

Право

журнал
высшей
школы
экономики

2/2012

ЕЖЕКВАРТАЛЬНЫЙ НАУЧНО-АНАЛИТИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ

Учредитель

Национальный
исследовательский
университет «Высшая
школа экономики»

Редакционный совет

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

Редакционная коллегия

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

Главный редактор

И.Ю. Богдановская

Адрес редакции

119017 Москва, ул. Малая
Ордынка, 17, офис 212
Тел.: (985) 220-99-87
<http://law-journal.hse.ru>
e-mail: lawjournal@hse.ru

Адрес издателя

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

© НИУ ВШЭ, 2012

Правовая мысль: история и современность

Г.А. Гаджиев

Конституционно-правовое концептуальное пространство и его ценности 3

Т. Эндикотт

Перспективы развития права в сфере прав человека 18

И.В. Гетьман-Павлова

Французская доктрина международного частного права в XVIII веке 28

Российское право: состояние, перспективы, комментарии

В.А. Сивицкий

О динамике типологии решений Конституционного Суда
Российской Федерации 44

Т.А. Полякова, И.В. Зимин

Актуальные проблемы правового обеспечения юридической
значимости электронных документов 61

А.Б. Панов

О малозначительности административных правонарушений 68

Право в современном мире

С.Ю. Данилов

Правовое регулирование «специального статута» субъекта федерации:
дифференциация права на примере статута Квебека 87

Й. Стиеранка, О. Бусарова

Противодействие легализации доходов, полученных преступным
путем, и финансированию терроризма в Словацкой республике 97

А.Ш. Маралбаев

Развитие системы законодательства Кыргызской Республики
в условиях переходного периода 124

А.С. Касаткина

Современные кодификации международного права в странах
Юго-Восточной Азии (Китайская Народная Республика и Япония) 132

Л.М. Белкин

Гарантии свободы творчества и границы их ограничения
в решениях Европейского суда по правам человека 154

Реформа юридического образования

А.Н. Козырин

Преподавание финансового права в магистратуре 162

Дискуссионный клуб

Л.Р. Сюкияйнен

Современные религиозные концепции прав человека:
сопоставление теологического и юридического подходов 178

Summary

000



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

Legal Thought: History and Modernity

- G.A.Gadzhiev**
Conceptual Space of Constitutional Law and Its Values 3
- T.Endicott**
Perspectives of Law in Human Rights 18
- I.V.Get'man-Pavlova**
French Doctrine of Private International Law in XVIII century 28

Russian Law: Conditions, Perspectives, Commentaries

- V.A.Sivitskiy**
Dynamics in Typology of Decisions Taken by the Constitutional Court of Russian Federation 44
- T.A.Polyakova, I.V.Zimin**
Topical Problems of Legal Support of Judicial Significance of Electronic Documents 61
- A.B.Panov**
On Insignificance in Administrative Offences 68

Law in Modern World

- S. Yu.Danilov**
Legal Regulation of "Special Status" for Federation Subject: Legal Differentiation. Quebec case-study 87
- J.Stieranka, O.Busarova**
Counteracting Legalization of Criminally Received Profits and Financing Terrorism in Slovak Republic 97
- A.Sh. Maralbaeva**
Candidate at the Chair of Theory and History of State of Law Faculty. Kyrgyz-Russian Slavic University 124
- A.S. Kasatkina**
Modern Codifications of Private International Law in the Countries of South East Asia (the Chinese National Republic and Japan) 132

- L.M. Belkin**
Guarantees of Freedom of Artistic Expression and Its Limits in Decisions of the European Court of Human Rights 154

Legal Education Reform

- A.N. Kozyrin**
Teaching LLM Students Financial Law 162

Discussion Club

- L.R. Siukiyainen**
Modern Religious Concepts of Human Rights: Theological and Legal Approaches Compared 178

- Reviews** 000

- Summary** 000



Г.А. Гаджиев

заведующий кафедрой
гражданского права
юридического факультета
Санкт-Петербургского
филиала Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики», судья
Конституционного Суда
Российской Федерации,
доктор юридических наук

Конституционно- правовое концептуальное пространство и его ценности

Частью правового концептуального пространства является конституционно-правовое концептуальное пространство. Онтологическая структура конституционного права состоит из трех слоев — принципы права, позитивное конституционное право, традиции и сложившаяся практика. В третьем слое можно выделить также конституционно-правовую этику. Конституционно-правовой концептуализм является разновидностью юридического позитивизма. Необходимо учитывать ограниченность концептуализма в праве, не преувеличивать значение знаково-символической концептуальной реальности в виде текста Конституции Российской Федерации.

Ключевые слова: правовое пространство, онтология конституционного права, аксиология конституционных принципов, традиции и конституционно-правовая этика, интерналистский и экстерналистские подходы.

Есть ли у конституционного права свои ценности, и если да, то какие? Как соотносятся конституционно-правовые и нравственные ценности? Казалось бы, простые вопросы. В статье 2 Конституции Российской Федерации содержится положение (само по себе являющееся вполне ценностным суждением), что человек, его права и свободы являются *высшей ценностью*. Но это только высшие конституционные ценности, что означает наличие и других конституционных ценностей и существование иерархически построенной объективной системы конституционных ценностей. В части 3 статьи 55 Конституции Российской Федерации, например, установлено, что права и свободы (являющиеся высшей ценностью) могут быть ограничены в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Все перечисленные цели представляют собой, тем самым, конституционные ценности. Особенно важными ценностями являются конституционные принципы, образующие основы конституционного строя (гл. 1 Кон-

ституции Российской Федерации). В качестве конституционной ценности сквозь призму ст. 55 Конституции характеризуется и система моральных ценностей.

Но только два компонента из массы конституционных ценностей могут быть охарактеризованы как объективная система ценностей. Основные права человека и гражданина и конституционные принципы отличаются от эстетических, моральных, религиозных ценностей тем, что эти коллективные ценности юридизированы и являются важнейшей частью особого интеллектуального пространства — конституционно-правового концептуального пространства.

Для того чтобы выяснить содержание и смысл данного понятия, необходим онтологический анализ того, что представляет собой правовая реальность как предметная область приложения правовой науки и в каком соотношении правовая реальность находится с овеществленным миром, реальным бытием. Бытие — это одна из основных философских категорий, нечто реально существующее, т.е. то, что есть. Прошлое, настоящее и будущее бытие в своем единстве образуют реальность¹.

Питер Бергер и Томас Лукман обратили внимание, что реальность — это качество, иметь бытие и независимое от нашей воли. Допуская множество реальностей, авторы особо выделяют реальность повседневной жизни, называя ее высшей реальностью. По сравнению с реальностью повседневной жизни другие реальности оказываются конечными областями значений, анклавами в рамках высшей реальности, отмеченными характерными значениями и способами восприятия². По сути, эти же онтологические идеи высказывал известный русский философ права Б. Кистяковский. Он писал, что окружающая нас жизнь — это не однородная реальность, она представлена **несколькими различными реальностями**. Одно дело — реальность физических вещей (вещный мир), другое — духовная реальность литературного или художественного произведения. Эти различные реальности тесно связаны между собой и как бы опираются друг на друга. Возвращаясь к чисто эмпирическому понятию реальности и поставив вопрос, какова реальность права в целом, Б. Кистяковский высказывает мысль о том, что реальность права, с одной стороны, является психической, а с другой — духовной, но отнюдь не физической. К правовой реальности относится и общественно-государственная организация, состоящая из правоотношений и правовых учреждений. Право, как и всякая культурная ценность, является произведением человеческого духа, но при своем объективировании произведения человеческого духа всегда получают то или иное материальное воплощение. Заключительные выводы Б. Кистяковского о правовой реальности сводятся к следующему: «Если мы после всего сказанного сравним реальность права с реальностью рассмотренных нами различных видов культурных благ, то мы прежде всего, конечно, должны будем признать **своеобразие той реальности, которая присуща праву**. Ее следует поставить приблизительно посередине между реальностью произведений скульптуры и живописи, с одной стороны, и произведений литературы и музыки — с другой. Но все-таки ее придется признать немного более близкой к реальности первого вида культурных благ, чем второго»³.

¹ См.: Иконникова Т.И., Ляшенко В.П. Философия права. М., 2007. С. 119.

² См.: Бергер П., Лукман Т. Социальное конструирование реальности. Трактат по социологии знания. М., 1995.

³ Кистяковский Б. Социальные науки и право. Очерк по методологии социальных наук и общей теории права // Философия и социология права. СПб., 1998. С. 184.

Б. Кистяковский отмечал, что вопрос о реальности права чрезвычайно сложен и труден. В сущности, это методологический вопрос о научном познании права. В противоположность реальности материального мира, которую мы непосредственно и интенсивно ощущаем с помощью переживаний, правовая реальность, согласно Б. Кистяковскому, — это особая реальность.

Принадлежащий к блестящей московской школе философии права, возникшей в начале XX в., Николай Николаевич Алексеев, рассуждая о том, является ли положительное право частью бытия (в смысле, который вкладывал в эту онтологическую категорию Гегель, — хотя прямо эта идея Алексеевым не высказана), по сути, приблизился к объяснению того, что представляет собой правовая реальность, которая, с одной стороны, противостоит эмпирической реальности, а с другой стороны, сама является «фактом», бытием (но бытием «сверхопытным», идеальным, символическим). Правовая реальность существует наряду с **другими реальностями** — реальностью физической жизни, виртуальной реальностью.

По выражению Н.Н. Алексеева, так же «фактичны» математические формулы, образующие концептуальное пространство математики, или ноты и музыка как особый концепт. Все это можно охарактеризовать как «определенный род бытия», «особый мир». В правовой действительности происходит преобразование вещного мира. В результате юридического восприятия действительности, формирования особого рода мышления — юридического — происходит отражение действительности в этом кривом зеркале. Право — это очень искаженное зеркальное отражение действительности, поскольку оно неизбежно использует разного рода фикции. В этих рассуждениях автора проявляется его увлечение феноменологией и особенно влияние ее основателя Эдмунда Гуссерля. Правопорядок, как и нравственный порядок, по мнению Н.Н. Алексеева, «сам по себе есть фикция». Основные нравственные и юридические понятия — суть виды практических фикций⁴.

Что же означает используемое в настоящей статье понятие правового концептуального пространства? Это, как мы полагаем, одна из категорий юридической онтологии.

Фактическая действительность овеществлена, осязаема, видима, материальна. Стены изгороди — вот пример той части вещного мира, которая показывает всем, что какая-то часть вещного мира, недвижимости находится в обладании каких-то субъектов права. Можно представить себе такую гипотетическую ситуацию, как одномоментная отмена всех законов. Но и при таком мыслимом исчезновении правового пространства пространство реальной действительности со всеми стенами и изгородями останется. Право собственности, акты регистрации недвижимости реальны, но это особая правовая реальность. Можно представить себе современный коттедж где-нибудь в окрестностях Санкт-Петербурга. Перед взглядом обывателя предстает достаточно дорогое строение, которое может быть оценено, например, в 1 млн долл. Но это же строение глазами юриста предстанет совершенно иным, если он обладает информацией, что дом возведен самовольно или есть проблемы с его регистрацией. Цена этого строения, его ликвидность резко снижаются. Юристы в отличие от обывателей воспринимают две разные реальности — обычный реальный мир и правовую реальность. Изучающие право студенты постигают правовую

⁴ См.: Алексеев Н.Н. Основы философии права. СПб., 1999. С. 21.

реальность с помощью, образно говоря, особых юридических очков, через которые реальный мир предстает в ином качестве.

Эрнандо де Сото пишет, что частью правового пространства является понятие права собственности. Именно зарегистрированное право собственности представляет собой ценность, капитал, который возникает благодаря его отражению в записях о праве собственности, о залоге в тексте договоров и в прочих подобного рода юридических бумагах, фиксирующих экономически наиболее полезные характеристики отношений активов в противоположность зримым качествам самих вещей⁵. В то время как человек переключает свое внимание на право собственности, на наличие государственной регистрации, а не на сам дом, он сразу же переходит в иное концептуальное пространство, в котором «живут» субъекты и объекты прав и другие явления. Это и есть правовое концептуальное пространство (ПКП).

То, что право собственности — это явление правовой реальности, легко убедиться, когда недвижимость (дом) переходит из рук в руки. Глядя на дом, нельзя определить, кто является его собственником. В материальном мире после смены собственника ничего не меняется. Дом останется таким же, если его сдали в аренду или в залог. Право собственности на дом — это не сам дом, а часть правовой концепции. Большая часть объектов недвижимости, если они одновременно «отображены» в правовом концептуальном пространстве, самым неожиданным образом увеличивает свою стоимость. Миф о царе Мидасе, который превращал в золото все, к чему прикасался, — это отличный образ идеальной правовой системы, где налажены регистрационные механизмы. Дом может использоваться и для проживания, и как обеспечение при получении кредита, и как источник инвестиционных средств — и все это увеличивает его стоимость. Гениальную мысль высказал Аристотель, который заметил, что возможности что-либо делать с вещами бесконечно возрастают, когда наше мышление концентрируется на их скрытых возможностях!

В правовом концептуальном пространстве обитают образы реальных вещей и субъектов. Правовое концептуальное пространство проделало длительный исторический путь развития. В Новое время наиболее сильным являлось, пожалуй, влияние немецкой правовой науки, которая в XIX в. в основном представлена исторической школой права, основанной Ф. Савиньи. В традициях этого направления юриспруденции было стремление к предельной автономизации правового концептуального пространства, ограждение его от прочих научных дисциплин. Это типично концептуальная юриспруденция, по выражению Р. Иеринга, — «юриспруденция понятий». Юристы создали автономный, замкнутый мир правовых понятий и считали, что право может быть свободно от субъективных суждений правоприменителя, поскольку правовое концептуальное пространство позволяет получить решение правовой проблемы во всех мыслимых случаях посредством применения объективных методов (например, аналогия закона или права) в рамках замкнутой логической системы юридических норм.

Правовое концептуальное пространство исторически появилось в результате усилий ученых-юристов, которые в известном смысле мифологизировали реальную жизнь. Появление в римском праве понятия «*persona*» (субъект права) знаменовало начало правовой мифологизации. Савиньи говорил, что право можно

⁵ См.: Эрнандо де Сото. Загадка капитала. М., 2001. С. 56.

воспринимать как саму жизнь человеческую, увиденную со **специфической точки зрения!** Он также часто повторял, что право — это мир человеческих взаимоотношений в **преобразованном** юридическом виде⁶.

Итак, правовое концептуальное пространство — это юридизированная действительность, результат юридического мышления. Право — это юридическая картина мира, фиксирующая должное, идеальное поведение человека.

Г. Радбрух считал, что право может быть определено как совокупность предписаний, общих по своей природе и регулирующих отношения между людьми в обществе. Будучи последователем Канта, он получил это определение не индуктивно, обобщая отдельные правовые явления, а дедуктивно вывел его из правовой идеи. Согласно Радбруху, понятие права содержит целый ряд отдельных **правовых понятий**, как и право, априорных по своей природе. Они первичны; это не результат, а инструмент науки; это не случайно обобщенная совокупность правовых явлений, а необходимые категории **юридического мышления**. Речь идет о таких правовых понятиях, образующих основы правового концептуального пространства, как понятия правовой нормы, ее составных частей, предмета регулирования, фактического состава, правовых последствий, источников права, правомерного и неправомерного поведения.

