поступает на баланс HUD и HUD осуществляет дальнейшие выплаты заемщику.

История государственной поддержки рынка обратных ипотек в США началась с государственных программ целевых займов. Органы власти и местные администрации многих штатов по сей день имеют программы целевых займов малоимущим пожилым людям под залог недвижимости с пожизненной отсрочкой платежа⁵. Эти займы фактически являются обратными ипотечками, где в роли кредитора выступает правительство штата или местная администрация. Займы выдаются с целью осуществления необходимого ремонта жилья и уплаты налогов на недвижимость. Администрированием подобных программ занимаются местные департаменты жилья.

Сделки обратной ипотеки регулируются в основном законодательством штатов по местонахождению объекта недвижимости. Правовое регулирование осуществляется по двум основным направлениям: защита прав потребителя и защита преимущественного требования кредитора на залоговую недвижимость (*first lien*). В целях надлежащей защиты прав потребителя предусмотрена *обязательная консультация*. В связи со сложностью сделки обратной ипотеки и большим объемом сопутствующей документации HUD обязывает каждого потенциального заемщика получить обязательную консультацию у независимого финансового эксперта. Консультанты не аффилированы с кредитором и утверждаются HUD. Целью консультации является подробное ознакомление заемщика с финансовыми аспектами обратной ипотеки, а также альтернативными способами использования активов заемщика для финансирования пенсионного обеспечения.

- *Регулирование финансовых учреждений*. Согласно федеральному закону Truth in Lending Act (Акт о соответствии действительности при кредитовании, TILA),

⁴ При условии, что заемщик соблюдает условия договора: осуществление текущего ремонта и постоянное проживание в недвижимости.

⁵ *Hammond Celeste*. Reverse Mortgages, A Financial Planning Tool for the Elderly // *Elder Law Journal*, Vol. 1 (1993). P. 75–111; *Scholen Ken*. Retirement Income on the House: Cashing in on Your Home With a «Reverse» Mortgage. Apple Valley, MN: NCHEC Press.

обратные ипотеки регулируются теми же нормами, что и другие потребительские кредиты с неопределенным сроком возврата (open-end credit). TILA налагает на кредитора следующие основные обязанности.

- Перед совершением сделки предоставить заемщику полную информацию о стоимости кредита, включая процентную ставку и метод ее вычисления, а также предоставить информацию о всех других выплатах по инициации и обслуживанию кредита. Информация предоставляется в виде таблицы по специально установленной форме⁶. Кредитор также обязан указать, что на недвижимость налагается право удержания (lien) и что осуществление сделки может повлиять на налоговую ситуацию заемщика.

- После совершения сделки кредитор обязан предоставить заемщику возможность отказаться от сделки и безвозмездно аннулировать кредитный договор в течение трех дней после его подписания⁷.

- После совершения сделки кредитор обязан периодически предоставлять заемщику документацию, указывающую текущую основную сумму кредита, начисленные проценты и другие взимаемые с заемщика выплаты⁸.

Полный список правил выдачи и обслуживания кредита с неопределенным сроком возврата содержится в законе TILA, часть 226 (B)⁹.

Защита преимущественного права кредитора на залоговую недвижимость

В США формирование и реализация права собственности на залоговую недвижимость осуществляется на уровне законов штата, в котором данная недвижимость располагается. При этом некоторые аспекты функционирования института обратной ипотеки регулируются актами федерального уровня. Примером такого федерального закона, специфически относящегося к регулированию продуктов обратной ипотеки, является Акт Конгресса H.R. 3221, раздел 2122¹⁰ от 2008 г. Акт вводит ограничения на комиссии, взимаемые банками за выдачу обратных ипотек, государственное финансирование консультационных услуг заемщикам по сделкам обратной ипотеки и ограничения на пакетирование обратных ипотек с аннуитетами или страховыми полисами (см. также п. 5.1).

Нормы, регулирующие типы займов, которые финансово-кредитные учреждения вправе предлагать населению, устанавливаются как на федеральном уровне, так и на уровне штатов. В зависимости от типа банка тип займа относится к сфере регулирования одного из следующих федеральных агентств. Деятельность федеральных коммерческих банков регулируется нормами, устанавливаемыми Офисом контролера денежного обращения и закрепленными в Своде федеральных правил¹¹. Совет управляющих Федеральной резервной системы (The Board of Governors of the

⁶ См. подр.: TILA. §226.6 // URL: <http://www.fdic.gov/regulations/laws/rules/6500-1500.html#fdic6500226.6>

⁷ См. подр.: TILA. §226.15.

⁸ См. подр.: TILA. §226.7.

⁹ См.: URL: <http://www.fdic.gov/regulations/laws/rules/6500-1400.html>

¹⁰ См.: URL: <http://www.govtrack.us/congress/billtext.xpd?bill=h110-3221>

¹¹ 12 C.F.R. Pt. 34 (1992).

Federal Reserve System, FRB) руководит деятельностью банков, совершающих операции в пределах юрисдикции штата и являющихся членами Федеральной резервной системы. Такое членство обязательно для федеральных банков, но для банка с лицензией штата оно является факультативным. Что касается банков с лицензией штата, которые не входят в Федеральную резервную систему, то их деятельность курирует Федеральная корпорация по страхованию вкладов (The Federal Deposit Insurance Corporation, FDIC). Деятельностью федеральных сберегательных банков руководит Управление по надзору за сберегательными учреждениями (The Office of Thrift Supervision, OTS).

В отличие от федерального уровня, где деятельность разных банков регулируется разными федеральными агентствами, в каждом из штатов есть только одно агентство, курирующее большинство банков с лицензией штата и иные финансовые учреждения, осуществляющие коммерческую деятельность в соответствующем штате. Такие банковские агентства уровня штатов осуществляют регулирование деятельности банков совместно с соответствующим федеральным агентством (например, если банк имеет лицензию штата Нью-Йорк и не является членом Федеральной резервной системы). Деятельность такого банка регулируется Банковским департаментом штата Нью-Йорк (New York Department of Banking) и Федеральной корпорацией по страхованию вкладов¹². В штате Мичиган деятельность банков с лицензией этого штата, сберегательных банков и более 5000 других компаний потребительского кредита, имеющих лицензию на проведение операций, курирует Бюро финансовых институтов, являющееся агентством в составе Департамента потребительских и промышленных услуг штата Мичиган (the Michigan Department of Consumer & Industry Services)¹³.

Вопрос приоритетности обременения становится особенно сложным в случаях, когда средства по обратной ипотеке выдаются заемщику не одновременно, а постепенно. В этом случае спорная ситуация может возникнуть в тот момент, когда в период действия договора обратной ипотеки на залоговую недвижимость налагаются дополнительные обременения.

Поскольку в США уже давно существует программа застрахованных обратных ипотек HECM, продукты, предлагаемые на частном рынке, нацелены на сегмент заемщиков, желающих получить кредит под залог недвижимости с оценочной стоимостью, намного превышающей установленный государственными программами предел в 625 000 долларов. Поскольку частные займы гарантируют отсутствие регресса и страхуются за счет кредитора, стоимость ожидаемых убытков заложена в процентную ставку.

Начиная с 2008 г. на частном рынке обратных ипотек наблюдается резкий спад активности. Это связано прежде всего с недавним падением цен на недвижимость, в результате которого вторичный рынок незастрахованных обратных ипотек практически исчез. В условиях отсутствия вторичного рынка и большой неопределенности в ценах на недвижимость кредиторы испытывают трудности с финансированием, в связи с чем они переключаются на продукт HECM. Тем не менее, компания Generation Mortgage до сих пор предлагает обратную ипотеку под залог

¹² URL: http://law.freeadvice.com/financial_law/banking_law/regulate_bank.htm

¹³ См.: URL: http://www.michigan.gov/lara/0,4601,7-154-10573_11472-39572-00.html

недвижимости с оценочной стоимостью от 500 тыс. до 6 млн долларов. Основным конкурентом на этом рынке до недавнего времени был аналогичный продукт от Bank of America, но в данный момент этот банк прекратил прием заявлений на выдачу новых обратных ипотек.