Юридическое мышление имеет отличительные характеристики:

- 1) мифологизирует действительность;
- 2) оперирует априорными понятиями;
- 3) оценочно, поскольку упорядочение человеческих отношений осуществляется посредством отделения юридически существенного от юридически безразличного⁷.

Описать правовое концептуальное пространство так же сложно, как и описать пространство Вселенной. Его формирование начинается с появления автономных, сугубо юридических понятий. Субъект права, *persona* в римском праве — это не реальный человек с определенными биологическими признаками, а правовое существо.

В ходе длительного исторического развития сложился мир юридических понятий, тех самых «конечных областей значений», о которых писали социологи П. Бергер и Т. Лукман. Свой вклад в появление юридического концепта внесли и римские юристы, и средневековые комментаторы римского права (глоссаторы и постглоссаторы), и немецкие пандектисты. С нашей точки зрения, высшей точкой этой интеллектуальной параболы является «чистое учение о праве» Ганса Кельзена, который в качестве общей предпосылки своей теории рассматривал утверждение, что принципиально важно подчеркивать различие между «сущим» и «должным», между действительностью и нормой, между фактами и ценностями⁸. Г. Кельзен обнаружил две новые характеристики правового концептуального пространства — иерархия норм и их действительность.

⁶ См.: *Савиньи Ф.* Римское право в Средние века // *Немецкая историческая школа права.* Челябинск, 2010.

⁷ См.: *Радбрух Г.* Указ. соч. С. 47.

⁸ См.: *Василий Лукашевич, Оршоа Шалат.* В поисках чистоты в юридической науке (краткий очерк философии права Ганса Кельзена) // *Сравнительное конституционное обозрение.* 2008. № 3. С. 178.

Иерархия норм описана Кельзеном как *взаимозависимость норм* и их производность друг от друга. Правовая *система* является динамической системой, следовательно, каждая норма участвует в создании норм более низкого уровня, производных от нее. Иерархию норм, состоящую из нескольких уровней, от самых абстрактных норм наверху до самых конкретных внизу, можно обнаружить, анализируя структуру права. Иерархия норм основана на понятии действительности правовых норм, которое, в свою очередь, определяет *единство* правовой системы. С точки зрения чистой теории права, единственным смыслом, в котором понимается иерархия норм, является взаимозависимость отношений действительности норм права.

Действительность нормы в конкретной правовой системе, согласно Кельзену, должна определяться с точки зрения структурных соображений, когда нормы более высокого уровня предопределяют действительность норм более низкого уровня, следовательно, гарантируют принадлежность нормы к системе. Принципиально, что в чистой теории права понимание действительности нормы отличается от обычно используемого понимания действительности нормы, когда подразумевается ее юридическая сила. Чистая теория права предполагает существование так называемой *основной нормы (Grundnorm)*, под которой понимается гипотетическая, предполагаемая норма, чье существование является необходимой логической предпосылкой. Это такая норма, благодаря которой все остальные нормы могут претендовать на действительность. Довольно близкой к основной норме является одна из основных презумпций любой системы права — «правовые нормы следуют соблюдать». Таким образом, значение основной нормы не в ее содержании, а в том, что она определяет структуру правовой системы и критерии действительности правовых норм⁹.

Именно эти характеристики правовой реальности легли в основу идеи Кельзена о судебном конституционном контроле. Не случайно, что именно Ганс Кельзен является идейным творцом конституционных судов в Европе.

По существу, Г. Кельзен обосновал специфику и необходимость признания особого *конституционно-правового концептуального пространства*, хотя он и не оперировал этим понятием. В основе данного онтологического понятия, с нашей точки зрения, лежит особый мир базовых конституционно-правовых понятий. Понятия конституционного права широко используются и в других отраслях права. Допустим, понятие «жилище» используется в уголовном процессе, в семейном и жилищном праве. Но только в конституционном праве это юридическое понятие имеет предельно широкий и в силу этого автономный от юридически синонимичных понятий других отраслей права смысл. К числу самых важных конституционно-правовых понятий относятся понятия «народ», «воля народа», «государственная власть», «разделение власти», «демократия», «республиканизм», «свобода», «справедливость» и т.д. Свобода выражения мнения в пространстве специфических понятий конституционного права означает не только слова, но и действия, поступки.

Исторически концептуальное пространство конституционного права возникло в эпоху Великой французской революции, когда философы-энциклопедисты обсуждали, что же такое «свобода — равенство — братство». Эти идеи стали общими, когда они частично трансформировались в провинциальный тогда колониальный

⁹ См.: Василий Лукашевич, *Ориша Шалат*. Указ. соч. С. 180–181.

американский конституционализм. Американское общество, свободное от множества общественных предрассудков, породило новую разночинную политическую элиту, которая продвинула вперед идею об общих конституционных ценностях. И уже после Второй мировой войны возникло единое для цивилизованных наций конституционно-правовое концептуальное пространство. Оно возникло, когда был достигнут важнейший консенсус по поводу основных прав и свобод человека.

Фундамент структуры конституционно-правового концептуального пространства образуют главные конституционно-правовые ценности, с которых мы и начали анализ конституционно-правового пространства. Мы убеждены, что предлагаемое понятие «конституционно-правовое концептуальное пространство» может послужить основой для развития нового направления в исследованиях конституционно-правовой онтологии. Методологическая ценность предлагаемого понятия обусловлена тем, что с его помощью в научный оборот вводится несвойственное для юриспруденции *пространственно-временное мышление*, которое может дать новые и неожиданные результаты.

Как уже отмечалось, реальность — это прошлое, настоящее и будущее бытия. Конституционно-правовая реальность также должна рассматриваться как триединство прошлого — настоящего — будущего. При этом пространство конституционно-правовой реальности не может быть ограничено рамками одного государства. По сути дела, это спецификация идеи Георга Еллинека о том, что правоведение унизит себя, если поместит себя в государственные рамки и будет наукой только национального права¹⁰.

Конституционные ценности — прежде всего конституционные принципы и объективная система основных прав и свобод — как основное содержание конституционно-правового концептуального пространства, общего для всего цивилизованного человечества, являются достоянием всего человечества. Именно в этом смысле в Преамбуле российской Конституции говорится, что российский народ сознает себя частью мирового сообщества.

Вместе с тем, объективно существующей реальностью является и то, что *представления* о конституционных принципах и основных правах отражают особенности исторического, культурного развития. Именно имея в виду эти особенности исторической судьбы нации, можно утверждать, что конституция каждого государства кодифицирует не только важнейшие юридические нормы, но и сложившиеся социокультурные традиции и в этом смысле — отношения с прошлым¹¹.

Связь с прошлым порождает порой неожиданные для европейского конституционализма представления о российских конституционных ценностях. Как тут не вспомнить ироничную фразу русского историка Ключевского о мудрых российских преобразователях, которые, любясь, как реформы преобразовали русскую старину, не заметили, как старина незаметно преобразовала реформы.

Разные юридические представления о ценности таких конституционных принципов, как экономическая свобода и социальное государство, — это только надводная часть айсберга. В глубине — разные философские традиции, две различные интеллектуальные параболы, сложившиеся на европейском континенте, в Англии и США.

¹⁰ См.: Еллинек Г. Общее учение о государстве. СПб., 1908. С. 47.

¹¹ Вспомним слова из Преамбулы российской Конституции: «что память предков...»!

Можно предположить, что эти две параболы различаются потому, что опираются на различные философско-правовые основы. Для европейских юристов безусловным философско-правовым авторитетом был И. Кант. А в Англии и в Соединенных Штатах он был менее популярен, чем в Европе, поскольку там большим уважением пользовался утилитаризм И. Бентама. Одним из постулатов утилитаризма является ценность экономической свободы, которая представляет собой юридическое конституционно-правовое понятие. Путем экономической свободы лучше всего можно обеспечить экономическую эффективность. Образно выражаясь, экономическая свобода, с точки зрения американских юристов и философов права, — это юридические одежды эффективности. На европейском континенте всегда в большем почете была правовая этика.

В связи с этим можно вспомнить идею Э. Дюркгейма о том, как разделение общественного труда с необходимостью приводит к появлению социальной солидарности¹². По сути разделение труда имеет не только экономический смысл, но и важное нравственное, этическое значение, поскольку солидарность — это этическая категория. Солидарность предполагает безусловное признание всеми членами общества определенного минимума объединяющих людей общих ценностей, обозначающих то, что Э. Дюркгейм называл «коллективным сознанием». Их не нужно придумывать, это не априорные моральные ценности Канта, их нужно лишь коллективно отобрать из *ценностей*, уже функционирующих в общественном сознании и в социокультурных традициях.

Так человечество и поступило, создав Всеобщую декларацию прав человека. Появились коллективные ценности — конституционные, и они существуют наряду с индивидуальными, в том числе с индивидуально-национальными ценностями. Их столкновение — это одно из основных диалектических противоречий, приводящих в движение российскую правовую систему.

Концепция социального государства, идея государственного регулирования экономических отношений, укрепление доверия к экономическим институтам имеют этическую природу, образуя то, что весьма условно можно назвать конституционно-правовой этикой. В тексте американской Конституции есть положения о свободе договора, о защите собственности, но нет ничего о социальном государстве, о солидаризме.

По вопросу «регулирование — дерегулирование» экономических отношений европейские воззрения (дирижизм) и американские (свобода рынка) расходятся еще больше. С нашей точки зрения, отражением в сфере конституционного права данных расхождений является то, что по-разному решается проблема соотношения разных конституционных принципов. Как известно, самые важные конституционные нормы — это те, которые содержат конституционные принципы (в российской Конституции — нормы первой главы)¹³. Это конституционные положения о правовом

¹² См.: Дюркгейм Э. Социология. Ее предмет, метод, предназначение. М., 1995. С. 326.

¹³ Принципиальную разницу между конституционными нормами, закрепляющими принципы, и теми конституционными нормами, которые содержат обычные нормы государственного права, показал Густаво Загребельский. См.: Загребельский Г. Толкование законов: стабильность или трансформация? // Сравнительное конституционное обозрение. 2004. № 3. С. 80–82. Именно нормы о конституционных принципах «выполняют собственно конституционную функцию, а именно формируют общие условия жизни общества».

и о социальном государстве, о разделении властей, экономической свободе, республиканизме, справедливости и т.д. На первый взгляд кажется, что конституционные принципы неизменны, в каком-то смысле метафизичны. На самом деле они обладают необходимой юридической гибкостью, поскольку подвергаются диалектическому изменению посредством изменения представлений об этих принципах.

Конституционный Суд Российской Федерации нередко сталкивается с противоречиями между представлениями о различных конституционных принципах, да и сами конституционные принципы могут быть внутренне противоречивы (достаточно вспомнить про конституционный принцип справедливости, упоминание о котором можно обнаружить в абз. 6 Преамбулы Конституции Российской Федерации). При этом противоречивость конституционных принципов является рефлексией как противоречивой природы устремлений человека, так и тех многочисленных противоречий, из которых соткана современная общественная жизнь.

Поиск баланса, согласование конституционных принципов — вот чем обычно занимается Конституционный Суд, вырабатывая правила их уравнивания, поскольку все конституционные принципы *равноценны* и между ними, как правило, нет иерархии.

В основе идеи уравнивания, в том числе и конституционных принципов, лежит рационализм, означающий, что: а) все конституционные принципы должны сосуществовать; б) лучшим способом их сосуществования является такое истолкование одного конституционного принципа, когда новые представления о нем позволяют усилить регулятивный эффект от другого конституционного принципа (принципов); в) возможно не только уравнивание двух конституционных принципов, но и усиление значения, «возвеличивание» одного из них в определенный период времени. Балансировка конституционных принципов — это поиск рационального, проявляющегося в пропорциональности, соразмерности. Принцип пропорциональности, являясь одной из конституционных ценностей, становится в конституционном праве универсальным методом решения юридических задач.

В основе идеи о равноценности конституционных принципов, с нашей точки зрения, лежат философско-правовые представления американских ученых, которые считают, что каждый из конституционных принципов выражает определенный интерес большой социальной группы людей. При этом, с точки зрения конституционного права, такие интересы и выражающие их конституционные принципы являются *равноценными*, поскольку особенность конституционно-правовой аксиологии в том, что она не признает иерархии между ними.

С точки зрения конституционно-правовой онтологии возникает интересный феномен, поскольку в равноценных конституционных принципах «размещается» множество важнейших социальных интересов. Это одна из самых загадочных сфер конституционного права! В особой юридической форме конституционных принципов, в основах конституционного строя содержится информация о самых важных социальных интересах, существующих в реальной действительности. В конституционно-правовом концептуальном пространстве конституционные принципы являются особыми знаковыми носителями основополагающей юридической информации, и именно в этом состоит их конституционно-правовая ценность.

Исходя из этого, становится более понятным предназначение конституционных принципов в правовом концептуальном пространстве. Они нужны для выра-

ботки базовых консенсусов в обществе, в котором всегда существуют противоречивые социальные интересы.

Поиск баланса между равноценными, но вместе с тем антиномичными конституционными принципами — это прием своего рода подведения черты под противостоящими точками зрения, служащий целям гармонизации общественной жизни. Одновременно представляется исключительно важным обратить внимание на такую онтологическую закономерность, как *бинарность* конституционных принципов. В основах конституционного строя гарантируется конституционный принцип экономической свободы. С его помощью обеспечиваются социальные интересы экономически энергичных членов общества — предпринимателей, работодателей, частных собственников. Другая категория граждан, которая нуждается в помощи государства, находится «под зонтиком» конституционного принципа социального государства. Юридический принцип экономической свободы системно взаимосвязан с экономическими принципами эффективности и максимизации прибыли, а принцип социального государства связан с экономическими процессами перераспределения получаемой предпринимателями прибыли. Получается взаимосвязанная (в силу разнополюсности интересов) пара конституционных принципов.

Другой такой парой конституционных принципов, которую можно привести в качестве иллюстрации идеи бинарности, являются конституционные принципы свободы выражения мнений и свободы выборов. Столь же противоречивы и конституционные положения, которые, с одной стороны, гарантируют неприкосновенность частной жизни, а с другой — защищают свободу прессы. Аналогичная парность возникает и применительно к защите интересов женщины и интересов ребенка и общества при решении проблемы абортов (точно так же — проблемы эвтаназии, искусственного оплодотворения). Возможно, бинарность конституционных принципов как онтологическая закономерность является проявлением формального равенства, которое, по мнению В.С. Нерсисянца, является необходимым способом бытия свободы в обществе¹⁴.

Традиция рассматривать конституционные нормы о правах человека и конституционные принципы как взаимосвязанные, а не как дискретные, отдельные правовые единицы опять же является американской, а не европейской. Великий американский юрист Оливер Венделл Холмс в эссе «Путь права» писал: «Судьям не удалось адекватно признать своим долгом *взвешивание* соображений социальной выгоды»¹⁵.