Первым в истории США кредитом по обратной ипотеке считается сделка, совершенная в 1961 г. банком Deering Savings and Loan в Потрланде, штат Мэн. Частный рынок обратных ипотек испытал период оживления в 1980-е годы, когда недвижимость в США быстро дорожала. В отсутствие системы распределения риска заемщикам предлагались обратные ипотeki с фиксированным сроком на 5–10 лет, что ограничивало их привлекательность для потребителя¹⁴.

Одним из первых продуктов, включающих в себя распределение риска между кредитором и заемщиком, стала обратная ипотека, предлагавшаяся с 1984 г. компанией American Homestead. Распределение риска осуществлялось за счет плавающей процентной ставки, зависящей от темпа роста цен на недвижимость. Когда недвижимость дорожает быстро, процентная ставка повышается и кредитор получает норму дохода выше ожидаемой. В случае когда цена на недвижимость растет медленно или падает, кредитор понижает процентную ставку, поскольку заемщик становится менее платежеспособным¹⁵.

Исторически деловая активность на частном рынке обратных ипотек менялась в зависимости от темпов удорожания недвижимости. В конце 1990-х — начале 2000-х годов наблюдался очередной всплеск активности. В это время одним из ведущих кредиторов на частном рынке стала компания Financial Freedom, предлагавшая обратные ипотeki под залог недвижимости с оценочной стоимостью, превышающей 700 000 долларов. Процентная ставка привязывалась к ставке предложения на Лондонском межбанковском рынке депозитов (LIBOR), а наценка за риск составляла 5% годовых. Обратные ипотeki компании Financial Freedom стали первым в США продуктом, финансируемым за счет секьюритизации, осуществленной в 1999 г. компанией Lehman Brothers. Стоимость выпущенных облигаций на тот момент составила 317 млн долларов¹⁶. К 2006 г. компания Financial Freedom стала крупнейшим в США кредитором по обратным ипотекам и имела на балансе более 77 000 обратных ипотек с общей основной суммой в 2,9 млрд долларов¹⁷. В июне 2008 г. программа обратных ипотек компании Financial Freedom была свернута в связи с банкротством ее материнского банка IndyMac Bancorp. В настоящее время компания Financial Freedom участвует в программе HECM.

В 1996–2008 гг. Федеральная национальная ассоциация ипотек (Fannie Mae) предлагала собственную программу обратных ипотек под названием HomeKeeper. До ее национализации в 2008 г. Fannie Mae являлась частной компанией, спонсируемой государством (state-sponsored enterprise). Программа HomeKeeper имела следующие основные отличия от HECM:

¹⁴ См.: *Scholen Ken*. Retirement Income on the House: Cashing in on Your Home With a «Reverse» Mortgage. Apple Valley, MN: NCHEC Press. Гл. 24.

¹⁵ См.: *Scholen Ken*. Op. cit. Глава 20.

¹⁶ *Huan Clarisa, Mahoney James*. USA and Europe: Equity Release Mortgages // Housing Finance International Journal, June. 2002.

¹⁷ URL: <http://www.financialfreedom.com/About/PressRoom/Article/?id=19>

1) позволяла брать займы большего размера, чем HECM (условная оценочная стоимость до 417 000 долларов);

2) позволяла использовать квартиры в многоквартирных домах в качестве залоговой недвижимости.

Обратные ипотечки по программе HomeKeereg не были застрахованы FHA. Тем не менее, Fannie Mae предоставляла заемщикам те же основные гарантии, что и продукт HECM. В 2008 г. актом федерального Конгресса предельный размер займа по обратной ипотеке HECM был поднят, в результате чего необходимость в программе HomeKeereg отпала и она была свернута.

Первоначально ипотечки с государственной поддержкой предоставлялись в форме государственных целевых займов на ремонт и уплату налогов на недвижимость. Эти программы позволяли малоимущим престарелым домовладельцам брать сравнительно небольшие займы под небольшой или нулевой процент и субсидировались правительствами штатов или местными администрациями. Первая государственная целевая обратная ипотека была предложена штатом Орегон в 1963 г. В 1978 г. подобную программу развернул штат Висконсин¹⁸.

Продукт HECM, предлагаемый потребителям с 1989 г., стал доминирующим типом обратной ипотеки в США. В 1988 г. Конгресс США санкционировал пробную программу государственного страхования обратной ипотеки через FHA. Программа первоначально распространялась на 50 частных компаний-кредиторов и 2500 займов. В 1991 г. количество подлежащих страхованию займов было увеличено до 25 000, и участие в программе было открыто для всех финансовых учреждений, утвержденных в качестве партнеров FHA. Популярность программы резко возросла во второй половине 2000-х годов в связи с финансовыми трудностями кредиторов на частном рынке.

Институт обратной ипотеки активно используется не только в США, но и в ряде иных государств. В некоторых странах на рынке представлены как займы обратной ипотеки, так и конкурирующая модель продажи с правом проживания. Наш материал также включает краткий обзор подобных сделок.

Несмотря на непопулярность пожизненной ренты в России, сделки купли-продажи с правом проживания широко применяются в мировой практике наряду с обратной ипотекой. Фактически осуществляется сделка купли-продажи с отсрочкой передачи права распоряжения недвижимостью: продавец получает пожизненное право проживания в проданной недвижимости, а покупатель получает право распоряжения недвижимостью только после смерти или переезда продавца. Существует несколько разновидностей подобных сделок.

Простая купля-продажа. В наиболее простом варианте модели продавец передает право собственности на недвижимость кредитору (покупателю) в обмен на единовременную денежную выплату и пожизненное право проживания. При этом покупатель заключает с продавцом договор пожизненной аренды, гарантирующий продавцу право безвозмездного проживания до момента смерти продавца или его переезда. Кредитор становится собственником недвижимости, а бывший владелец — арендатором. Договор пожизненной аренды может включать нулевую или минимальную арендную плату, но обычно обязывает арендатора осуществлять

¹⁸ URL: <http://reverse.org/r/more/history-of-reverse-mortgages/>

все выплаты, связанные с поддержанием недвижимости, в том числе, страховые взносы и налоги на недвижимость. Оплата текущего ремонта может производиться либо за счет арендатора, либо за счет кредитора. В роли продавца могут выступать отдельные лица или супружеские пары. Право пожизненного проживания гарантируется до момента смерти последнего супруга или необходимости переезда (например, по состоянию здоровья). Договоры пожизненного проживания могут налагать ограничения на проживание в недвижимости третьих лиц, а также запрещают долговременное отсутствие арендатора.

Частичная купля-продажа. Одним из вариантов модели является частичная продажа недвижимости, при которой кредитор и владелец недвижимости становятся долевыми собственниками. Выплата за частичную продажу, соответственно, меньше, но при этом владелец может передать свою долю наследникам или распорядиться ею в случае необходимости переезда по состоянию здоровья. Договор предусматривает, что в случае смерти или переезда недвижимость должна быть продана, а собственники получают свои доли продажной стоимости.

Пошаговая купля-продажа. Модель купли-продажи чрезвычайно невыгодна в случае скорой смерти владельца. В связи с этим также практикуется модель пошаговой купли-продажи недвижимости. Владелец продает кредитору малую первоначальную долю собственности за соответствующую выплату. По мере старения владельца доля собственности, переходящая к кредитору, увеличивается, а владелец получает дополнительные выплаты. Пошаговая купля-продажа, таким образом, помогает избежать возможной ситуации, когда скорая смерть владельца позволяет кредитору быстро приобрести право на собственность за малую часть ее рыночной стоимости.

Великобритания имеет более чем 40-летнюю историю рынков обратной ипотеки. Пионером на рынке была компания Hodge Lifetime, которая предлагает свои продукты с 1965 г. по сей день. Отличительной чертой британского рынка является то, что до 2000 г. доминирующим продуктом являлась модель продажи. Бурный рост займов по обратной ипотеке начался лишь в 2000-х годах, что значительно потеснило модель продажи. По состоянию на 2007 г. удельный вес займов в общей продаже обратных ипотек достиг 91%¹⁹. В 2007 г. было выдано новых обратных ипотек на общую сумму в 1,6 млрд евро. На балансе кредиторов в это время находилось 33 000 займов обратной ипотеки с общей основной суммой в 1,8 млрд евро и 14 600 контрактов по модели продажи на общую сумму 1,1 млрд евро²⁰. Следует заметить, что насыщение рынка обратных ипотек в Великобритании относительно невысокое — на каждого жителя старше 65 лет приходится лишь 250 долларов основной суммы (это включает сделки займа и купли-продажи). Для сравнения, в США на каждого жителя старше 65 лет приходится 1800 долларов кредита.

Более 95% рынка обслуживается ассоциацией кредиторов Safe Home Income Plans (сокращенно — SHIP), которая создана в 1991 г. и насчитывает 22 организации. Среди кредиторов есть крупные страховые компании, коммерческие банки, а также мелкие кредитные организации, специализирующиеся исключительно по

¹⁹ Safe Home Income Plans // <http://www.ship-ltd.org/uploads/shipdocfinal3.pdf>

²⁰ Reifner Udo, Clerc-Renaud Sebastien, Prez-Carrillo Elena F., Tiffe Achim, Knobloch Michael. Study on Equity Release Schemes in the EU. 2009.

обратным ипотечкам²¹. Все сделки обратной ипотеки в Великобритании, включая модель купли-продажи, регулируются Управлением финансовых услуг (Financial Service Authority, FSA) в том же порядке, что и другие финансовые сделки, связанные с жильем. Основной целью регулирования является защита прав потребителя. FSA лицензирует кредитные учреждения, устанавливает стандарты ведения деловых отношений и требования раскрытия информации при кредитовании и рекламной деятельности финансовых учреждений²². FSA также проводило скрытые проверки кредитных учреждений, где финансовые инспекторы выступали в роли потенциальных заемщиков²³. Специальные правила, относящиеся к сделке обратной ипотеки, включают в себя привлечение наследников и других материально заинтересованных лиц к процессу предварительной консультации с юристом и финансовым экспертом²⁴.

По данным исследования²⁵, свыше 75% всех сделок обратной ипотеки в Европейском Союзе совершаются в одной стране — в Великобритании. Вторым по величине рынком обратной ипотеки в ЕС является Испания, где на 2007 г. общая основная сумма кредитов на балансе составляла 1,27 млрд евро. При этом количество существующих займов было совсем небольшим — всего 3600, что указывает на использование обратных ипотек преимущественно владельцами дорогой недвижимости. В Испании кредиты обратной ипотеки предлагаются на пожизненный или фиксированный срок, как правило, с единовременной выплатой. Если заемщик желает получить аннуитет, то он приобретает у страховой компании, а не у кредитора. Кредиты обратной ипотеки выдаются коммерческими сберегательными банками.

Модель продажи распространена в Венгрии, где 92% домохозяйств имеет в собственности жилье, а ипотечное обременение — довольно низкое по европейским стандартам. 25% пенсионеров в Венгрии получает месячный доход меньше минимальной заработной платы, в связи с чем имеются предпосылки для возникновения активного рынка обратной ипотеки.

С 2005 г. на рынке предлагается сделка по модели купли-продажи, где кредитор получает право собственности на недвижимость в обмен на предоставление права пожизненного проживания и покупку аннуитета на имя заемщика. Один из основных кредиторов на рынке, банк OTP Életjaradék Zrt., предлагает сделки простой и поэтапной продажи. Поэтапная продажа предлагается лицам в возрасте старше 70 лет и включает в себя комбинацию первоначальной единовременной выплаты и дополнительных выплат в течение оговоренного срока. Если заемщик умирает в течение этого срока, то выплаты получают наследники. На 2007 г. на балансе кредиторов находилось 5100 контрактов на общую сумму 214 млн евро²⁶. В настоящий

²¹ Safe Home Income Plans // <http://www.ship-ltd.org/uploads/SHIP%20MEMBERS.pdf>

²² См.: Mortgage Conduct of Business Sourcebook. Главы 3, 8, 9, 11, 12 // http://fsahandbook.info/FSA/handbook/LI/2003/2003_71.pdf

²³ URL: <http://www.fsa.gov.uk/pubs/consumer-research/crpr53.pdf>

²⁴ Reifner Udo, Clerc-Renaud Sebastien, Pérez-Carrillo Elena F., Tiffe Achim, Knobloch Michael. Study on Equity Release Schemes in the EU. 2009. Часть 2. С. 21.

²⁵ Reifner Udo, Clerc-Renaud Sebastien, Pérez-Carrillo Elena F., Tiffe Achim, Knobloch Michael. Study on Equity Release Schemes in the EU. 2009. Часть 1. Таблица 5.

²⁶ Reifner Udo, Clerc-Renaud Sebastien, Pérez-Carrillo Elena F., Tiffe Achim, Knobloch Michael. Study on Equity Release Schemes in the EU. 2009. Часть 2. С. 72–77.

момент в Австралии также происходит рост рынка обратных ипотек. В 2005 г. кредиторы по обратной ипотеке образовали ассоциацию SEQUAL, состоящую из банков и финансовых компаний, специализирующихся по сделкам обратной ипотеки. По данным ассоциации, на конец 2009 г. на балансе 10 ее членов находилось более 39 000 займов обратной ипотеки на общую сумму свыше 2,7 млрд AUD (AUD примерно равен USD). В Австралии проживает примерно 3 млн лиц старше 65 лет, так что на одного престарелого приходится примерно 900 долларов кредита по обратной ипотеке. По этому критерию насыщение рынка в Австралии в 3,5 раза выше, чем в Великобритании, но в 2 раза ниже, чем в США.

В 2006–2009 гг. количество сделок возросло на 15% в год. Домовладельцам в возрасте 65–75 лет предлагаются займы на сумму 20–30% стоимости их жилья. Для сравнения, в США лица такого же возраста могут рассчитывать занять 40–50% стоимости их жилья по программе HECM. Отличительной чертой австралийского рынка является сравнительно небольшой срок возврата кредитов. Ежегодно заемщики погашают 10% существующих договоров, при этом лишь 1% договоров погашается в связи со смертью или переездом в место долговременного ухода. Короткий срок возврата снижает риск для кредитора, что указывает на чрезвычайно консервативные размеры займов, выдаваемых австралийскими кредиторами²⁷.

За период 2002–2008 гг. 4,5 млрд долларов сделок по обратной ипотеке финансировалось за счет секьюритизаций, осуществлявшихся компанией по управлению активами (portfolio management company) Bluestone Group. Компания прекратила финансирование новых займов обратной ипотеки в мае 2008 г.²⁸

Члены Ассоциации SEQUAL предоставляют потребителю единый список гарантий, основными из которых является отсутствие регресса, ясность и единообразие документации по сделке и настоятельная рекомендация (но не требование) консультаций с независимым финансовым экспертом и наследниками.

В Канаде в последние 25 лет на рынке обратных ипотек доминирующую позицию занимает одна компания — HOMEQ Corporation (предыдущее название — Canadian Home Income Plan Corporation). В настоящее время компания предлагает займы обратной ипотеки в виде единовременной выплаты или фиксированного числа выплат. Компания предлагает обратные ипотеки лицам старше 60 лет. Размер займа не превышает 40% стоимости недвижимости. За счет этого процентная ставка по обратной ипотеке довольно низкая — в пределах 5–7% годовых в зависимости от срока, на которых она фиксируется. Обратная ипотека выдается на пожизненный срок с гарантией отсутствия регресса²⁹.