Итак, конституционно-правовые принципы существуют в конституционно-правовом концептуальном пространстве не изолированно, а во взаимосвязи друг с другом. При этом «парные» конституционные принципы нередко вступают в коллизионные отношения друг с другом, и эти коллизии создают динамику всего пространства — конституционно-правовой реальности. Ее можно сравнить с детским калейдоскопом, в котором при легком повороте руки меняется мозаичная картинка. Бинарность конституционных принципов помогает конституционному праву проявить свою социальную ценность, которая состоит в стабилизации социальной жизни, расширении пространства мира и согласия.

¹⁴ См.: Нерсисянц В.С. *Философия права*. М., 2006. С. 39. Как отмечал В.С. Нерсисянц, не будучи введена в единую всеобщую норму (равную меру, определяемую взаимным и равным ограничением свободы всех участников социального общения), свобода превращается в произвол.

¹⁵ Holmes O.W. *The Path of the Law* // Boston Law School Magazine. Vol I. 1897. № 4. P. 9.

Конституционное право не способно определить, в каком направлении будет развиваться социальная жизнь. Так, в ст. 38 (ч. 1) Конституции России установлено, что семья находится под защитой государства. Однако зададимся вопросом — какая семья? Является ли конституционной ценностью традиционная семья и только такая семья? Или же фактические брачные отношения тоже подпадают под понятие семьи в ее развитии¹⁶? Именно поэтому конституционные принципы не должны, подобно железным обручам, связывать постоянно развивающуюся социальную жизнь. Система конституционных ценностей (а это прежде всего конституционные принципы) не должна представлять собой заранее установленную априорную данность. Конституция в виде своих принципов содержит лишь элементы, которые, как мозаика в калейдоскопе, создают новые картины социального мира.

По сути, сложилось и два разных типа аргументации — экстерналистский и интерналистский. Юридический позитивизм призывает к строгому следованию исключительно нормам позитивного права и исключает возможность использования иных аргументов — социологических, экономических, нравственных, исторических при решении вопроса о целесообразности признания судами новых прав человека. Это и есть интерналистский подход, означающий отмежевание правового пространства от иных (экономического, нравственного и т.д.). Политика права, с этой точки зрения, является чем-то внешним по отношению собственно к праву, и занятие ею — удел политиков.

Экстерналистский тип аргументации позволяет избежать крайностей и излишнего формализма правового концепта. Для этого направления юридической науки характерно использование открытых способов аргументации — социологических и статистических фактов, экономических соображений, моральных аргументов.

А. Шайо считает, что юридическая наука и судебная практика должны разрабатывать теорию, которая позволяла бы в определенной степени полагаться на новые социальные факты и социальные ценности¹⁷. Разделяя эту мысль, мы предлагаем конституционалистам взять на вооружение такой онтологический метод, как метод пространственно-исторических оценок. Его применение должно послужить, в том числе, методологической базой новых взаимоотношений между национальными и европейскими наднациональными судами, прежде всего с Европейским судом по правам человека. В связи с этим необходимо обратить внимание на наличие различий в оценке конституционных ценностей на национальном и европейском уровнях.

То, что мы называем устойчивым социокультурным типом, кодификацией связей с прошлым в Конституции Российской Федерации, не является специфическим российским феноменом. В Германии также сложилась «устойчивая национальная культура»¹⁸, породившая дисгармонию с европейскими конституционными ценностями.

¹⁶ См.: Толстая А.Д. Фактический брак: перспективы правового развития // Закон. 2005. № 10; Кострова Н.М. Как защитить семью и права детей: проблемы совершенствования семейного законодательства // Закон. 2010. № 8.

¹⁷ См.: Андраш Шайо. Конституционные ценности в теории и судебной практике: введение // Конституционные ценности в теории и судебной практике. Сб. докладов. М., 2000. С. 8.

¹⁸ Гертруда Люббе-Вольф. Международная защита прав человека и принцип subsidiarity: аргументы в пользу решения — «коридора» в случае конфликта прав // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 2. С. 70.

В сентябре 2011 г. возник очередной конфликт между Федеральным Конституционным судом Германии и Европейским судом по правам человека, который признал пострадавшими отцов, лишенных немецкими судами права общаться со своими внебрачными детьми. Немецкие суды в вопросах отцовства жестко стоят на стороне семьи, т.е. закон, следуя социокультурной традиции, защищает прежде всего семью, даже если ребенок рожден не от официальных отцов. Напротив, Европейский суд по правам человека посчитал, что Федеральный Конституционный суд Германии нарушил конституционные права биологического отца, его право на уважение к частной жизни, которое закреплено в Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод. Интересно, что ранее эти два суда вступили между собой в жесткую бескомпромиссную полемику по вопросу о том, какие конституционные ценности «важнее» — неприкосновенность частной жизни или свобода прессы¹⁹.

С учетом того, что конституционно-правовое концептуальное пространство едино, необходимо строить отношения между национальными конституционными судами и Европейским судом по правам человека исключительно на началах взаимного компромисса. Философия отношений национальных и наднациональных судов должна основываться на идее, что нет абсолютной конституционно-правовой ценности (или истины). Именно поэтому единственно возможной правовой формой взаимоотношений этих судов является их диалог²⁰. Национальные и европейские конституционно-правовые ценности, исходя из предлагаемого нами нового пространственно-временного мышления, должны взаимовлиять, взаимодополнять друг друга, «мирно» сосуществовать в едином конституционно-правовом концептуальном пространстве.

По сути дела, предлагаемая нами онтологическая категория «конституционно-правовое концептуальное пространство» может иметь несколько функций. Это пространство, в частности, показывает, что и в сфере конституционного права юридический позитивизм как способ решения конституционно-правовых проблем оставил заметный след. Ограниченность его в конституционном праве, с нашей точки зрения, состоит в том, что концептуализм основывается на заблуждении, полагая, что конституционное право достигло такого высокого уровня развития, что является самодостаточным и в силу этого может развиваться на собственных основаниях. Конституционное право слишком отрывается от реальной жизни и начинает оперировать условными конструкциями. Реально властвующие субъекты прикрываются условными понятиями «народ», «народовластие». Реальный мир подменяется миром фикций. Конституционалисты слишком много внимания уделяют знаково-символической концептуальной реальности, а не реальности жизни. Но наиболее опасным является стремление создать ценностно-нейтральное конституционное право со своим набором замкнутых конституционно-правовых ценностей.

Почему высшей ценностью по Конституции России признается человек, его права и свободы? И разве человек, его права и свободы — это одна ценность? Или

¹⁹ См.: Решения Европейского суда по правам человека. Application № 59320/00 / Von Hannover V. Germany. Judgment of 28 June. 2005.

²⁰ См.: *Жан-Поль Коста*. Роль национальных властей, в частности судебных, и будущее охраны прав человека в Европе // Сравнительное конституционное обозрение. 2011. № 1. С. 121.

жизнь человека, человек — это одна ценность, а право на жизнь — другая ценность? Является ли для конституционного права ценностью справедливость как основа нравственности? Почему разум человека, его знания не являются в рамках конституционно-правового концептуального пространства самостоятельными, отличными от академической свободы, ценностями?

Все эти вопросы свидетельствуют, что конституционно-правовая аксиология только зарождается. Еще требует доказательств основополагающее положение о том, что сами по себе конституционно-правовые ценности подлежат оценке, прежде всего, со стороны нравственных ценностей. Сама по себе идея права основана на оценке, на оценочном образе мышления.

Ценностный подход к конституционному праву не может ограничиться утверждением, что есть некая система конституционных ценностей (или даже их иерархия), что есть замкнутое, недоступное для других ценностей концептуальное пространство конституционного права. Верно заметил Нено Неновски: последовательно применяя ценностный подход к праву, мы вынуждены будем выйти за строгие очертания самого права²¹. На систему конституционных ценностей влияют нравственные и иные ценности. По этому вопросу в теории права сложились две противоположные точки зрения.

Первая — это чистая теория права Ганса Кельзена, уходящая корнями в концептуализм исторической школы права Ф. Фон Савиньи. Кельзен считал необходимым очистить право от влияния каких бы то ни было ценностей — политических, идеологических, нравственных, религиозных. Чистое право должно быть построено исключительно на основе юриспруденции. Чистая теория права требует рассуждения о праве лишь в структуралистских терминах, с минимальным обращением к ценностным суждениям. Эту идею повторил Г. Харт в своей статье о позитивизме и необходимости разделения права и морали: слияние морали и права губительно для правовой системы. Вторая точка зрения высказана Рональдом Дворкиным, который, напротив, считает необходимым оценивать конституционные ценности сквозь призму нравственных ценностей, прежде всего справедливости.

Полагаю, что принцип справедливости находится в совместном ведении и права, и морали. Мой опыт судьи Конституционного Суда Российской Федерации позволяет сделать вывод: конституционные ценности не самодостаточны, при их применении они также подлежат оценке с помощью нравственных критериев.

Не так уж был далек от истины Густав Радбрух, когда утверждал, что истинные ценности — это нравственные ценности, поскольку большая часть конституционных ценностей в конечном счете связана с нравственностью. Идея социального связана с солидаризмом, как минимум, она предполагает солидарность поколений. Однако еще профессор Л.И. Петражицкий, обсуждая различные соображения относительно материальных благ в обществе, высказал идею о значении любви к ближним, к согражданам, к современникам. При этом под любовью он понимал деятельную силу, отличающуюся постоянно возрастающей интенсивностью. По его мнению, любовь может институционализироваться в виде воззрений, инстинктов и даже учреждений. Петражицкий считал, что при внимательном изучении всего «общественного здания» можно прийти к заключению: весь его фундамент,

²¹ См.: Неновски Нено. Право и ценности. М., 1987. С. 25, 29.

устой — это не что иное, как кристаллизация институтов, образовавшихся под долгим воздействием любви и разума. При этом два этих начала — любовь и разум — переходят одно в другое. Любовь и разум постоянно борются с эгоизмом, который мешает и гармонии в межчеловеческих отношениях, и разумному построению социальной жизни.

Соотношение конституционных и нравственных ценностей имеет вполне практическое значение, когда обсуждается такая привычная для юристов проблема, как пробелы в законодательстве (особенно в Конституции). Может ли суд констатировать законодательные упущения, т.е. признать нарушенным право на право? В тех странах, где по-прежнему сильны позиции Кельзена, на этот вопрос отвечают отрицательно. Там же, где его взгляды преодолены, признается, что пробелы в конституционном праве бывают, в частности, аксиологические пробелы возникают, если закон регулирует определенные отношения нравственно недопустимым образом.

Есть определенная разница между аксиологией права и аксиологией конституционализма. В аксиологии права она трактуется как ценность и как предмет оценки с точки зрения справедливости, равенства, свободы.

Аксиология конституционализма имеет прикладное значение. Это философские проблемы конституционного права, своего рода *теория среднего уровня*, не являющаяся философией права в подлинном смысле. По сути, это сумма научных знаний, являющихся смежными для философии права и конституционного права.

Аксиология конституционализма занимается: 1) определением того, что есть конституционные ценности, *каково их генетическое происхождение*; 2) каково соотношение различных конституционных ценностей между собой. Например, такая ценность, как экономическая свобода, попала в Конституцию Российской Федерации из экономического пространства, а солидарность, социальное государство, право на достойную жизнь — это этические по своему происхождению конституционные ценности, составляющие определенный раздел конституционного права — конституционную этику. К ней относится и чрезвычайно важный для конституционного права принцип соразмерности (пропорциональности). Им руководствуются при создании публичного порядка, т.е. системы разумных ограничений прав и свобод человека. Баланс — золотая середина — это древняя этическая категория. Точно подметил Карл Шмитт: начиная с XI в. во всех областях духовной жизни человечества господствуют все возможные виды балансов — торговый баланс в экономике, европейское равновесие во внешней политике, космическое равновесие притяжения и отталкивания, равновесие страстей у Мальбранша и Шефтсбери, равновесие питания у Мозера²².

Равновесие властей с помощью их разделения, внутренняя сбалансированность законодательного органа — это проявления общего правового принципа пропорциональности, который форматирует аксиологию конституционных ценностей.

Конституционно-правовой принцип пропорциональности, если вспомнить идею о пространственно-временном мышлении в конституционном праве, должен применяться к сложнейшей проблеме о соотношении традиционного, социального (категория «прошлое — настоящее») и универсального, общего (категория «будущее») в понимании конституционных ценностей. И тут необходимо искать

²² См.: Шмитт К. Духовно-историческое положение парламентаризма // Политическая теология. М., 2000. С. 194.

баланс. В этом поиске нужны не только юридические знания, это должны быть и социологические, и экономические знания. При этом данные знания можно использовать, если будут соответствующие нормативные положения, позволяющие их применение. Современная модель законодательства о конституционных судах опирается на кельзеновскую идею, что конституционные суды решают исключительно вопросы права. Однако фактически они часто принимают решения, применяя нравственные ценности, особенно справедливость, и другие неюридические аргументы.

В идее конституционно-правового концептуального пространства главными для нас являются следующие методологические приемы познания:

- Конституция России кодифицирует связи и отношения как с прошлым, так и с будущим. В Конституции велик удельный вес универсального, общечеловеческого, но она включает и традиционные для общества социальные ценности в виде сложившегося социокультурного кода;
- все конституции, несмотря на широкое применение рецепции конституционных универсальных ценностей, являются тем не менее национально-специфичными, конкретными, отражающими своеобразие и национальную специфику.

Т. Эндикотт

Профессор, декан
факультета права
Оксфордского
университета

Перспективы развития права в сфере прав человека

В статье автор анализирует неоднозначные результаты применения Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (ЕКПЧ) в Соединенном Королевстве (СК). При этом он делает акцент на рассмотрении двух особенно болезненных (для британской Фемиды) вопросов — национальном регулировании иммиграции и избирательных правах заключенных — и показывает, что депортация нелегальных иммигрантов, подозреваемых в совершении уголовных преступлений, не учитывает отрицательного влияния этого акта на их семейную жизнь, равно как и то, что абсолютный запрет избирательных прав заключенных противоречит ст. 8 Конвенции и ст. 3 Первого протокола к ней. Решения Европейского Суда по правам человека в этой сфере лишь усиливают напряженность не только между Страсбургом и Лондоном, но и между судебной властью и политиками. В заключение автор приходит к выводу, что «напряженные отношения между судами и политиками сохраняются. Но это само по себе не является причиной для умаления роли судебной ветви власти».

Ключевые слова: Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод, Европейский суд по правам человека, Соединенное Королевство, запрет на избирательные права заключенных, депортация нелегальных иммигрантов, напряженные отношения между судьями и политиками.

Подлежащие судебной защите права человека глубоко укоренились в правовых системах большинства государств, придерживающихся англо-саксонской системы общего права. Они могут принимать различные формы в разных юрисдикциях — от Канады и США до ЮАР и Индии, от Великобритании до Новой Зеландии. Но все они обладают одной общей чертой — на суды этих стран возложена ответственность за тщательную разработку и реализацию на практике этих абстрактных прав. В результате суды играют динамичную и противоречивую роль в системе государственного управления, противопоставляющую их исполнительной и законодательной ветвям власти. В Великобритании дело осложняется еще и рядом присущих этой стране специфических черт в силу международно-правовой природы Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (далее — ЕКЧП).