С 2002 г. компания HOMEQ частично финансируется за счет акционерного капитала и частично — за счет эмиссии облигаций под фиксированный процент сроком на 1–5 лет. После финансового кризиса 2008 г. компания стала испытывать трудности с финансированием и преобразовалась в сберегательный банк. Это даст возможность финансировать обратные ипотеки также и за счет депозитов вкладчиков³⁰.

²⁷ Hickey James, Joshua Ling. SEQUAL/Deloitte Reverse Mortgage Survey. 2008.

²⁸ URL: http://en.wikipedia.org/wiki/Bluestone_Group

²⁹ URL: <http://www.chip.ca/index.cfm?id=103#rates>

³⁰ URL: <http://www.homeq.ca/index.cfm?objectid=BC44D271-64C7-11DE-914F000423A7AAF8>

По состоянию на конец 2010 г. на балансе компании находилось около 8000 займов обратной ипотеки на общую сумму 1 млрд CAD (порядка 1 млрд USD)³¹. В расчете на душу населения старше 65 лет это составляет около 200 долларов кредита.

Мировой опыт использования института обратной ипотеки убедительно свидетельствует об его выживаемости на рынке и привлекательности для пожилых людей, заинтересованных в улучшении своего материального положения и обретения определенной стабильности в отношении своего будущего. Именно поэтому недавние инициативы, касающиеся введения этого института в России, в частности, инициатива Агентства по ипотечному жилищному кредитованию, заслуживают внимания и поддержки. Вряд ли в данном случае речь может идти о прямой трансплантации института обратной ипотеки в Россию. Скорее всего, понадобится определенная его адаптация к российским условиям. Но предпосылки для возникновения рынка обратной ипотеки в России и надежды на его экономическую эффективность, безусловно, есть.

³¹ URL: <http://www.istockanalyst.com/article/viewiStockNews/articleid/4836833>

С.Г. Камолов

первый заместитель министра государственного управления, информационных технологий связи Московской области, кандидат экономических наук

И.А. Коржов

заведующий правовым отделом Министерства государственного управления, информационных технологий связи Московской области

Проблемы повышения квалификации государственных и муниципальных служащих

В статье анализируются проблемы повышения качества и эффективности государственного управления в Российской Федерации в контексте подготовки специалистов в области государственного управления. Высказываются предложения по совершенствованию подготовки государственных гражданских служащих с использованием центров повышения компетенций государственных гражданских служащих.

Ключевые слова: органы государственной власти, органы местного самоуправления, государственный гражданский служащий, муниципальный служащий, повышение квалификации государственных гражданских и муниципальных служащих.

Стремительно меняющийся в эпоху технического прогресса мир не может не затронуть каждого гражданина. Внедрение информационно-коммуникационных технологий сделало обыденным Интернет, сотовые телефоны, компьютеры, общение при помощи электронной почты. Даже наиболее статичные слои населения — люди пожилого поколения — все более охотно пользуются плодами цифрового века.

Развитие технологий поставило на повестку дня изменение принципиальных подходов к участию государства в общественной жизни, требующих коренного пересмотра форм и методов государственного воздействия на различные сферы жизни общества. В свою очередь, это объективно определяет повышение требований к государственным и муниципальным служащим как главному ресурсу государства при реализации любых преобразований в обществе. Способность принимать рациональные и эффективные управленческие решения в условиях быстро меняющейся общественной жизни, а главное — добиваться их реализации, как никогда ранее выходит на первый план в работе органов власти всех уровней.

10 марта 2009 г. Президентом Российской Федерации подписан Указ № 261 «О федеральной программе “Реформирование и развитие системы государствен-

ной службы Российской Федерации (2009–2013 годы)”, которым определен комплекс мероприятий, направленных на дальнейшее реформирование и развитие системы государственной службы Российской Федерации. Актуальность проблемы подтверждается и тем, что в развитие указанной программы 7 мая 2012 г. Президентом Российской Федерации издан Указ № 601 «Об основных направлениях совершенствования системы государственного управления».

В такой ситуации каждый руководитель, начиная с муниципального уровня и заканчивая федеральными структурами, обязан задать себе очень важный вопрос: насколько находящийся в его распоряжении чиновничий аппарат подготовлен к решению поставленных перед ним задач?

Было бы большим лукавством сказать, что степень готовности отечественных чиновников отвечает предъявляемым к ним современным требованиям на все 100%.

Навыки многих государственных и муниципальных служащих приобретались в других социально-экономических условиях, их основой служила классическая система высшего профессионального образования, которая была эффективна для советского периода, однако не соответствует реалиям современного этапа развития государства и общества. Итог — слабая адаптированность многих чиновников советской школы к работе в других общественных условиях, предполагающих новые знания, умения и навыки, основанные на соответствующем уровне культуры, профессиональных и личностных качествах.

Рыночные преобразования в нашей стране идут уже более 20 лет. Многочисленные образовательные учреждения, выросшие в постсоветский период, как грибы после дождя, в отличие от прежней плановой системы подготовки кадров озабочены преимущественно коммерческой составляющей учебного процесса. Огромное число негосударственных вузов, не озадачиваясь вопросами серьезной привязки имеющихся образовательных программ к новым условиям, конвейерным методом выпускают бесчисленное количество «специалистов» модных профессий — юристов, экономистов и т.д.

Результат — очевидный дефицит компетентных кадров государственных и муниципальных служащих. Проблема преодоления такого дефицита, подготовка необходимого количества служащих, обладающих современными научными знаниями и подготовленными к эффективной практической реализации поставленных перед ними задач, до настоящего времени не находит должного разрешения ни на федеральном, ни на региональном уровнях, ни в рамках муниципальных образований.

В образовательных программах учебных заведений высшего профессионального, послевузовского и дополнительного образования едва ли найдутся сбалансированные курсы, имеющие своей целью подготовку полноценного государственного (муниципального) чиновника.

Попробуем проиллюстрировать свои выводы анализом структуры общепрофессиональных и специальных дисциплин по специальности «Юриспруденция», по которым осуществляется подготовка юристов в одном из ведущих вузов столицы — Институте международного права и экономики им. А.С. Грибоедова. Из 34 обязательных предметов данного учебного заведения только четыре в той или иной степени затрагивают специфику государственной (муниципальной) службы: конституционное (государственное) и муниципальное право России, гражданское право (общая и особенная части). По выбору студентов предлагается девять дисциплин и курсов, из которых только «Основы информационного права» могут быть

востребованы госслужащими. Институт предлагает студентам выбор из трех специализаций, одна из которых — государственно-правовая — почему-то одновременно именуется финансовой (и по сути является таковой), при этом из 21 дисциплины для государственной службы актуальны всего две — государственная служба и, пожалуй, инвестиционное право. О степени полезности для государственных и муниципальных служащих таких из предлагаемых дисциплин, как банковское, страховое и наследственное право, правовое регулирование финансового контроля, валютное право или основы аудита, остается только догадываться.

Аналогичным образом структурирован учебный процесс и в других юридических вузах страны.

Попытки решить данную проблему локально на уровне субъектов Российской Федерации путем направления служащих на кратковременную переподготовку в учебные центры один раз в три года, при отсутствии целостной концепции такой подготовки, без четкого понимания ее целей и привязки к конкретному и понятному для каждого чиновника результату, также едва ли можно признать успешными.

Между тем создание эффективной системы подготовки, переподготовки и повышения квалификации кадров государственных и муниципальных служащих совершит прорыв в повышении качества государственного управления, решении задач его должной эффективности и доступности для подавляющего большинства граждан, упрощению их зачастую сложных взаимоотношений с властью.