В этой статье я попытаюсь прокомментировать сложности, возникающие в связи с этим, с британской точки зрения. Дискуссия коснется проблемы судебных ре-

шений, принимаемых на основе ЕКПЧ, поскольку они приобретают в Соединенном Королевстве политически неоднозначный характер. Как следствие, политики должны согласиться с тем, что напряженные отношения судов с исполнительной и законодательной властью будут сохраняться, но это не должно служить причиной выхода из Конвенции или игнорирования решений Европейского суда по правам человека. Подобное умозаключение, не исключает, разумеется, возможности его использования в том, что касается вопросов права и политики, как России, так и Великобритании.

В сегодняшней Великобритании многие важнейшие аспекты жизни общества регулируются судьями. Возьмем, например, ст. 8 ЕКПЧ о праве на уважение частной и семейной жизни¹. Судьи, согласно своему толкованию Конвенции, запрещают депортацию нелегальных иммигрантов, которые совершили преступление в Соединенном Королевстве, если судья решает, что отрицательные последствия данного преступления для семьи правонарушителя или в отношении семейной жизни его партнера или его ребенка более существенны, нежели положительный эффект от его депортации для сохранения общественного порядка. Аналогичным образом муниципальные органы самоуправления не могут выселить жильца из его муниципального жилища за нарушение норм общежития, если это более негативно отразится на его семейной жизни в нарушение принципа пропорциональности, которым призван руководствоваться муниципальный орган при выполнении своих задач².

Рассмотрим еще обязательство согласно ЕКПЧ (ст. 3 Протокола № 1 к Конвенции — *прим. пер.*) проводить свободные выборы. Европейский суд по правам человека (далее — Страсбургский суд) постановил, что она исключает всеобщий запрет на участие в выборах заключенных³. Кроме того, в июле 2011 г. Страсбургский суд постановил, что Конвенция распространяется на защиту прав иракских граждан, якобы подвергшихся насилию или лишенных жизни британскими военнослужащими, участвовавшими в Иракской войне⁴.

Британские юристы и политики не предвидели такого развития событий, когда в 1950-х гг. активно участвовали в разработке ЕКПЧ. Конвенция явилась плодом деятельности Совета Европы, международной организации, вдохновленной идеями У. Черчилля и созданной в 1949 г. в качестве совместного проекта европейских стран с целью противостоять тирании. Этот проект был призван не только не допустить новых зверств, подобных тем, что совершались нацистами, но и противостоять новым угрозам со стороны коммунистических режимов, а также националистическим и авторитарным проявлениям, которые наблюдались на континенте в течение многих веков, особенно в XIX и XX столетиях.

Британцы были убеждены, что Конвенция не окажет большого влияния на их правовую систему и практику в силу того, что Британия всегда с уважением относилась к этим правам (своим особым образом, но на протяжении многих веков). Они полагали, что их это не особо коснется, несмотря на то, что Конвенция пред-

¹ European Convention on Human Rights, Art. 8; *R. Huang v Home Secretary* (2007), UKHL 11.

² *Manchester City Council v Pinnock*, 2010, UKSC 45.

³ *Hirst v U. K. (No.2)* (Application no.74025/01), Grand Chamber, 2005, ECHR 681.

⁴ *Al Skeini v United Kingdom* (Application no. 55721/07), 7 July 2011.

усматривала создание Европейского Суда по правам человека в Страсбурге, наделенного юрисдикцией решать, что именно требуется для реализации подобных весьма абстрактных прав. Действительно, в течение многих лет на Британии это почти никак не сказывалось. Вначале Суд только рассматривал жалобы государств, подписавших Конвенцию, но даже после того, как в 1966 г. в Конвенцию были внесены некоторые изменения, позволявшие частным лицам обращаться с исками в Суд, потребовалось немало времени для того, чтобы Суд достиг определенного творческого уровня в своей деятельности, которая стала особенно интересной в новом веке. Развитие «креативности» в деятельности Суда сопровождалось увеличением обращений: за почти 40 лет — с момента его создания в 1959 г. до структурных реформ 1998 г. — Суд вынес около 800 решений. С 1999 г. количество решений увеличилось со 177 до 1500, а количество обращений — с 8400 до 61000⁵.

В 1998 г. произошло еще одно событие — Британский парламент принял Акт о правах человек. Согласно Акту британские суды обязаны были толковать статуты в соответствии с Европейской конвенцией как можно более точно. Акт провозглашал также незаконными действия правительства, которые нарушали права, закрепленные в Конвенции, если только это не предусмотрено законодательством. Хотя судьи не могут отменить законодательные акты, Акт о правах человека наделял их властью объявить соответствующий статут противоречащим Конвенции, что позволяло начать упрощенную процедуру изменения такого статута Правительством с одобрения Парламента. В настоящее время английские суды совершенствуют свои профессиональные навыки по защите интересов, защищаемых Конвенцией.

Весьма абстрактные права Европейской конвенции, как и абстрактные права, содержащиеся в американском Билле о правах или в канадской Хартии прав и свобод, поощряют тяжущиеся стороны обращаться к судьям с целью поиска новых и нетрадиционных путей применения ЕКПЧ. Судьи не только противостоят жестокостям, которые всеми рассматриваются как нарушения прав человека, они еще и выносят решения по вопросам, которые всегда считались политическими и по которым мнения граждан резко расходятся. Судьи рассматривают такие вопросы в обстановке состязательности, в которой преимущество получают более опытный и умелый адвокат и защита конкретных интересов, поскольку адвокаты истца и адвокаты государственной власти выступают на равных. Кроме того, сама государственная власть может представлять или не представлять различные публичные интересы (и другие частные интересы), о которых идет речь. Решение остается за судьями, которые объективны и беспристрастны. Их долг — реализовать на практике абстрактные права после того, как выслушаны все аргументы сторон-участниц спора.

Вот конкретный пример, касающийся уже упомянутой противоречивой проблемы, — должно ли уважение к частной и семейной жизни препятствовать депортации правонарушителя, который нелегально проживает на территории Соединенного Королевства.

Конвенция не предусматривает никаких прав на иммиграцию, но содержит право на уважение семейной жизни, на которое стали часто ссылаться потенциальные иммигранты. Независимо от того, стремятся ли кандидаты получить политическое убежище, или обратиться с просьбой об иммиграции, или незаконно въехать

⁵ European Court of Human Rights, Annual report 2010. P. 13–14.

в страну, или незаконно остаться там после истечения срока визы, они все равно остаются в данной стране в течение достаточно длительного срока и обзаводятся семьями. В таком случае решение о прекращении пребывания в данной стране становится критическим для их семейной жизни. Суды пришли к выводу, что уважение к семейной жизни требует от государства не принимать мер, наносящих ущерб семейной жизни человека, если этот ущерб не пропорционален тем общественным интересам, защита которых является целью предпринимаемых действий. Палата Лордов в 2007 г. постановила, что вопрос заключается в том, «наносит ли отказ во въезде или пребывании в стране (Соединенном Королевстве)... при принятии во внимание всех соображений в пользу такого отказа, ущерб семейной жизни заявителя, причем ущерб, достаточно серьезный, чтобы рассматривать его в качестве нарушения основного права, защищаемого статьей 8»⁶.

Именно судьям решать, являются ли последствия для семейной жизни истца слишком серьезными в свете законных интересов общества. Вопрос не только в том, что возложение бремени подобного решения на истца необходимо для общественного блага; даже если это и так, правительство может отказаться от выполнения своего решения о депортации, если, по мнению судей, вред, причиненный правам, которые защищаются Конвенцией, будет чрезмерным, чтобы считать высылку оправданной.

Если истец доказывает, что отказ в удовлетворении его просьбы наносит ущерб его семейной жизни, какие государственные интересы могут сделать такой отказ законным, несмотря на причиняемый им ущерб? Конвенция признает, что вмешательство в семейную жизнь может быть оправданным «в интересах национальной безопасности, общественного спокойствия или экономического благополучия государства, предотвращения беспорядков или преступления, защиты здоровья или общественной морали или защиты прав и свобод других граждан»⁷. Можно представить себе, каким образом контроль за иммиграцией может защитить или повысить экономическое благополучие страны или защитить свободы других граждан. Но фактически Великобритания никогда не заявляла, что запрет на свободный въезд в Соединенное Королевство служит выполнению этих благих целей. Суды также не обладают процессуальными механизмами для решения вопроса, действительно ли постановление о депортации служит выполнению подобных целей.

Иммиграционное законодательство — это продукт неоднозначных политических решений, в которых популизм соседствует с политкорректностью, и одновременно оба фактора противоречат трезвому анализу важнейших общественных интересов. Принципы, которыми руководствуется правительство Великобритании, ограничивая иммиграцию, никогда не выражались публично. Это совсем не означает, что ограничение иммиграции носит нелегитимный характер. Однако ни британские законы, ни правоприменительная практика не говорят о том, каковы принципы иммиграционного законодательства.

В результате именно судьи принимают решение об иммиграции в отношении лиц, имеющих семью в Соединенном Королевстве. Толкуя абстрактное право на уважение к семейной жизни, они соизмеряют несоизмеримое (т.е. серьезность последствий депортации для семьи нарушителя или семьи его ребенка), с тем, что ни-

⁶ R. Huang v Home Secretary, 2007 UKHL 11 (20).

⁷ Article 8 (2).

когда не конкретизировалось — с теми государственными задачами, инструментом выполнения которых служит иммиграционное регулирование.

Эта новая роль судов является абсолютно революционной, поскольку судьи сами должны оценивать значимость общественных задач с точки зрения предпринимаемых или планируемых действий законодательного органа или правительства. Согласно ЕКПЧ не существует никаких законных методов проверки обоснованности права истца, за исключением того, что последствия депортации для его семейной жизни не должны быть чрезмерно серьезными в свете заинтересованности общества — в чем бы она ни заключалась.

В результате появились неоднозначные решения, когда Апелляционный и Верховный суды должны были решать, делают ли семейные узы в Соединенном Королевстве незаконной депортацию нелегальных иммигрантов⁸ или экстрадицию лица, подозреваемого в совершении преступления⁹. Суд в таком случае задается вопросом — окажется ли предполагаемое действие (с точки зрения общественных интересов) *чрезмерно серьезным последствием* для семейной жизни истца или нет. В таких случаях судьи толковали Европейскую конвенцию как наделяющую их компетенцией решать, должно ли государство идти на данную меру, поскольку решение Правительства о депортации является всего лишь предварительным; окончательное решение принимается судом.

Одним из недостатков подобной судебной процедуры является значительный рост числа судебных разбирательств за счет бюджетных средств, касающихся реализации принципа пропорциональности. Никто в настоящее время не может быть выслан из Соединенного Королевства без предварительных судебных слушаний по иску о незаконности предстоящей депортации, если она чревата ущербом семейной жизни высылаемого лица; последний обычно проигрывает, но процесс экстрадиции таким образом затягивается на длительное время¹⁰. Однако истец, оспаривающий высылку, имеет неплохие шансы выиграть дело, если в Соединенном Королевстве у него есть супруг или дети. Еще одним недостатком является потенциальная возможность искажения процесса принятия государственных решений ссылками на предоставление судьям возможности соотносить несоизмеримые частные интересы с расплывчатыми общественными интересами.

Должна ли Великобритания соблюдать Европейскую конвенцию?

Многие решения Страсбургского суда носят противоречивый характер. Но вплоть до прошлого года, на протяжении почти 60 лет с момента вступления Конвенции в силу, против членства Великобритании в Совете Европы не было никаких серьезных возражений. Новое политическое противостояние возникло не из-за иммиграционных дел, а по причине установления права заключенных принимать участие в выборах. В 2005 г. Страсбургский суд решил, что абсолютный (blanket) запрет на участие заключенных в выборах нарушает гарантию свободных выбо-

⁸ См., напр.: *ZH (Tanzania) v Secretary of State for the Home Department*, 2011, UKSC 4.

⁹ *Norris v USA*, 2010 UKSC 9.

¹⁰ См., напр.: *Susz v Poland*, 2011 EWHC 1862.

ров согласно ст. 3 Первого протокола¹¹. До 2010 г. британское Правительство не вносило никаких изменений в законодательство относительно всеобщих выборов. Новое правительство (коалиция Консервативной и Либерально-демократической партий) начало разрабатывать законодательство, которое отвечало бы требованиям Страсбургского суда (хотя эти требования сформулированы довольно нечетко). Однако взрыв негодования вызвала идея, согласно которой судьи Страсбургского суда могут не считаться с мнением британского Парламента, что заключенные не должны участвовать в выборах. В результате парламентских дебатов в феврале 2011 г. был поддержан существующий запрет (234 голосами против 22). При этом члены всех партий, входящих в состав Парламента, поочередно в процессе прений выражали свой протест против наделения заключенных правом участвовать в выборах в соответствии с принципом защиты прав человека, а также против того, что этот вопрос должны решать судьи Страсбургского суда, а не сам британский Парламент.

Необходимость предпринять какие-то действия вызвала серьезную политическую дискуссию. Премьер-министр создал «Комиссию по Биллю о правах в Соединенном Королевстве» с целью урегулировать проблему взаимоотношений между британским Парламентом и Страсбургским судом¹². Однако компетенция Комиссии не идет дальше рассмотрения вопросов, связанных с разработкой «Билля о правах» с той точки зрения, что он будет «включать в себя и исходить из совокупности обязательств страны по Европейской конвенции о правах человека».

В этом отношении возможности Правительства крайне ограничены. Некоторые политики заявили, что следует игнорировать решения Страсбургского суда или вообще выйти из ЕКПЧ. Однако выход из Конвенции был бы нецивилизованным и деструктивным шагом в смысле европейской и мировой политики. Очевидно, что основные политические партии Великобритании не собираются делать этого. Все сомнения на этот счет (если они и были) развеялись в октябре 2011 г. после нашумевшей и имевшей большой резонанс речи Доминика Грива, Генерального прокурора (Атторнея) от Консервативной партии (главного должностного лица в британском Правительстве в сфере юстиции, являющегося членом Кабинета). Г-н Грив сказал: «Не может быть и речи о том, чтобы Соединенное Королевство вышло из Конвенции. Оно подписало Конвенцию в первый же день, установленный для ее подписания, — 4 ноября 1950 г. Соединенное Королевство было и первым государством, ратифицировавшим Конвенцию на следующий год. Но Соединенное Королевство не станет первым государством, выходящим из Конвенции... Преимущества нашего членства в Конвенции и сохранение нашего лидерства в международном сообществе рассматриваются Правительством в качестве основополагающего фактора наших национальных интересов»¹³.

Это ясное и недвусмысленное заявление о роли Страсбургского суда оставляет британскому Правительству (при всем политическом недовольстве этим Судом) лишь возможность предпринимать какие-то шаги в рамках ЕКЧП. В ноябре 2011 г.

¹¹ Ст. 3 гласит: «Высокие Договаривающиеся Стороны обязуются проводить с разумной периодичностью свободные выборы путем тайного голосования в условиях, обеспечивающих свободное волеизъявление народа в выборе законодательной власти».

¹² См.: Mark Elliot «The UK Bill Of Rights Commission».

¹³ URL: <http://www.attorneygeneral.gov.uk/NewsCentre/Speeches/Pages/AttorneygenaralEuropeanConventionHumanRights%E2%80%9393currentchallenges.aspx>

Соединенное Королевство в процессе ротации стало председателем Комитета министров, главного руководящего органа Совета Европы. В своей речи Генеральный прокурор назвал такое председательство «шансом, выпадающим один раз в жизни поколения, продвинуть вперед реформу Европейского суда по правам человека». Он предложил укрепить принцип субсидиарности, заключающийся в том, что основная ответственность по соблюдению Конвенции возлагается на институты каждого государства-члена, а роль Страсбургского суда является субсидиарной. Суд должен применять «диапазон оценки» (*«margin of appreciation»*), — т.е. определенную гибкость в отношении возможности государств-членов действовать согласно их собственным взглядам на требования, касающиеся соблюдения прав в соответствии с Конвенцией.

Однако даже председательство в Комитете министров не позволяет британскому Правительству предпринять шаги по укреплению данного принципа, поскольку Страсбургский суд сам определяет понятие субсидиарности. Например, в случае с правом заключенных на участие в выборах Суд постановил, что запрет на их участие «должен рассматриваться как не падающий под сферу действия приемлемого диапазона оценки, каким бы широким ни был этот диапазон»¹⁴.

Может ли британское Правительство упорядочить взаимоотношения между Парламентом и Страсбургом путем реформы своего национального права? Генеральный прокурор намеревается сделать это в сфере депортации нелегальных иммигрантов, внося изменения в иммиграционное регулирование: «Мы придерживаемся точки зрения, что Парламент, которому будут представлены изменения правил иммиграционного регулирования, найдет наилучшее решение сложных политических вопросов, в частности, где должна проходить граница в отношении депортации преступников-иностранцев. Но важно отметить, что внося изменения в наши правила, мы будем следовать практике Страсбургского суда и применять диапазон оценки, который Суд применял к государствам-членам при принятии подобных решений».

Заявление Генерального прокурора лишь указывает на дилемму, стоящую перед Правительством: если Соединенное Королевство собирается следовать практике Страсбургского суда, а Страсбургский суд считает, что нелегальные иммигранты не могут быть депортированы, если судьи решат, что депортация окажет чрезмерное негативное воздействие на их семейную жизнь (или их супруга или детей), то Правительство ничего не может сделать. Реформирование иммиграционных законов не изменит баланса взаимоотношений между Страсбургским судом и британским Парламентом, поскольку именно Страсбургский суд решает, каков будет этот баланс. Если мы согласимся с тем, что Соединенное королевство не должно выходить из ЕКПЧ, тогда даже если британским политикам и не понравятся решения Страсбургского суда, они будут вынуждены примириться с ними. Напряжение в отношениях между правом и политикой будет постоянным.

Итак, должна ли Великобритания все же рассматривать возможность выхода из Конвенции? Я думаю, что нет. На мой взгляд, негативные последствия такого шага вполне реальны: примером тому могут служить виды контроля за депортацией нелегального иммигранта-правонарушителя. Другой пример — это многочисленные

¹⁴ Hirst, см. сн. 3, para 82.

и бесполезные судебные тяжбы по вопросам экстрадиции. Тем не менее, можно представить себе обстоятельства, при которых высылка из Великобритании правонарушителя, не имеющего британского гражданства, была бы нарушением закона. Представим популистское правительство, использующее подавляющее большинство для принятия Парламентом закона, согласно которому талон на парковку рассматривается как одно из оснований для высылки лица, не являющегося гражданином Великобритании, но с раннего детства, в течение десятилетий проживающего в этой стране. И здесь судебная власть может использовать свой потенциал: судьям предоставляется шанс противостоять реальному злоупотреблению, носящему явный антииммиграционный характер. Этому злоупотреблению содействует Парламент, стремящийся вольно или невольно действовать против иммигрантов. Подобное злоупотребление на практике осуществляется иммиграционными властями в условиях политического давления, нагнетаемого безответственными средствами массовой информации. Такова потенциальная опасность, и фактически нет иного способа обеспечить законную защиту против подобных злоупотреблений, кроме как путем наделения судей полномочиями, ведущими к принятию креативных и неординарных решений по вопросам депортации нелегальных иммигрантов или участия заключенных в выборах.

Судебный процесс фактически обеспечивает справедливое решение многих вопросов. Вот, по-моему, пример из реальной жизни: убийца в Англии подлежит пожизненному заключению, а Парламент предоставил Министру внутренних дел — политику — полномочия решать, в течение какого срока убийца будет действительно находится в тюрьме, прежде чем получит возможность обратиться с просьбой о помиловании (так называемый тюремный тариф). Согласно праву на судебное рассмотрение в независимом и беспристрастном суде в соответствии со ст. 6 Конвенции было признано, что такие преступники имеют право на то, чтобы решение вопроса о «тарифе» оставалось за судьей, а не за Министром внутренних дел¹⁵.

Некоторые британцы полагают, что приговор должен четко и определенно отражать общественное мнение по данному вопросу, так что вполне целесообразно доверить политику решение по конкретному делу. Но такое мнение мне кажется ошибочным, поскольку у Министра внутренних дел есть своя политическая программа и, кроме того, он постоянно в своей деятельности подвергается давлению со стороны средств массовой информации. Это давление приводит к тому, что Министр внутренних дел принимает решение о жестких условиях тюремного заключения именно в силу того, что то или иное конкретное дело получает широкую огласку в средствах массовой информации¹⁶. Отстранение политиков от процесса принятия общественно значимых решений может сделать управление страной более справедливым.

Расширение сферы защиты прав человека должно зависеть от того, стоит ли получать потенциальные преимущества (возможность судебного вмешательства в несовершенные решения законодательной и исполнительной власти) ценой вынесения судебных решений, способных ввести в заблуждение. Пример с вынесением приговоров убийцам показывает, на мой взгляд, что может быть сделано в интере-

¹⁵ R. Anderson v Home Secretary, 2002 UKHL 46.

¹⁶ См.: *Endicott T. Administrative Law*. 2nd Ed. Oxford University Press, 2011. Chapter 3.

сах правосудия. Пример с депортацией правонарушителей показывает, с моей точки зрения, что может пойти не так. Невозможно все рассчитать с математической точностью; но преимущества системы Европейской конвенции несоизмеримы с ее недостатками.

Правда, по мнению многих британских политиков (которые остались недовольными решением о неправомерности отказа заключенным участвовать в выборах) существует один конкретный и серьезный недостаток — международный характер Страсбургского суда. Этот Суд действительно является уникальным. Каждый судья представляет одно из 47 государств. Монако и Сан-Марино имеют собственных судей. В Соединенном Королевстве население в 2 000 раз (а в России — в 4 000 раз) больше, чем в Монако и Сан-Марино, но и Соединенное Королевство, и Россия представлены одним судьей — точно так же, как самые крошечные европейские государства. Судья от каждой страны избирается Парламентской ассамблеей Совета Европы из списка трех кандидатов, представляемых каждой страной. Национальные процедуры назначения своих кандидатов не прозрачны, а процесс выбора из представленных кандидатов подвергается пересмотру. Система нуждается в реформировании.

Если назначение судей будет изменено, основная проблема, тем не менее, останется: судьи, которые пытаются соизмерить несоизмеримое — интересы истца с публичными целями, — будут делать это даже вопреки существующему в английском обществе консенсусу относительно законности затрагиваемых государственных интересов. Национальный суд отделяет процесс принятия решений на уровне государства от действующих в нем политических влияний; международный суд по правам человека отделяет процесс принятия государственных решений от самого государства.

Граждане других стран, придерживающихся системы общего права, такие как Канада и Соединенные Штаты, привыкли к роли суда в сфере применения основных прав человека, но я уверен, что они не согласятся с существованием общего международного суда по правам человека. Некоторых британских политиков особенно оскорбило то, что международный суд вмешивается в политику Великобритании по вопросам, которые касаются чисто национальных интересов — таких, как иммиграция и вопрос о том, кто должен участвовать в выборах.

По моему мнению, международно-правовая природа Страсбургского суда уникальна и требует специального обоснования. Мне кажется, что такое обоснование существует, и оно кроется в самой сути Европы и ее истории. Европейская конвенция предоставляет Великобритании и России уникальную возможность: сотрудничество при разработке определенных механизмов защиты прав человека на континенте, который нуждается в подобной защите¹⁷. Это хорошо и для Британии, и для России, и для всего мира в целом, если и Британия, и Россия могут участвовать в этом сотрудничестве.

Интересным моментом в отношении биллей о правах, подлежащих судебной защите, является диапазон диаметрально противоположных решений, которые билли изымают из сферы текущей политики и переадресуют судьям. Никогда не будет достигнут консенсус относительно получаемых в результате этого преимуществ, а

¹⁷ Теперь этот проект распространяется и вне Европы — на Турцию.

сами преимущества не могут быть гарантированы без столкновения с недостатками подобного обращения к судам (хотя нет единого мнения о том, существуют ли вообще такие недостатки).

Многие рассудительные и разумные люди и впредь готовы выражать свое принципиальное несогласие в споре между отстаиванием прав человека и их безответственным расширением. Поэтому напряженность в отношениях судей и политиков будет сохраняться. Но это не причина для того, чтобы вообще свести на нет роль судей.

Перевод с английского языка:

Ю.М. Юмашев

Профессор, заведующий кафедрой
международного права факультета права
Национального исследовательского университета —
Высшей школы экономики,
доктор юридических наук

Нина, в этой статье пропали пробелы в словах на французском языке и стоят жесткие переносы по всей статье - могу все не заметить!

И.В. Гетьман-Павлова

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

Французская доктрина международного частного права в XVIII веке

В статье анализируется французская школа международного частного права (МЧП) в XVIII в. Это последняя «в чистом виде» доктринальная школа МЧП, исследования которой появились до принятия первых нормативных актов в этой области, и которая развивала теорию статутов. Французские ученые Луи Фролан, Луи Бульнуа и Жан Буйе завершили разработку теории статутов, являвшейся основной и единственной теорией МЧП с XIV в.

Ключевые слова: международное частное право, XVIII век, Франция, теория статутов, Луи Фролан, Луи Бульнуа, Жан Буйе, итальянская школа МЧП, французская школа МЧП.

«Международное частное право в нашу эпоху является национальным правом, и его источниками служат законы, обычаи и прецеденты. Иначе было в эпоху зарождения международного частного права: оно возникло как сверхнациональное право, и его источником являлась наука о праве». Наука международного частного права возникла в средневековых итальянских университетах, с середины XIV в. и до конца XVIII в. в ней господствовала одна научная доктрина — теория статутов. Следует, однако, ясно представлять, что теория статутов по существу никогда не была одной теорией с единым определенным содержанием: «Такой она может представляться нам, рассматривающим ее с современной точки зрения; так альпинисту, достигшему вершины горы, не удастся рассмотреть находящуюся внизу в долине волнистую поверхность, ее проселочные дороги и лесные чащи. В действительности, между одним теоретиком школы статутариев и другим имеются очень существенные различия в терминологии, в методе, в вопросах, которые они поднимают, и в предлагаемых ими ответах». Естественный ход исторического развития, взгляды юристов, судебная практика и события соответствующего периода вносили в теорию много изменений.

В развитии теории статутов принято различать три школы.

1. Итальянская школа (середина XIV в. — конец XVI в.). Ее основателем является Бартоло да Сассоферрато (1314—1357), которого называют «отцом теории статутов и человеком, впервые проводившим различия между личным и реальным статутами». В своей теории Бартоло выделял два вида статутов — персональные (имеющие экстерриториальный характер) и реальные (имеющие территориальный характер). При этом Бартоло никогда не утверждал, что все законы делятся только

на эти две категории. Каждый отдельный случай разрешался согласно природе вещей, и различие личных и реальных статутах было только одним из многих других подразделений.

2. Французская школа (1584 г. — начало XIX в.). В этой школе возникает принципиальное деление статутах на личные, реальные и смешанные. Категория смешанных статутах была предложена французским ученым Бертрамом д'Аржантре (1519—1590) в его «Комментариях к кутюмам Бретани» (*Commentarii in Patrias Bretonum leges*), написанных в 1584 г. Именно в работе д'Аржантре теория статутах получила настолько законченную и отчетливую формулировку, что с XVI в. за ним утвердилось звание родоначальника «теории статутах».

3. Голландская школа (конец XVII в. — начало XIX в.). Эта школа воспринимает деление статутах на личные, реальные и смешанные и провозглашает начало строгой территориальности права, смягчаемой только во имя международной вежливости (*comitas*).

С конца XVI в. два течения (последователи итальянцев и последователи д'Аржантре) формировались отдельно и параллельно (одно во Франции, другое в Нидерландах). В конце XVII — начале XVIII в. эти направления объединились во Франции. Французские юристы собрали все описания, огромное число судебных решений и привнесли теорию д'Аржантре в основу теории статутах в ее окончательном варианте. Однако идеи д'Аржантре были приняты не без оговорок; итальянская доктрина продолжала действовать, была закреплена в судебной практике и имела огромное влияние. В связи с этим можно сделать вывод, что французская доктрина XVIII в. содержит в себе по крайней мере три учения (итальянское, французское, и голландское).

В XVII в. проблема коллизии законов намного более интенсивно изучалась в Бельгии, Голландии и Германии, нежели во Франции. Самые значительные работы юристов того времени — это сочинения Бургундуса, Герциуса, Роденбурга, Губера, Павла и Иоанна Вутов. Их произведения представляют собой масштабные научные трактаты на тему конфликтного права. Однако в XVIII в. центр интеллектуальной активности в сфере изучения коллизионных вопросов переместился во Францию. Это произошло не потому, что теоретические знания, полученные в предыдущем столетии, оказались недостаточными, и не потому, что практические трудности, связанные с различием кутюмов, стали более многочисленными и трудно разрешимыми. В начале XVII в. во Франции уже было достигнуто сначала политическое, а затем и правовое единство. Можно предположить, что изучение сочинений иностранных авторов привлекло внимание некоторых французских юристов к коллизионной проблеме, так сильно интересовавшей соседние страны.

Вполне вероятно, что в данном случае оказалось определяющим случайное обстоятельство, само по себе незначительное. В первом десятилетии XVIII в. «мэтр» де Рипарфон (*Riparfont*), один из известнейших адвокатов парламента Парижа, преподнес в дар своей коллегии «большую и редкую библиотеку, которая числом и превосходным подбором книг заслуживала звания публичной. Каждый, кто посвятил себя труду адвоката, мог найти в этой библиотеке всю необходимую информацию для служения своему отечеству». При этом де Рипарфон потребовал, чтобы от времени от времени все члены коллегии собирались вместе, чтобы обсудить вопросы права, различно толкуемые во французских парламентах, вопросы двусмысленные и трудные

для разрешения ввиду различных предписаний различных кутюмов. Эти вопросы де Рипарфон назвал «смешанными» (имея в виду вопросы конфликтного права).