Тот факт, что такая система до настоящего времени не создана, а ее формирование — занятие трудоемкое и весьма затратное, не должен стать препятствием в работе по ее организации. Решение этой задачи без всякого преувеличения представляется делом государственной важности, в противном случае об эффективности государственного управления и в конечном итоге формировании правового государства и гражданского общества можно вообще забыть.

К сожалению, государством до настоящего времени не выстроена необходимая нормативно-правовая база для подготовки чиновничьего корпуса. Сегодня отсутствует единая система правовых норм, которые бы позволили регламентировать весь процесс подготовки, переподготовки и повышения квалификации государственных гражданских служащих, увязать его с продвижением по службе, а также мотивацией повышения уровня профессионального образования и квалификации. Отсутствие кодифицированной системы правовых актов государственной службы Российской Федерации отрицательно сказывается на качестве реализации государственными служащими целей и функций государства.

Применение единых стандартов и требований к государственным гражданским и муниципальным служащим никогда не обсуждалось, что на практике ведет к формированию двойных стандартов, субъективизации, разобщенности различных категорий служащих. На федеральном уровне проблемы подготовки кадров, на наш взгляд, решаются ограниченно. В частности, ведомственные учебные заведения осуществляют обучение кадров для правоохранительных органов и судебной системы.

Отечественная наука, со своей стороны, предпринимала определенные усилия к осмысливанию в контексте реализации права на труд вопросов подготовки, переподготовки и повышения квалификации государственных служащих. Этой проблематике посвящены, в частности, научные работы Ю.П. Орловского, А.Е. Пашерстника. Свой вклад в изучение проблемы внесли и ученые-специалисты в области административного права и государственного управления. Прежде всего

это работы таких ученых, как Г.В. Атаманчук, И.Л. Бачило, И.Ю. Богдановская, Н.И. Глазунова, Н.М. Казанцев, Л.М. Колодкин, Б.М. Лазарев, В.М. Манохин, Д.М. Овсянко, Ю.Н. Стариков, Ю.А. Тихомиров.

Однако специальные работы, посвященные анализу названной проблемы, практически отсутствуют.

Не претендуя на комплексное, системное изучение теоретических и практических проблем правового регулирования и организации подготовки, переподготовки и повышения квалификации государственных служащих, авторы настоящей статьи считают, что даже в имеющейся правовой среде и реалиях существования органов государственной власти и муниципального управления возможно выработать, а главное, попытаться реализовать некие общие, принципиальные идеи, которые могли бы способствовать пониманию целей и задач подготовки, переподготовки и повышения квалификации государственных служащих.

Представляется, что прежде чем приступать к реализации тех или иных аспектов затронутой проблемы, важно понять, каким квалификационным требованиям должен соответствовать современный государственный служащий, и насколько эти требования должны определять содержание и направления подготовки, переподготовки и повышения квалификации государственных служащих;

Типичный должностной регламент государственного служащего и квалификационные требования, предъявляемые к соискателям на должности государственной гражданской службы, формулируемые при объявлении соответствующих конкурсов, содержат стандартный набор требований, предъявляемых к лицам, поступающим на государственную службу. Эти требования касаются исключительно уровня профессионального образования и квалификации, стажа работы по специальности и государственной службы, а также уровня знаний действующего законодательства. Вместе с тем квалификационные требования к государственным служащим должны содержать более подробную регламентацию в зависимости от характера исполняемых должности обязанностей. Такие требования должны определять все дальнейшие направления, содержание подготовки, переподготовки и повышения квалификации государственного служащего.

Предполагается, что государственные служащие должны быть компетентными в той сфере, в которой работают, хорошо знать предмет своей профессиональной деятельности, а также обладать специальными знаниями в конкретной области. Такой подход к описанию основных требований к претенденту на замещение должности государственной гражданской службы представляется поверхностным. Такой подход не дает работодателю возможности осмыслить и уже на стадии принятия на службу приступить к решению проблемы острой нехватки высококвалифицированных юристов, экономистов, специалистов в области государственного и муниципального управления, а также заложить механизмы подготовки, переподготовки и повышения квалификации государственных служащих.

Представляется, что современный государственный служащий как составной элемент правового государства должен основательно знать проблемы государственного управления, видеть пути их решения, владеть необходимыми для этого юридическими и экономическими познаниями. Без глубокого знания правовых норм, понимания управленческих процессов невозможно качественное исполнение государственным служащим обязанностей по занимаемой должности и, соответственно, рациональное и эффективное государственное управление общественными процессами.

Помимо обладания указанными знаниями, государственный служащий обязан владеть полным набором информационно-коммуникационных инструментов, без которых система оказания государственных и муниципальных услуг в электронной форме, обеспечение нормального функционирования многофункциональных центров, снижение административных барьеров и в целом приближение власти к каждому гражданину обречены на провал.

Поэтому идеальным государственным служащим представляется специалист, обладающий и юридическими, и экономическими познаниями, и знаниями науки государственного (муниципального) управления, владеющий к тому же информационно-коммуникационными технологиями.

Совершенно очевидно, что такого чиновника в настоящее время не существует.

Вместе с тем, именно такие государственные служащие должны стать главными действующими лицами в системе органов государственной власти и в муниципалитетах страны.

В силу определенной специфики и разобщенности государственной и муниципальной службы в субъектах Российской Федерации было бы полезным начать решать задачу профессионального образования государственных служащих именно на региональном уровне. Для этой цели требуется издание субъектами нормативных правовых актов, в которых были бы нормативно закреплены определения понятий «подготовка», «переподготовка» и «повышение квалификации», а также соответствующие им процедуры; установлены приоритеты и принципы государственной кадровой политики в этой области; определена система подготовки, переподготовки и повышения квалификации государственных служащих как единая целостная подсистема в системе государственного управления; определены цели, задачи и принципы организации и функционирования данной системы; закреплены государственные стандарты подготовки, переподготовки и повышения квалификации государственных служащих; регламентированы вопросы управления системой подготовки, переподготовки и повышения квалификации государственных служащих, общие вопросы государственного контроля за качеством подготовки, переподготовки и повышения квалификации государственных служащих; установлены гарантии прав граждан на подготовку к государственной службе, а также социальные гарантии для государственных служащих, проходящих подготовку, переподготовку и повышение квалификации; сформирован правовой механизм, увязывающий результаты переподготовки и повышения квалификации с продвижением по службе, присвоением квалификационных разрядов, увеличением денежного содержания, предоставлением льгот и привилегий и т.д.

Параллельно, не дожидаясь скорого изменения нормативной базы, следовало бы приступить к созданию региональных центров развития компетенций государственных и муниципальных служащих, в уставные документы которых уже на стадии создания были бы заложены цели и задачи, направленные на необходимое повышение квалификации по соответствующим потребностям настоящего времени образовательным программам. Такие центры уже начали создаваться, в частности, в Самаре, Ульяновске и Казани.

Полагаем, что предлагаемый механизм мог бы послужить основой для дальнейшего совершенствования системы повышения квалификации государственных и муниципальных служащих.

С.Ю. Данилов

профессор кафедры
конституционного
и муниципального права
факультета права Национального
исследовательского
университета «Высшая школа
экономики», доктор
исторических наук

Современная английская правовая доктрина: взгляд на конституционное государство*

«Конституционализм», «конституционное государство» — эти понятия закономерно продолжают оставаться в центре внимания многих исследователей разных стран. Оценка происходящих изменений находит отражение в конституционно-правовой доктрине. Работа преподавателя факультета права Тринити-колледжа Оксфордского университета Николаса Барбера, опубликованная недавно в серии «Оксфордская конституционная теория»¹, пополняет обширную библиографию по современному конституционализму. Состоящая из десяти разделов работа построена по проблемному принципу. В хронологическом плане работа охватывает главным образом период с середины XX в. до нашего времени.