В согласии с волей дарителя с 1717 г. начали проводиться еженедельные «Собрания при Библиотеке господ адвокатов Парламента». Наибольший интерес вызывали именно «смешанные вопросы», представлявшие собой неистощимую почву для дискуссий. Их практическая значимость, новые грани, найденные в сочинениях иностранных юристов, новая судебная практика — все это обуславливало соответствующую «повестку дня». Крайнюю увлеченность этими собраниями обнаружил Луи Фролан, адвокат Парижского парламента. Это известно из многочисленных тетрадей и докладных записок, где рассматривается «Обращение жителей города Руа и господ председателей Коллегии адвокатов сего города со товарищи». Данные записки и составляли основу для дискуссии. Другой адвокат Парижского парламента, Луи Бульнуа, также регулярно посещал «Собрания при Библиотеке».

Собрания проводились всего в течение четырех или пяти лет; в начале 20-х годов XVIII в. их деятельность прекратилась. Однако бурные дискуссии не пропали даром — все, что было сказано в спорах, оказалось собранным и записанным; за прениями последовали книги.

Во второй половине 20-х годов XVIII в. некий книготорговец выразил желание составить второй том сочинений М. де Дюплесси (Duplessis), но для этого не имелось необходимого количества материала. Тогда этот продавец книг решил издать «Консультации по различным вопросам права и кутюмов господ Дюплесси и других адвокатов Парижского парламента», используя для данной цели «Рассуждения», хранившиеся в библиотеке де Рипарфона и собранные участниками собраний. «Рассуждения» имели форму пояснительных записок, исправленных и дополненных множеством примечаний. В результате получилась «довольно любопытная и полезная» книга «Девятнадцать рассуждений», в которой вопросы международного частного права составляли чрезвычайно значительную часть.

Возможно, именно эти факты, среди прочего, послужили поводом к тому, что в первой половине XVIII в. трое выдающихся французских юристов-практиков — адвокаты Фролан и Бульнуа и президент Дижонского парламента Жан Буйе — использовали свои практические знания, чтобы дать толчок дальнейшей разработке коллизионных норм и окончательному оформлению французской теории статутов.

Луи Фролан (LouisFroland, год смерти — 1746), уроженец Нормандии, адвокат в Парижском парламенте. Он первый опубликовал несколько сочинений, специально посвященных «смешанным вопросам», например «Записки о наблюдениях сенат-консула Веллена в Нормандском герцогстве» (*Mémoirestouchantl'observationduSénatus-consulteVelleiendansleduchédeNormandie*), вышедшие в 1722 г. В своих «Записках» он объявил о предстоящем издании книги, целиком посвященной проблеме теории статутов. Эта книга — главное произведение Фролана — «Записки о природе и свойствах статутов; многообразные смешанные вопросы права и кутюмов; а также большая часть решений суда, разъясняющих эти вопросы» (*Mémoiresconcernanslanatureetlaqualitédesstatuts; diversesquestionsmixtesdedroitetdecoutume; etlaplurartdesarrestsquilesontdésidées*), вышла в двух томах в 1729 г. в Париже.

Кстати, еще в 1727 г. Бульнуа в книге «Вопросы отчуждения имущества» (*QuestionssurlesDémissionsdebiens*), в шестом вопросе поместил краткий трактат «О статутах личных, реальных и смешанных» (*Desstatutspersonnels, réelssetmixtes*).

По признанию самого Булльнуа, он устал ждать сочинения, обещанного Фроланом. Фролан посчитал, что его друг и собрат по ремеслу поторопился, и назвал его поступок «мелкой кражей первенства», но и заявил, что охотно его прощает.

Одновременно Фролан высказал убеждение, что именно он обладает превосходством в работе над данной темой, и твердо настаивал на этом. Он утверждал, что его «Записки» наиболее применимы для подобной цели по двум причинам: «Во-первых, я достаточно хорошо изучил проблему, кроме того, я отнюдь не полагаю, что чистая моя интуиция выведет меня к истине. И второе, моя манера писать позволяет рассматривать вопросы *inutramquepartem* (детально), что является очень важным для понятия основных проблем, которые нам выдвигает право кутюмов». Из заявлений Фролана видно, насколько новыми и неизученными оказались вопросы конфликтного права в начале XVIII в. во Франции. Достаточно краткие и недостаточно теоретические сочинения отечественных юристов XVII в. (кстати, весьма значительные для изучения теории статутов) в то время не интересовали французских юристов, увлеченных работами иностранных авторов. При этом Фролан в своих работах руководствуется отнюдь не научными изысканиями, он придерживается верховенства кутюмов и их непоколебимости. Во всяком случае, он отрицает Бартоло (и всю итальянскую школу) как основателя теории статутов: «Мне кажется, что они не очень разъяснили вопрос о статутах; они собрали вместе абсолютно ненужные диссертации и сочинения, что только делает понимание их работ еще сложнее. Все, что они писали, — это не более чем общие принципы». Сам Фролан, естественно, испытывал несомненное влияние итальянской школы, но считал ее схоластичной и бесполезной, «противной здравому смыслу».

Интересно, что у Фролана и д'Аржантре есть очень серьезная общая точка соприкосновения: доктрина мало что значит, а руководствоваться необходимо прежде всего судебной практикой, которая является основным и самодостаточным источником права: «Легко можно понять, почему судьи, рассматривающие одни и те же дела, не имеют необходимости обсуждать различные мнения юристов, и в принятии решений они не руководствуются мнениями юристов, а исходят из обычаев и понятия справедливости: итак, откуда тогда они берут одинаковые решения? Не будет ли лучше сказать вслед за Аржантре — *Valeantpraejudicia, nisirationeetjurenitantur*? Вывод: решения по этим вопросам должны быть приняты судьями прежде, чем эти вопросы будут обсуждаться и критиковаться авторами доктрины, поскольку только тогда эти решения будут носить независимый и беспристрастный характер». В предисловии к своим «Запискам» Фролан писал, что его произведение строится по следующему принципу: это сборник принципов, которые разработали «вы и ваши отцы, это сборник судебных решений, это та самая судебная практика, которую вы хотите изучать по вопросам сложным и важным».

Конечно, в данном случае нельзя согласиться ни с д'Аржантре, ни с Фроланом. Доктрина, даже анализируя судебную практику, не вправе принимать во внимание авторитет судей, чтобы попытаться добраться до истины. Нельзя строить общие принципы права на судебной практике, наоборот, судебная практика должна строиться на общих принципах, сформулированных доктриной.

К тому же (по мнению А. Лэне) сам Фролан слабо разбирался в судебной практике: он не мог извлечь теорию из тысячи судебных решений, иногда даже был не способен выбрать правильное из двух разных судебных решений, зачастую путался

в них. В свете адвокатской деятельности Фролана, его известности и авторитета среди других юристов такая оценка представляется по меньшей мере странной. Возможно, Фролан действительно не смог как следует осмыслить судебную практику именно в делах, касающихся конфликтов законов. Скорее всего, это могло произойти потому, что он пытался приспособить практику к господствующей и принятой всеми теории (вопреки своим же собственным утверждениям), вместо того чтобы на основе практики попытаться выстроить новую.

Фролан признавал существование личных и реальных статутов, но сразу же подчеркивал невозможность их точного разграничения. Он откровенно со-знавался: «Иной воображает себя большим искусником и думает, что открыл секрет, когда узнал, что реальный статут касается имущества, а личный — касается лиц; между тем с этими определениями мы только у азбуки и знаем еще очень мало; труд в том и состоит, чтобы открыть, когда статут касается только имущества или только лица. Я сам очень часто, несмотря на все мое внимание, ошибался... По совести признаю, что я в затруднении; я сравниваю себя с больным, который, увеличивая число лекарств с целью выздоровления, только усугубляет свое опасное положение, или же с путником, который, видя в лесу несколько дорог, не знает, по какой идти. Я рассматриваю природу и свойства статута; ученые с выдающейся репутацией говорят мне, что он реальный; другие, не менее ученые, утверждают, что он личный. Я продолжаю свою работу; опираясь на принципы, данные знаменитыми комментаторам, на мнения отличных писателей, на отдельные судебные решения, я нахожу, что статут, о котором идет речь, личный; но в то же время меня одолевает масса авторитетов и решений в пользу того, что он реальный... Не знаешь, какому алтарю молиться, чтобы давать в этой области правильные ответы».

Сознавая невозможность провести четкую грань между личным и реальным статутами, Фролан тем не менее принимает и развивает эту конструкцию. Личный статут должен обращаться главным образом к лицу, устанавливая его общую или частную дееспособность. Иначе пришлось бы все законы считать реальными. В соответствии с моделью Фролана совершеннолетие лица определяется по его личному закону, даже в случае отчуждения недвижимости. Необходимо подчеркнуть, что впервые во французской доктрине Фролан определяет личный статут не по *lexdomicilii*, а по *lexoriginis*. Совершеннолетие бесповоротно должно определяться по месту рождения лица, разумеется, когда это место не случайное, а было domicilio родителей. Преобладание закона происхождения (которое касается, правда, только вопросов совершеннолетия) Фролан мотивируется соображением неудобств, которое влечет за собой применение *lexdomicilii*.

Такое решение А. Лэне считал «немалой заслугой» Фролана. В XVIII в. *lexoriginis* становится более прогрессивным критерием, чем *lexdomicilii*, потому что *lexoriginis* представляет собой прообраз *lexpatriae* — закона страны гражданства. Этот принцип определения личного господства через несколько десятков лет получит всеобщее признание и войдет в большинство национальных законов. К сожалению, аргументация Фролана в пользу *lexoriginis* не является научно или хотя бы политически обоснованной. Вообще следует заметить, что Фролан чрезвычайно робко и осторожно высказывает собственные мнения; к тому же он практик, а не теоретик. Тем более ценно, что во многих отношениях он отказался от свойственной французской доктрине узкотерриториальной тенденции.

По мнению Фролана, от *lex rei sitae* не зависят ни право жены поручиться за мужа, ни ее способность к составлению завещания; даже способность несовершеннолетнего к составлению завещания относится к личному статусу. Реальным является статус, главным образом касающийся недвижимости. Это, прежде всего, законы, устанавливающие порядок наследования, законы, запрещающие дарения между супругами, а также статуты, касающиеся прав отца на имущество детей. Противоречивость построений Фролана сразу же бросается в глаза: способность жены к составлению завещания относится «главным образом» к лицу, а права отца на имущество детей почему-то имеют реальный характер. Кроме того, для дарений и завещаний Фролан отнюдь не отстаивает распространение закона domicilia на имущество, находящееся за границей. Он считает, что в данном случае компетентен за-кон места нахождения недвижимости; пусть завещатель или даритель способны по их личному закону, это не имеет значения, если закон места нахождения недвижимости решает иначе.

В литературе высказывается точка зрения, что Фролан продолжил развитие теории д'Аржантре. Это утверждение справедливо только в части восприятия Фроланом двух классов статутов. Категорию смешанных статутов Фролан полностью отвергает. Он замечает, что в учении д'Аржантре смешанные статуты совпадают с реальными, поэтому их выделение в отдельную категорию представляется бесполезным. Если вслед за И. Вутом под смешанными статутами понимать статуты, касающиеся форм актов, то в них нельзя открыть ни личного, ни вещного элементов. Они, конечно, упоминают о лицах и вещах, но главным образом имеют в виду форму актов. Это совершенно справедливые замечания, однако Фролан не объясняет, к какому же из статутов относятся формы актов — к личному или реальному?

Кроме того, Фролан отнюдь не считает необходимым, чтобы личный статут касался общей дееспособности, был универсальным и чистым, без всякой вещной примеси. Чтобы прикрыть свое противоречие доктрине д'Аржантре, он придумал особенное толкование слова «universaliter», отождествив его с «primario». По сути, Фролан совершенно произвольно соединяет в своем особом термине оба требования д'Аржантре.

В произведении Фролана довольно много внимания уделяется идее публичного порядка. Эта идея выражена у Фролана в форме «запретительных реальных» статутов (*dispositions réelles prohibitives*), которые он противопоставляет простым реальным статутам (*purs réels*). Но данное понятие выражено очень туманно, и Фролан сам это понимает, а потому подчеркивает, что иногда закон имеет абсолютный характер, не будучи при этом выражен в запретительной форме. Вслед за Ш. Дюмленом и д'Аржантре Фролан проводит различие между законом и договором. Идея, согласно которой воля частных лиц получает вземельную силу, которой лишен иностранный закон, с самого начала возникновения французской теории была «миной замедленного действия», подложенной под начало абсолютной территориальности.

Д'Аржантре допускал экстерриториальность общности брачного имущества, основанной на договоре. Та же мысль выражена и у Фролана. Например, общность брачного имущества, основанная на договоре, имеет экстерриториальный характер (так считал, кстати, и д'Аржантре). Однако если закон места нахождения имущества содержит прямое ее запрещение, то определяющим является именно

этот закон. При этом та же общность, основанная на личном законе, лишена вне-земельной силы, так как предполагается, что супруги имели в виду *lexreisitae*. Кроме того, понятие запретительных статутов Фролан применяет не только к территориальным законам: в частности, женщина не может дерогировать своему личному статуту, подчиняющему ее *SenatusconsultumVellejanum* даже вне пределов этого статута. Необходимо подчеркнуть, что у Фролана теория «публичного порядка» практически сливается с учением «об обходе законов».

Конструкции Фролана полны противоречий, и очень часто его мысли не имеют логического завершения. Автор постоянно опровергает свои же собственные высказывания, какой-либо определенной позиции в его произведениях обнаружить невозможно. Неспособность Фролана разработать какую-то собственную теорию привела к тому, что и его современники, и писатели XIX в. отрицательно оценивали его работы. Ж. Буйе писал, что работа Фролана есть не что иное, как «отличный сборник сомнений, которые даже не стоят того, чтобы о них размышляли и пытались их разрешить». По мнению А.Н. Мандельштама, произведения Фролана являются новым доказательством несостоятельности французской доктрины. Аналогичным образом высказался и

А. Лэне: «Фролан был несколько слаб в понимании французской доктрины... работы Фролана сложно назвать полезными».

Между прочим, сам Фролан прекрасно осознавал недостатки своих разработок. Он открыто заявлял о них и в своих книгах, и на собраниях адвокатов: «Я придерживаюсь своего самого обычного стиля и манеры писать... я зачастую даю своему мнению значительную свободу, однако я вас прошу, не принимайте все мои мнения и идеи за сформированное решение проблемы». Такое самокритичное отношение не может не вызывать уважения; и нельзя сказать, что Фролан не привнес ничего нового в развитие теории международного частного права. Его разработки конструкций публичного порядка и обхода закона, его отказ от жесткости принципа реальности кутюмов, его понимание личного закона как *lexoriginis*, даже его нескрываемые сомнения — все это безусловные заслуги Фролана на поприще научного познания.

Луи Бульнуа (LouisBoullenois, 1680—1762), уроженец Парижа, адвокат в Парижском парламенте. Один из наиболее плодовитых авторов в сфере конфликтного права — он рассматривает вопросы столкновения законов в трех своих сочинениях. Первое сочинение — это краткий трактат «О статутах личных, реальных и смешанных» (*Des statut spersonnels, réels et mixtes*) в книге «Вопросы отчуждения имущества» (*Questions sur les Démissions de biens*), изданной в 1727 г. Второе произведение — «Рассуждения о вопросах, порождаемых противоречиями в законах и кутюмах» (*Dissertations sur des questions qui naissent de lacontrariété des loix et des coutumes*), изданное в 1732 г. В окончательном своем виде доктрина Бульнуа представлена в третьем его сочинении — «Трактате о личных и вещных законах, кутюмах и статутах, изложенный в форме наблюдений» (*Traité de la personnalité et de la réalité des loix, coutumes, oustatuts, parforme d'Observations*), изданном в 1766 г. Все три работы представляют научный интерес, но по разным причинам; все три работы раскрывают различные точки зрения на теорию статутов.

В «Вопросах отчуждения имущества» шестой вопрос «О личности и реальности законов» Бульнуа поставил почти так же, как это сделал д'Аржантре в своем Ком-

ментарии к ст. 218 кутюмов Бретани: «Если отец, заключивший акт о разделе имущества, используя различные кутюмы, отказывается от этого имущества, то какие нужно применять кутюмы — те, которые разрешают в неравных долях распределять имущество между детьми, или те, которые разрешают распределение имущества только в равных долях? Какие кутюмы следует применять, если одни устанавливают срок совершения акта о разделе имущества в двадцать дней, другие — в сорок дней, а некоторые кутюмы вообще не устанавливают такой срок? Чтобы понять эти вопросы, необходимо провести различия между персональными, личными и смешанными статутами». В принципе, данная работа Бульнуа является лишь кратким эскизом проблемы, касающейся конфликта законов.

В этом произведении Бульнуа сначала как будто бы воспроизводит рассуждения Фролана. Личный статут главным образом касается лица, но имеет отношение и к вещи. Личным является не только статут, определяющий общие право- и дееспособность, но и статут, касающийся распоряжения имуществом, поскольку он вытекает из первого. Следовательно, дееспособность несовершеннолетнего относится к личному статуту, даже если это касается иностранной недвижимости. Это натяжка, и Бульнуа сам ее осознает. Чтобы оправдать характеристику способности жены завещать как личный статут, Бульнуа считает необходимым выводить ее из общей дееспособности женщины, существующей независимо от ее брака.

Реальный статут главным образом касается имущества, например закон, устраняющий дочерей от наследования или устанавливающий права первородства. Однако теория Бульнуа совершенно подрывается его же собственным замечанием, что статут, ограничивающей в некоторых случаях право распоряжения недвижимостью, имеет реальный характер. Такая непоследовательность автора представляется отголоском итальянского учения, различавшего запретительные и дозволительные статуты.

Не менее противоречивой является конструкция Бульнуа относительно конфликтного эффекта статутов. Личный статут получает внесемельную силу только тогда, когда не сталкивается с реальным. Дееспособность несовершеннолетнего всегда обсуждается по *lex domicilii*, как и способность женщины к составлению завещания, но это лишь вследствие того, что здесь сталкиваются только личные законы. Это довольно странная аргументация, потому что получается, что и *lex domicilii*, и *lex rei sitae* регулируют дееспособность. Подобное построение является полностью произвольным. Это хорошо видно из конструкции Бульнуа, что право жены поручиться за мужа, основанное на *lex domicilii*, уступает закону места нахождения недвижимости, так как здесь личный статут сталкивается с реальным. Очевидно, что в этом случае можно было бы противопоставить личный статут места жительства жены личному статуту места нахождения недвижимости.

Территориальность реального статута обосновывается и другими мотивами. Бульнуа признает итальянское правило, заключающее в пределы территории статуты, противные общему праву. Автор ссылается даже на цель закона. Если дарения между супругами запрещены безусловно, то очевидно, что законодатель хотел повлиять на права состояния супругов. Такой закон является личным. Если запрещение поставлено в зависимость от наличия детей, то закон, очевидно, имел в виду переход имущества и имеет реальный характер.

Хорошо видно, что Бульнуа находится под достаточно сильным влиянием итальянской доктрины и с ее помощью старается смягчить принципы д'Аржантре.

При этом для Бульнюа основным принципом все-таки является территориальность; в случаях сомнения статут должен быть признан реальным. Возможно, именно данное убеждение Бульнюа позволило некоторым авторам утверждать, что он явился одним из самых верных последователей д'Аржантре. Как и бретонский комментатор, Бульнюа считает, что конфликтный эффект закона определяется исключительно его содержанием: только содержание статута делает его реальным или личным.

Однако в своем первом сочинении Бульнюа отвергает категорию смешанных статутов в понимании как д'Аржантре, так и Бургундуса. Он вообще не упоминает о голландской теории, относящей к смешанным статутам форму актов. Вопрос, к каким статутам относятся формы актов, остается открытым. При этом Бульнюа всецело за применение принципа *lex loci actus*, которое он обосновывает соображениями общественной пользы.

Правило *locus regit actum* старо, как сама наука международного частного права; его признавал уже Бартоло. Но юридико-техническое выражение «*lex loci actus*» впервые появилось только в одном из решений Парижского парламента 1721 г. и сразу же стало настолько естественными, что Бульнюа говорил: «Юридический акт есть дитя и гражданин той страны, где он родился, и потому должен быть одет по местной моде».

Второе сочинение Бульнюа «Рассуждения о вопросах, порождаемых противоречиями в законах и кутюмах» было написано как дополнение к «Запискам о статутах» Фролана, который обошел вниманием многие важные вопросы конфликтного права. Бульнюа решил восполнить этот пробел, но утверждал, что его «Рассуждения» (22 вопроса) — это, прежде всего, применение к отдельным сложным вопросам тех принципов, которые были им сформулированы в трактате о «О статутах личных, реальных и смешанных». Во вступлении к «Рассуждениям» он писал, что его первые работы, посвященные конфликтам законов, пестрили различными мнениями, и сейчас он постарается выдвинуть точные и непоколебимые решения проблемы: «Я вспоминаю метод Декарта, который он использовал, дабы найти истину; я полагаю, юрист должен следовать тому же методу, чтобы найти верное решение; я должен собрать всю информацию воедино и начать размышлять».

На самом деле у Бульнюа очень много интересных, заслуживающих внимания идей. Однако взгляды, высказанные во втором его сочинении, основаны на ошибочном толковании Роденбурга (он думал, что Роденбург относил частную дее- и недееспособность всегда к реальному статуту). Впоследствии Бульнюа отказался от подобной оценки. В «Рассуждениях» автор во многих отношениях отдавал предпочтение закону первого места жительства. Вообще «Рассуждения» представляют собой глубокое изучение 22 вопросов, касающихся различных кутюмов и порядка их применения.

Необходимо подчеркнуть, что работы Бульнюа отличались по своим главным идеям, — в «Рассуждениях» 1732 г. он выражал совсем иные идеи, нежели в работе 1727 г.; это две совершенно разные работы. Общим для них является то, что основа теоретических построений автора — новая французская доктрина. Итальянская доктрина воспринята Бульнюа не непосредственно, а через работы Бургундуса, Роденбурга, Павла Вута и Еритуса, которые не были ее поклонниками, а отдавали предпочтение доктрине д'Аржантре. В «Рассуждениях» Бульнюа также отрицательно отзывался об италяньской доктрине: «Они проходили мимо конфликтов права...».

Однако по существу Бульнуа является сторонником именно итальянской школы. В двух своих работах он доказывает, например, необходимость объединения всех законов и необходимость вмешательства законодателя в регулирование тех или иных вопросов. На конфликт наследственных законов Бульнуа смотрел глазами Альберика де Рошате и Бартоломео Салицета. Как и они, Бульнуа настаивал, что этот конфликт должен решаться в пользу закона домицилия. Такое предложение можно расценить как предложение разорвать вековые традиции. Бульнуа это понимал, поэтому аргументация данного предложения отличается очень осторожным характером: «Сейчас, видя разнообразие законов, можно сделать вывод, что они податливы к изменениям... И кутюмы различны лишь в зависимости от судебного дела... Также все провинциальные города сохраняют свои собственные кутюмы, но лишь по отношению к своим жителям, а в основном они заимствуют кутюмы у других городов; вот и получается своего рода обмен законами». Такое высказывание — это своего рода отголосок итальянской школы, идей которой и придерживался Бульнуа.

Конфликтные решения Бульнуа в сфере договорного права также отражают явное влияние итальянских постглоссаторов и Дюмулена. Условия действительности контракта Бульнуа подчиняет закону места его заключения. Бульнуа также признавал идею Дюмулена относительно выбора применимого закона сторонами и расценивал такое решение как самое подходящее для практических потребностей.

Третье (основное) сочинение Бульнуа — это «Трактат о личных и вещных законах, кутюмах и статутах, изложенный в форме наблюдений». Среди всех иностранных авторов Бульнуа особенно выделял Роденбурга, «счастливого соединившего принципы, порядок и ясность». В связи с этим Бульнуа задумал создать свое следующее сочинение в форме комментариев к работам голландского юриста. «Трактат о личных и вещных законах» представляет собой комментарий к трактату Роденбурга *«De jure quod oritur ex statutorum vel consuetudinum diversitate»*, каждая глава которого переведена на французский язык и сопровождается одним или несколькими пояснениями («наблюдениями»). В конце книги помещен оригинальный текст Роденбурга. По мнению А. Лэне, эта работа очень напоминает работы Фролана. Свой комментарий Бульнуа снабдил предисловием и перечнем 49 главных принципов. На создание данного произведения ушло более 30 лет, и «Трактат о личных и вещных законах» был опубликован только после смерти автора, в 1766 г.

Уже во вступлении к «Трактату о личных и вещных законах» видно, насколько Бульнуа был увлечен вопросами конфликтного права: «Этот отдел юриспруденции труден, но прекрасен; я с тем большим удовольствием отдаюсь этой работе, что предпочитаю работать над предметом малоизвестным и столь важным, чем пережевывать предметы, сто раз рассмотренные и сто раз углубленные другими писателями».

По вопросу соотношения личного и реального статута Бульнуа остался верен традиционному французскому подходу о принципиальной территориальности всех кутюмов. Автор ясно выражает эту мысль в одном из своих правил, что устраняет всякие сомнения относительно духа его теории: «В случае сомнения, когда статут говорит о лицах и имуществе и когда его сущность недостаточно выясняется, — естественнее считать его реальным, так как раз дело касается недвижимостей, правильнее подчинить их закону места нахождения, чем иностранному закону, который не имеет никакой прямой и непосредственной власти над ними» (принцип 26).

Булльнуа не проводит различия между объектом и эффектом статутов. Этот «благовоспитанный парижанин» был «правоверным» статутарием и всегда старался придерживаться традиционной доктрины. Ученый рас-пределял законы только по их объектам, не осмеливаясь поддержать идею, что для целей конфликтного права важен не столько объект, сколько эффект закона. По мнению А. Лэне, Булльнуа боялся быть отвергнутым, быть новатором, боялся формулировать новые правила, которые могли бы регулировать сложнейшие вопросы правовых коллизий. При этом, однако, в принципах 38–49 Булльнуа говорит о договорах, завещаниях и процессах, не считаясь с делением законов по их объектам. Необходимо подчеркнуть, что во всей системе Булльнуа лицо противопоставляется только недвижимости, так как движимости по традиции подчиняются *lex domicilii*.

Природа и свойство статута определяют прямым и непосредственным его содержанием, т.е. именно содержание (*sujetetmateriel*) делает его реальным или личным (принцип 23). Казалось бы, природа и свойство закона должны бы определяться и его мотивом, если он настолько ясно и точно выражен, что разум не позволяет предполагать какой-либо другой мотив. Например, статут, запрещающий супругам взаимные дарения, обычно считается реальным, потому что его цель — сохранить имущество каждого из супругов для его наследников. Однако если совершенно ясно, что мотив запрещения дарений установлен исключительно ради сохранения мира между супругами, чтобы не было повода для раздора между ними, — такой статут следовало бы считать личным. Эти высказывания Булльнуа также представляют собой отголоски итальянской доктрины. Не объект, а мотив закона определяет его территориальный или экстерриториальный характер, но только в исключительных случаях — когда закон ясно выражает свою цель. Тем не менее, признает Булльнуа, судебная практика решает иначе: важен не мотив запрещения, а тот предмет, который запрещается (принцип 24).

Необходимо подчеркнуть, что Булльнуа во многом следовал не только итальянской школе, но и находился под сильным воздействием голландской доктрины, в частности воззрений Павла и Иоанна Вутов, для которых решающее значение имело намерение законодателя, а не предмет распоряжения. Влияние Павла Фута сказалось в формулировке Булльнуа его принципа 6: «С точки зрения строгого права все законы, изданные государем, имеют силу и авторитет только в пределах его господства; но во имя общественного и общего блага народов допущено несколько исключений в интересах гражданского общества; так, совершеннолетие и малолетство домицилия признаются всюду, даже для имуществ, находящихся за границей».

Сам Булльнуа отстаивает двухчленное деление законов: иногда законы государства имеют первым, главным и господствующим объектом регулирование состояния лиц, иногда — регулирование только вещей, иногда — регулирование тех и других (принцип 7). Цель исследователя — создать общую стройную систему, но он осознает все трудности, которые ему предстоят: «Нельзя в этой области обходиться без принципов, иначе правосудие будет произвольно; но эта область так сложна, что я могу только фиксировать принципы, способные разрешить возможно большее количество смешанных случаев (т.е. случаев коллизии) и по возможности так, чтобы это служило общему благу; но не следует всегда выводить строгие заключения и добиваться точной логики; здесь это немыслимо. Невозможно придумать такие правила, которые бы применялись везде одинаково. К тому же нужно иметь огромный

опыт в адвокатской практике, чтобы правильно применять допущенные максимы. Предмет настолько колюч, что при всем знании и опытности все же остаешься по многим вопросам в сомнении».

Пользуясь схоластическими приемами различения диалектиков XIV в., Бульнуа придумал весьма любопытное подразделение статута. Личные законы имеют первым, главным и господствующим объектом регулирования состояние лица (принцип 9); они определяют свойство, всегда присущее лицу и всюду остающееся одним и тем же (принцип 10); все личные законы простираются только на domiciliрованных (принцип 17).

Личные статуты бывают двух видов.

1. Общие (универсальные — *universels*) личные статуты очерчивают всю гражданскую сферу лица и являются неопределенными (*indefinis*). К ним относятся нормы, устанавливающие возраст совершеннолетия или несовершеннолетия, касающиеся попечительства над безумными и расточителями. Универсальные статуты могут устанавливать и отношение к имуществу.