Отрадно, что автор книги является убежденным сторонником системно-комплексного подхода к действительности, о котором так много сказано и написано и который пока далеко не всюду стал преобладающим методом познания все более противоречивой действительности. «Конституционную теорию я рассматриваю в качестве такой дисциплины, которая объединяет все общественные науки», — пишет он. И далее следует аргументация: «Должное понимание таких социальных институтов, как право, государство, гражданство, невозможно с узкой легитимистской точки зрения, которая зачастую уже не столько просветляет, сколько уводит нас в сторону... Если моя книга может быть интеллектуальным манифестом, то вкратце его следует читать так: “Необходимость и ценность междисциплинарного подхода”. И хотя данный подход является бесспорно рискованным, без него нет дальнейшего развития конституционализма, как и правовой теории в целом» (с. XI–XII).

* Рецензия на монографию: *Barber N. The Constitutional State. Oxford, 2010.*

¹ Для российского читателя напомним, что в юридической науке и учебном процессе стран «общего права» отсутствует теория права и государства. Вместо нее изучается более узкий предмет — теория конституции (конституционная теория).

Соответственно научные авторитеты, от наследия которых отталкивается автор рецензируемой работы, принадлежат к различным отраслям общественной мысли. Это и ученые-правоведы, не без основания считающиеся столпами конституционного права англоязычных стран (У. Беджгот, У. Блэкстон, А. Дайси, А. Дженнингс, Дж. Маршалл, Т. Маршалл, Дж. Раулс, О.Х. Филлипс), и видные философы, социологи и политологи различных стран Запада. Среди последних мы находим немецких ученых — М. Вебера, Э. Дюркгейма и К. Шмитта, англоязычных исследователей — К. Поппера, Х. Харта, Э. Хобсбаума². Конституционное право, которое вплоть до конца XVIII столетия не выделялось из философской науки, на наших глазах переживает знаменательный процесс — оно снова все более переплетается с другими науками — философией, политологией. Нужно полагать, вероятно, что данный процесс является одним из последствий как неуклонного усложнения задач, стоящих перед институтами публичного права во всем мире, так и эволюции самих этих институтов в ряде государств.

Методологическое новаторство одного из представителей британской академической науки не вызывает сомнений. Против такой позиции автора трудно возражать, особенно если сам тяготеешь к ней.

К сильным сторонам рассматриваемой работы относится ее проблемный подход. Книга оксфордского исследователя менее всего напоминает бесчисленные академические учебники и пособия с их бесстрастно-отстраненным повествованием «обо всем» и с размытой позицией авторов, которых так и хочется назвать редакторами-составителями. Н. Барбер умело вычленяет и осмысливает материалы, позволяющие сжато, но вместе с тем глубоко раскрыть несколько узловых проблем. К таковым он относит природу государства, преемственность развития, институт гражданства, институты Европейского союза, роль правового обычая, судебной власти и судебного прецедента³.

Мое внимание привлекла, в частности, одна из приводимых автором проблем, с которой сталкиваются законодательная и судебная ветви власти в конституционном государстве. В разделе «Законы и обычаи» книги речь идет о внедрении режима двуязычия в одном из субъектов канадской федерации — провинции Манитоба. При решении дела «Языковые права в Манитобе» Верховный суд Канады был вынужден проанализировать законодательство данной провинции на предмет его совместимости с Конституцией. Федеральный Манитобский акт 1870 г., имеющий силу дополнения к Конституции Канады, требует, чтобы законодательство данной провинции было доступно на двух языках — английском и французском. Однако с 1890 г. в Манитобе действовал провинциальный статут, гласивший, что для приня-

² Обращает на себя внимание прискорбный факт отсутствия в книге упоминаний о трудах юристов, философов, политологов и других ученых России/СССР. Единственное исключение составляет упомянутая один раз работа В.И. Ленина 1917 г. «Государство и революция» (с. 7). Это обстоятельство заставляет лишний раз с тревогой задуматься над состоянием отечественной науки конституционного права и других общественно-гуманитарных дисциплин, над местом, занимаемым ими в современной мировой науке.

³ От таких вопросов, как способы принятия и обновления конституций, формы государства, избирательный процесс, институты непосредственной демократии, политические партии, законодательная и исполнительная власть, автор по сути дела абстрагируется, что не может не ограничивать поля его анализа конституционного государства. Вероятно, Н. Барбер исходит из того, что данная проблематика с должной полнотой раскрыта в стандартных, выдержавших ряд изданий учебных курсах англоязычных авторов. Такой подход можно признать обоснованным.

тия законопроектов достаточно вносить в провинциальную ассамблею их англоязычный текст, что и происходило на практике на протяжении почти ста лет, пока не было оспорено франкоязычными жителями провинции в судебном порядке. Статут субъекта федерации противоречил федеральной конституции. Верховный суд Канады, являющийся органом конституционного контроля, в конце концов (1983 г.) вынес решение о лишении силы всех одноязычных статутов, когда-либо принятых в Манитобе, сделав, однако, оговорку о «временном сохранении ими силы» вплоть до перевода текстов провинциальных статутов на французский язык. В результате законодательной ассамблее провинции пришлось заново обсуждать и принимать обширный массив законодательства, ставшего по решению судебной власти двуязычным. «Судьи вынуждены идти против закона, если, по их мнению, продолжение его действия сулит бедственные последствия», — резюмирует автор (с. 93–94).

Несомненно, интересны и более чем актуальны размышления Н. Барбера о преемственности в государственном развитии и о мере ответственности государств, «радикально изменивших институты власти», другими словами, совершивших в недавнем прошлом переход от тоталитарного правления к конституционному демократическому государству. Среди этих государств — многие страны таких регионов, как Восточная и Южная Европа, Азия, Африка, Латинская Америка. Эта юридически сложная, недостаточно разработанная юристами тематика может и должна, таким образом, рассматриваться уже в глобальном, сравнительном измерении. Данной тематики автор касается в двух разделах рецензируемой книги — «Ответственность государства» и «Преемственность государства».

«Современная Южно-Африканская Республика, — подчеркивает он, — не несет непосредственной ответственности за существовавший в стране ранее режим апартеида⁴. Однако Республика напрямую ответственна за исправление зол, связанных с ним. Она несет ответственность за расследование действий прежнего режима, за устранение выгод и предпочтений, которыми некоторая часть населения аморально (пусть и легально) обладала ранее, а также за компенсации жертвам прежнего режима» (с. 127, 143). Тут автором верно расставлены акценты. Однако остается сожалеть о краткости рассмотрения Н. Барбером назревшей проблемы. Кроме того, автор почти не касается данной тематики на примерах становления и развития конституционного демократического государства в таких странах, как Германия, Италия и Япония. Между тем эти примеры в высшей степени поучительны и представляют собой благодатнейшее поле для проведения сравнительно-юридического и историко-политического анализа.

Мы уверены, что читатель книги отчетливо ощутит стремление и умение автора последовательно рассматривать спорный вопрос с позиций нескольких отраслей юридической науки — конституционного права и международного публичного права, конституционного и административного права.

Некоторые приводимые Н. Барбером факты показательны без всяких авторских комментариев. Например, в книге сообщается, что действующий в Велико-

⁴ В Южно-Африканской Республике уже почти два десятилетия действует демократическая Конституция 1994 г., исходящая из равенства всех перед законом и запрещающая дискриминацию по расовому принципу.

британии Кодекс министерского поведения 1992 г. во многом восходит к подзаконному нормативному акту — правилам, изданным лейбористским Кабинетом еще в 1945 г. под прозаическим названием «Процедурные вопросы деятельности министров» (с. 99)⁵. Казалось бы, послевоенная обстановка требовала сосредоточить все внимание правительства, парламента и общественных кругов исключительно на «восстановлении разрушенного войной народного хозяйства». Потери Британии от воздушных налетов и морской блокады были серьезными. Однако британское конституционное государство нашло целесообразным одновременно совершенствовать то, что мы именуем «отбором и расстановкой кадров» и «учетом и контролем», что, добавим мы, пошло на пользу и верховенству права, и политической демократии, и восстановлению экономики.

Заслуживает одобрения творческий подход автора. У него не на все вопросы есть готовые ответы. Он не изрекает истин, а обсуждает спорные темы. Отрадно, что он дает множество ссылок на мнения других лиц, включая тех, с которыми не согласен. В целом ряде мест книги Н. Барбер сводит воедино не совпадающие друг с другом мнения и выводы нескольких видных ученых, сопоставляет их и затем солидаризируется с наиболее оптимальными оценками (с. 75–78, 148–156 и др.). В качестве примеров автор часто избирает наиболее дискуссионные вопросы. Подобные непредвзятые способы обработки правового и политико-философского материала и донесения результатов научного анализа до третьих лиц свойственны общественной мысли правовых демократических государств.

Такие методологические посылки приучают читателей рассуждать и подкреплять свои умозаключения системой аргументов. Убеден, что тут у Н. Барбера есть чему поучиться многим нашим авторам.

Вполне справедливо Н. Барбер указывает на сохраняющиеся неясности в предмете конституционной теории и в задачах этой дисциплины, на усугубляющуюся разногласию в основополагающей терминологии⁶.

Можно высказать некоторые пожелания автору. Н. Барбер отчетливо видит (и показывает нам) эволюцию конституционализма как составной части современной цивилизации. Анализ успехов и трудностей в становлении конституционного государства в России на рубеже минувшего и нынешнего веков обогатил бы работу как фактологически, так и аналитически.

⁵ Суть документа сводится к значительному усилению контроля над почти всеми действиями членов правительства, в том числе не только со стороны вышестоящего лица — премьер-министра, но и постоянных секретарей министерств, юридически являющихся лицами, подчиненными министрам. Такая система «двойного контроля» способствовала упрочению не только административного, но фактически еще и общественного контроля над поведением членов правительства. Злоупотребления министров не искоренены полностью (вряд ли это осуществимо в большинстве стран), но встречаются они в Соединенном Королевстве на порядок реже, чем, например, в целом ряде стран — членов Европейского союза. За 60 с лишним лет действия данного акта сменилось свыше десятка кабинетов и было выявлено не более шести нарушений членами правительства Великобритании закона и процедурных правил. Самыми известными стали скандалы в связи с аморальными действиями министра обороны Дж. Профьюмо в 1963 г. (немедленно ушел в отставку и в дальнейшем не выставлял своей кандидатуры на выборах) и премьер-министра Т. Блейра в 2008 г. «Дело Блейра» вскрылось уже после отставки последнего с поста главы правительства.

⁶ По его подсчетам, в современных общественно-гуманитарных дисциплинах одних только определений государства насчитывается около 150.

В книге практически не проанализированы⁷ «срывы» в построении конституционного демократического государства, имевшие место в прошлом столетии, в частности, в Германии и Испании, Италии и Чили, Китае и Японии. Тем самым создается впечатление, что автором в большой степени недооцениваются трудности на пути движения социума к полноценному конституционализму, опасности движения к конституционализму номинальному.

Следует отметить легкий, непринужденный стиль Н. Барбера⁸.

Компактная, но содержательная в целом книга оксфордского исследователя является заметным вкладом в разработку многоплановых проблем, стоявших и стоящих перед современным конституционным демократическим государством. Остается пожелать успехов автору в продолжении работы в этом направлении.

⁷ За исключением нескольких строк на с. 119.

⁸ При рассмотрении правовых коллизий автор нередко приводит полушутливые примеры из сюжетов современных юмористических телепередач. Так, в разделе «Ответственность» Н. Барбер рассматривает вопрос об ответственности центрального персонажа известного голливудского телесериала «Альф» за материальный ущерб, причиненный его неожиданным прибытием из космоса имуществу частных лиц (с. 125).

LEGAL THOUGHT: HISTORY AND MODERNITY

A.A. Rubanov

CONCEPT OF HUMANITY IN INTERNATIONAL OUTER SPACE LAW

The source of the international outer space as well as any other international law is an international treaty. The treaty contains the rules of law, providing all states existing on the earth with certain rights and entrusting them with certain obligations.

Any international treaty deals with legal concepts. Considering the number of states participating in the international treaty, these legal concepts can be widely recognized.

The history of international law disposed that the legal concepts, included into four international treaties on outer space, have acquired general recognition and all of them mention the concept of humanity.

Keywords: international outer space, humanity, international treaty.

L.R. Siukiyainen

MODERN RELIGIOUS CONCEPTS OF HUMAN RIGHTS: THEOLOGICAL AND LEGAL APPROACHES COMPARED

Religious teachings have played a significant role in the development of human rights, but nowadays, they do not exert any serious influence on the latter. In recent decades, the major religions focus on developing their own human rights concepts which are compared to modern liberal theories. Such religious teachings differ in several relevant aspects. The beginnings of Buddhism and Protestantism do not reject the democratic and liberal understanding of human rights, but the Orthodoxy and Islam focus on opposing their attitudes to such interpretation. The question as to the possibility to take into account religious views within the framework of human rights legal theory remains open.

Keywords: religion, law, human rights, liberal approach, Buddhism, Protestantism, Catholicity, Orthodoxy, Islam.

P. Eleftheriadis

PARLIAMENTARY SOVEREIGNTY AND THE CONSTITUTION

The doctrine of parliamentary sovereignty of the United Kingdom parliament is often presented as a unique legal arrangement, one without parallel in comparative constitutional law. By giving unconditional power to the Westminster parliament, it appears to rule out any comparison between the Westminster Parliament and the United States Congress or the German Bundestag, whose powers are limited by their respective constitutions. Parliament in the UK appears to determine the law unconditionally and without limit. Nevertheless, a fuller understanding of parliamentary sovereignty as a legal and constitutional doctrine shows that this first impression is false. The nature of the British unwritten constitutional order is entirely similar to the written one prevailing in the United States or Germany. This is because the doctrine of parliamentary sovereignty, contrary to Dicey's classic view, does not consist in a single dominant idea but in a number of related and mutually supporting principles that constitute higher law. The way in which these principles interact is parallel to the interaction of the main clauses of the United States Constitution

or the German Basic Law. This analysis shows that the constitution, written or unwritten, never requires a *pouvoir constituant*. The constitution emerges from the law as the result of moral and political principles that breathe life into our public institutions.

Keywords: parliamentary sovereignty, British unwritten constitution, constitutional doctrine.

PORTRAITS OF RUSSIAN LEGAL SCHOLARS. V.A. TUMANOV: VOLTAIRE OF RUSSIAN LAW

The article is a homage to the memory of Vladimir Alexandrovich Tumanov, the ex-Chairman of the Russian Constitutional Court, the first Russian lawyer appointed as judge of the European Court of Human Rights. His colleagues can speak on his brilliant professional merits.

RUSSIAN LAW: CONDITION, PERSPECTIVES, COMMENTARIES

M.A. Krasnov

CONSTITUTIONAL LAW MECHANISM FOR RUSSIAN ECONOMIC POLICY

The article tackles the following questions — what public authority institutions and to what extent they are involved in developing economic policy, to what extent the process of developing this policy is subject to the laws and if it is necessary to regulate it. The author also suggests conceptual and existing in modern Russia conditions of working out economic policy and the importance to follow the requirement of succession.

Keywords: economic policy, economic strategy, political competition, subjects of developing economic policy, legal regulation of mechanism to develop economic policy.

A.Yu. Petrov

WORKING TIME: FUNDAMENTAL ASPECTS OF LABOUR LAW

The article is an attempt to formulate new approaches to define the essence and legal nature of working time. On the basis of the norms of the RF Constitution, Section Four of the RF Labour Code and foreign experience, the research has been tackled the concepts, content and types of working time. Some suggestions are made on improving legal regulation of working time.

Keywords: concept, content and types of working time, working time as a measure of labour, institute of labour law and element of labour legal relations, improving Section Four of the RF Labour Code.

A.S. Shatalov

CRIMINAL CASE PROCEDURE IN COURT OF APPEAL: submitting appeals, procedure for consideration, court decisions (analytical review)

The article is devoted to the issues concerning the concept, essence and content of appellate procedure to be enacted as of January 1, 2013. The article studies the development of this legal phenomenon and the problems of optimality as to its norm regulation in the RF legal procedure legislation. Analyzing new procedures, the author tries to understand the necessity to adapt the appeal procedure for the court decisions made at all the levels of Russian legal system.

Keywords: RF Code of Criminal Procedure, criminal procedure, appellate definition, appellate resolution, appellate sentence, appellate procedure, appeal of court decisions, court of appeal, court of appellate jurisdiction.

LAW IN MODERN WORLD

Y. Bazedov

EU COURT OF JUSTICE AND PRIVATE LAW: UNCERTAINTY, GENERAL PRINCIPLES AND ARCHITECTURE OF EUROPEAN LEGAL SYSTEM

The article studies the role of the EU Court in terms of the growing role of private law in the EU law, the evolution of reference procedure, concerning private law and the fragmentary nature of the EU private law legislation. Currently, the EU court practice is characterized with uncertainty and incompliance (as shown by some examples relating to the Brussels Convention) as to the issues of review for unfair conditions of consumer contracts and compensation of non-material damage. The necessity for general principles of the European private law can be to some extent satisfied with the Principles of European Contract Law and the Common Frame of Reference (CFR). These documents give an opportunity to make more principal decisions as recommended by the EU Court. Additionally, the article raises a question if the EU Court is an adequate judicial body to settle private law disputes in the union with 500 million people population. Though the practice of making up judicial chambers from among the judges of different member states should be kept, a certain decentralization at the level of the General Court, that is the former Court of First Instance is recommended.

Keywords: EU Court of Justice; General court; reference procedure; private law; general principles of EU private law; Common Frame of Reference; unsystematic and fragmentary character of EU private law acts; Single framework reference system, decentralization of the European judiciary.

A.A. Vishnevskiy

BANK DEPOSIT CONTRACT IN CONTEMPORARY BANKING LAW: COMPARATIVE LAW PROSPECT

The article considers different models of legal regulations of bank deposits contracts in different legal systems (Great Britain, France, Russia), with the conclusion that mitigating contractual bargaining powers is the main target of the legal regulation of bank deposit contract, which is achievable with the means specific for a particular legal system.

Keywords: bank deposit, bank deposit contract, bank client, consumer protection in financial services.

A.G. Osipov

INTERNATIONAL LAW ASPECTS OF CULTURAL AUTONOMY

The article seeks to analyze in what ways international law can facilitate or limit ethnicity-based non-territorial autonomy (NTA). NTA serves as a category of practice lacking a uniform understanding. NTA has gained two basic interpretations: as a collective entitlement to promote ethnicity, language and culture and as the idea of granting certain public functions and resources to self-governing organisations. Some 'soft law' provisions explicitly employ the notion of non-territorial autonomy or self-administration; they are

declaratory and far from being instrumentalised. However, there are more specific and instrumental provisions as well as case-law which fit into the second understanding of NTA; but these approaches are more restrictive than of the first cluster. This gap can be explained in terms of differences between symbolic and instrumental policies, taking into account the ideological function of international law, or the function of generating non-controversial macro-narratives.

Keywords: autonomy, ethnic groups, self-determination, collective rights, fictitious norms.

D.L. Stolyarov, E.A. Mishina

REVERSE MORTGAGE: REVIEW OF INTERNATIONAL PRACTICE

This article focuses on the reverse mortgage as a tool to enhance the well-being of the elderly by providing a way to use owned and occupied real estate to generate income in retirement. We describe the key features and history of the reverse mortgage program in the United States, with a particular focus on the types of mortgages offered, state support for the program, consumer protection and lender regulation. We compare the US experience to that of the other countries with developed reverse mortgage markets, such as the UK, Australia and Canada.

Keywords: reverse mortgage, well-being of the elderly, consumer protection, consumer credit.

REFORM OF LEGAL EDUCATION

S.G. Kamolov, I.A. Korzhov

ISSUES OF PROFESSIONAL UPGRADING AMONG STATE AND MUNICIPAL EMPLOYEES

This article deals with the issue of improving the quality and efficiency among public administration in the Russian Federation in the context of public employee training. Suggestions are made to improve training models for civil servants including the development of Competence Centers.

Keywords: public authorities, local governments, public employee, municipal employee, training of public and municipal employees.

BOOK REVIEW

S.Yu. Danilov

CONTEMPORARY BRITISH LEGAL DOCTRINE: VIEW AT CONSTITUTIONAL STATE

The review contains analysis of “The Constitutional State” by Nicholas Barber (Oxford, 2010). The book presents current trends of recent development of constitutional law theory in United Kingdom. Advances of Professor Barber work are in complex methodology of research giving him an opportunity to combine fruitfully approach of constitutional law, political science and philosophy. The book has solid theoretical base. It is distinguished by unbiased author position and his informal style.



NATIONAL RESEARCH
UNIVERSITY

Национальный исследовательский
университет «Высшая школа экономики»

XIV Апрельская международная научная конференция «Модернизация экономики и общества»

2–4 апреля 2013 года в Москве состоится XIV Международная научная конференция по проблемам развития экономики и общества, проводимая Национальным исследовательским университетом «Высшая школа экономики» при участии Всемирного банка и Международного валютного фонда. Председателем Программного комитета конференции является научный руководитель НИУ ВШЭ профессор Е.Г. Ясин.

Специальные темы конференции: «*Мировой экономический кризис и российская экономика*» и «*Институты и новая социальная политика*». Специальным темам конференции будут посвящены пленарные заседания, а также отдельные почетные доклады, секции и круглые столы.

После пленарных заседаний в рамках секционных заседаний будут проводиться сессии с представлением научных докладов и экспертные круглые столы по актуальным проблемам развития экономики. В рамках конференции будут организованы специальные сессии с презентацией результатов исследований международных научных лабораторий ВШЭ. Секционные заседания и заседания круглых столов в рамках конференции будут проходить по следующим направлениям:

Макроэкономика и экономический рост	Региональное развитие
Проблемы государственного управления	Города и агломерации
Финансовые институты и рынки	Теоретическая экономика
Наука и инновации	Экономическая история
Фирмы и рынки	Социально-культурные процессы
Экономика и право	Общество и социальная политика
Мировая экономика	Менеджмент
Международные отношения	Развитие образования
Местное самоуправление и гражданская самоорганизация	Развитие здравоохранения
	Социология
Политические процессы	Управление общественным сектором
Демография и рынки труда	Медиа-коммуникации

Рабочими языками конференции являются русский и английский.

Заявки на выступление в качестве индивидуальных докладчиков на сессиях следует направлять в Национальный исследовательский университет «Высшую школу экономики» с **10 сентября 2012г. до 12 ноября 2012г.** Регистрация заявок в режиме on-line проводится по адресу: <http://conf.hse.ru/>. Там же размещена информация о размере регистрационных взносов и условиях публикации материалов конференции.

С программами и материалами I–XIII международных научных конференций (2000–2012 гг.) можно ознакомиться на сайте: <http://conf.hse.ru/2012/history>.

Оргкомитет конференции

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. Авторам⁴ 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 12.03.2012. Формат 70×100/16

Усл. печ. л. 16,25. Тираж 600 экз.