2. Частные (партикулярные — *particuliers*) личные статуты касаются только части юридической сферы лица, но в этой части действуют на все его имущество (например, статуты, эмансипирующие несовершеннолетнего и дающие ему право управлять всем его имением). Партикулярные статуты, в свою очередь, также подразделяются на два вида:

- чисто личные (*purspersonnels*) частные статуты видоизменяют общую дееспособность относительно какого-нибудь личного акта (например, неспособность женщины быть поручительницей). Чисто личные статуты сопутствуют лицу повсеместно (принцип 18);

- лично-реальные (*personnelstréels*) частные статуты касаются лица только по отношению к недвижимости. Эти статуты можно назвать смешанными, так как они одинаково имеют в виду и лицо, и имущество (например, закон, разрешающий дарения между несовершеннолетним супругом и его женой: этот закон влияет на состояние лица, но только относительно имущества, находящегося на территории). Лично-реальные статуты обычно простираются только на имущества территории, где они властвуют над лицом (принцип 20); иногда действуют и за границей, но только если они согласны между собой и только в силу «братства» (принцип 21).

Интересно, что в первых своих работах Бульнуа отвергал существование смешанных статутов, но потом пришел к выводу, что они есть; однако это совсем не то, что думали другие, это «партикулярные личные статуты, акты которых реальные». Они касаются и лица, и вещи, но в отличие от универсальных личных статутов касаются только определенных актов (например, закон, позволяющий малолетнему распоряжаться недвижимостью в пользу своей жены путем взаимного дарения).

Реальные (чисто реальные) статуты регулируют и управляют прямо и непосредственно вещами (принцип 22); они имеют в виду главным образом недвижимость; могут относиться и к лицам, но не касаются их общей право- и дееспособности (например, статут, запрещающий отчуждение 2/3 недвижимого имущества). Реальные статуты ни прямо, ни косвенно не распространяются за пределы юрисдикции и государства законодателя (принцип 27); им одинаково подчинены как domiciliрованные, так и недомилицированные; но бывает, что в силу положительного права им подчинены только domiciliрованные (принцип 28).

И универсальные, и партикулярные личные статуты имеют внеземельную силу. Лично-реальные статуты действуют только в пределах территории и только по отношению к домицилированным (например, статут, устанавливающий способность к составлению завещания). Реальные статуты всегда являются абсолютно территориальными.

С теоретической точки зрения, система Бульнуа производит новаторское впечатление. Такое подразделение статутов представляет собой эксклюзив, и складывается впечатление, что теория статутов получила новое направление в своем развитии. Бульнуа писал свои работы в стиле, сильно отличающемся от других авторов, и его работы имеют более решительный характер. Однако Бульнуа показывает безрассудную смелость только в теории. На практике он весьма осторожен, даже можно сказать — застенчив. Это говорит о нем «как о хорошем дипломате, который сам ничего решить не может, а только берет часть идей у других авторов и присваивает себе». Например, в ответ на предложение Буйе решать конфликт права в пользу закона домицилия Бульнуа говорит: «Конечно, я с охотой полагаю, что лучше было бы установить один закон на территории всей Франции; но я вынужден оперировать законами своего города, которые существуют на данный момент, я должен согласовать свои решения с теми принципами, которые существуют в обществе на данный момент... я считаю, что власть суверена не может быть ограничена... Новые законы пока недостаточно совершенны, чтобы заменить старые... Я должен согласовывать свои решения с принципами, которые существуют на данный момент». Под этими принципами Бульнуа понимает господствовавшую среди ученых доктрину. «Законов, которым надо подчиняться», на тот момент во Франции еще не существовало.

Построения Бульнуа производят впечатление довольно стройной системы, но на самом деле они достаточно запутанны и противоречивы. Границы между личным и реальным законами передвигаются «с поразительной быстротой, благодаря измышлению гибких вещно-личных статутов». Ученый сам осознавал туманность и искусственность своей конструкции, поэтому попытался предложить «путеводитель» для распознавания характера статутов. Если закон позволяет что-нибудь лицу дееспособному, он является личным, так как частное разрешение только подтверждает общие права лица. Если закон запрещает дееспособному лицу отдельный личный акт, он опять-таки имеет личный характер; но когда это запрет вещного свойства — закон следует считать чисто реальным. В данном случае он приостанавливает дееспособность относительно данного имущества. Статуты, подтверждающие недееспособность частными запретами, являются личными. Статуты, которые разрешают отдельные недозволенные акты, являются личными, только если сами акты — личного свойства; в противном случае такие статуты превращаются в лично-реальные или смешанные. Таким образом, чисто реальный статут всегда имеет отрицательное содержание, а лично-реальный — положительное.

При конфликте между двумя личными статутами решает статут домицилия (принцип 29); но при конфликте между личным и реальным статутами решает реальный статут. С точки зрения конфликтного эффекта общие личные статуты обоих видов имеют внеземельную силу, однако лишь до тех пор, пока не сталкиваются с реальными. Например, право несовершеннолетнего отчуждать недвижимости обсуждается по *lexdomicilii*, поскольку в этом случае имеет место столкновение

личного статута места жительства с личным статутом места нахождения недвижимости. Однако совершеннолетний, который мог бы подарить все свое имущество по *lex domicilii*, не может этого сделать, если имущества находятся в кутюме, который это запрещает. Право распоряжаться всем своим имуществом по завещанию, основанное на *lex domicilii*, останавливается ограничительным местным законом, имеющим реальный характер (принцип 30). Другой пример: общность имущества между супругами сохраняет силу в пределах статутот, отвергающих ее в принципе. Но эта общность приостанавливается в своем действии статутом, не допускающим ее относительно местной недвижимости, так как такой статут имеет реальный характер.

Закону первого места жительства (происхождения — *lex originis*) подчиняются вопросы совершеннолетия, отеческой власти, эмансипации. Однако Бульнуа настаивает, что это только исключение из правила, определяющего личный статут по настоящему месту жительства лица (*lex domicilii*). Интересно, с каким пылом Бульнуа отстаивает необходимость определения недееспособности исключительно по *lex domicilii*. При этом он руководствуется отнюдь не соображениями стабильности гражданского оборота, а озабочен только интересами лица, ограниченного в своей дееспособности: «Как это может быть, чтобы лицо, которое по своему состоянию неспособно продавать и отчуждать так, чтобы это имело силу, было способно экспроприировать у себя проданную и отчужденную вещь.... Неспособность следует за лицом повсюду и влияет не только на его личные обязательства, но и на отчуждение недвижимостей... Когда закон объявляет лицо малолетним или совершеннолетним, это делается главным образом, чтобы запретить ему или дозволить отчуждение своих имений, потому что по отношению к недвижимости последствия ее отчуждения и незначительны, и не столь важны для имущества малолетнего... Когда закон фиксировал малолетство или совершеннолетие, он главным образом имел в виду недвижимость, и польза гражданского оборота требует, чтобы состояние совершеннолетнего или малолетнего могло простирается всюду.... В ином случае вытекали бы нелепые последствия: например, интердикт против расточителя со стороны судьи его домицилия имел бы значение только для его движимостей и личных обязательств, но тот же расточитель мог бы безнаказанно растрачивать свою недвижимость, находящуюся в другом судебном округе». Однако Бульнуа сразу же оговаривается: он требует применения закона домицилия только к обсуждению вопроса о дееспособности продавца, но он далек от мысли, чтобы законы домицилия вообще могли иметь значение для недвижимости, лежащей вне территории домицилия.

Говоря о подчинении личного состояния закону домицилия, Бульнуа иллюстрирует свои выводы примерами, когда действительность имущественной сделки зависела от решения вопроса только о дееспособности распоряжающегося лица. В связи с этим вряд ли можно предположить, что правоспособность лица он также готов обсуждать по закону домицилия.

По мнению А.Н. Мандельштама, система Бульнуа в высшей степени схоластична и произвольна; его теория теряется в массе нагроможденных цитат и схоластических повторений; границы между личными, реальными и лично-реальными статутами легко стираются. Лично-реальные статуты изобретены, очевидно, для того, чтобы замаскировать явно территориальные тенденции автора. В сущности,

это только новое издание теории Роденбурга. Способность несовершеннолетнего к отчуждению недвижимостей считается общим личным статутом, а способность к составлению завещания того же несовершеннолетнего — частным лично-реальным. Это различие можно мотивировать только желанием ограничить внеземельную силу способности к составлению завещаний. Вообще у Бульнуа лично-реальный статут очень часто переходит в реальный. Например, право жены на отчуждение приданого является не лично-реальным (как бы следовало ожидать из общей системы), а чисто реальным. Точно так же решается вопрос о дарениях между супругами. Что касается статута, устранивающего дочерей от наследования, то Бульнуа так и не смог точно определить его характер — ученый называет его то реальным, то лично-реальным.

На упрек во всех возможных противоречиях ответил сам же Бульнуа: «В таком трудном предмете, где приходится отвечать на тысячи вопросов, впасть в противоречия не мудрено; но разве другие не спотыкались? Разве знаменитые римские юристы, Сцевола и Папиниан, своих решений не меняли? Не меняют своих решений только упрямцы и невежды; недаром сказал Св. Августин, что тот любит себя свыше меры, кто предпочитает оставить других в заблуждении, в которое он их ввергнул, чем сознаться в своей ошибке». Эта скромность может обезоружить самую суровую критику. Бульнуа, прежде всего, практический юрист, который сам прекрасно осознавал шаткость своих положений. Ученый вполне допускал, что его принципы имеют только относительную цену, но это не останавливало его в поиске наиболее справедливых решений.

Кроме того, по оценке того же А.Н. Мандельштама, иногда сквозь туманные конструкции автора проглядывает идея международного общения. Во введении к «Трактату» Бульнуа довольно точно определяет задачу международного частного права. Он признает, что общественная необходимость (*une certaine necessite publique*) заставляет отступить от принципа абсолютной территориальности законов; что интересы торговли и общения приводят к взаимному проникновению законов (*droit de parours et entrecours*). Поэтому иногда у него лично-реальные статуты получают экстерриториальную силу (если они тождественны с законами места нахождения недвижимости), пусть и не по праву, а «по братству». Потребности международной жизни заставляют Бульнуа делать уступки личному началу и в области наследственного права.

По мнению П. Арминджона, в теории Бульнуа можно увидеть зачатки концепции: международное частное право вместе с международным публичным правом составляют две отрасли международного права. Это подтверждается тем, что Бульнуа основывал свои доводы на принципе суверенитета государств и писал: «Это правило старо как мир... только тот, кто обладает суверенной властью, может создавать законы».

Идея международного общения прекрасно выражена в следующих словах Бульнуа: «Можно ли надеяться, что народ когда-нибудь выберет несколько общих принципов регулирования среди бесчисленного множества кутюмов?.. Конечно, я представил все законы, регулирующие жизнь народа на определенной территории... разные законы, правящие народами, — это государи, авторитета коих я не желаю оскорблять; однако я представляю весь мир в целом как одну Республику, где должны существовать единые законы, где будут мир и согласие».

Самое главное, что необходимо иметь в виду: доктрина Бульнуа уже нацелена не на разрешение интелокальных коллизий между кутюмами одной страны, а на решение международных коллизий, коллизий между законами суверенных государств (недаром М.И. Брун назвал этого ученого «последним из статутариев»). Вслед за представителями голландской школы Бульнуа анализирует не совокупность французских кутюмов, а совокупность национальных законов. Хотя и в данном случае Бульнуа проявляет свойственную ему чрезмерную осторожность и высказывается в том духе, что его изыскания — это только поиск надлежащего регулирования конфликтов между различными французскими кутюмами.

(продолжение следует)

В.А. Сивицкий

профессор кафедры
конституционного
и административного права
юридического факультета
Санкт-Петербургского
кампуса (филиала)
Национального
исследовательского
университета «Высшая
школа экономики»,
кандидат юридических наук

О динамике типологии решений конституционного суда Российской Федерации

В статье в контексте более чем 20-летней деятельности Конституционного Суда Российской Федерации рассматриваются произошедшие в течение последнего времени изменения в типологии решений Конституционного Суда. Предметом исследования является возникновение новых и судьба ранее применявшихся в практике отечественного конституционного правосудия типов решений Конституционного Суда.

Ключевые слова: Конституционный Суд, решение Конституционного Суда, постановление Конституционного Суда, определение Конституционного суда, конституционно-правовой смысл нормы, отказ в принятии обращения в Конституционный Суд, прекращение переписки, разрешение дел без проведения слушания, регламент Конституционного Суда.

Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» (далее – ФКЗ «О Конституционном Суде РФ») не использует категорию «тип решения Конституционного Суда Российской Федерации». Ст. 71 этого закона определяет виды решений. Однако очевидно, что в рамках вида решения можно обнаружить группы решений, выделяющихся либо своим целевым назначением, либо правовыми условиями принятия, либо порядком принятия. Это может предопределять (а может и не предопределять) существенное различие элементов содержания и, во всяком случае, всегда отражается в тексте решений некоторыми маркерами – стандартными, типовыми фразами, правовыми и (или) лингвистическими конструкциями, позволяющими отнести то или иное решение к определенной группе. Соответствующие группы будем называть условно типами решений Конституционного Суда РФ.

Можно предположить, что если виды решений Конституционного Суда РФ неизменны, то типология может быть более гибкой и подвижной. При этом ее изменение может быть обусловлено как изменением нормативного регулирования, так и развитием практики конституционного правосудия.

Целью настоящей статьи не является полная классификация решений Конституционного Суда РФ по типам. Поэтому возможно частичное взаимное наложение одного типа на другой, в том числе из тех типов решений, которые стали предметом рассмотрения в настоящей статье. Что касается критерия того, почему для рассмотрения был выбран тот или иной тип решения Конституционного Суда, то во многом выбор случаен, но в целом затронута как раз та типология, которая отражает тенденции развития конституционного правосудия в России.

Появление типа постановлений Конституционного Суда Российской Федерации, принятых без проведения слушаний. Федеральный конституционный закон от 3 ноября 2010 г. № 7-ФКЗ «О внесении изменений в Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации»»¹, вступивший в силу 9 февраля 2011 г., содержит наиболее существенные на сегодняшний день изменения ФКЗ «О Конституционном Суде РФ», касающиеся собственно конституционного процесса. Самое значимое из них — это возможность рассмотрения дел без проведения слушаний, которое регулируется в новой ст. 47.1 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» и в ряде других статей. В теории конституционного контроля соответствующая форма нередко именуется письменным производством (в отличие от производства устного, т.е. от рассмотрения и разрешения дел с проведением их слушания). В принципе, в данной работе хотелось бы уйти от исследования вопроса о приемлемости такой формы. Автор убежден, что сама по себе модель письменного производства не нарушает ни одного конституционного принципа правосудия, а цель введения новой организационной формы конституционного судопроизводства — дальнейшее совершенствование защиты прав и свобод его инструментами. Но поскольку этот вопрос из тех, по которым специалист может оставаться на своей точке зрения сколь угодно долго, вряд ли приведение дополнительных аргументов будет продуктивным.

Когда применяется разрешение дела без проведения слушания? Первый вариант: если оспариваемые заявителем положения нормативного правового акта аналогичны нормам, ранее признанным не соответствующими Конституции Российской Федерации постановлением Конституционного Суда РФ, сохраняющим силу. Принципиально, что «аналогичность» не значит «идентичность», т.е. то, что норма «точно такая же». Скорее, в качестве синонима можно употреблять слова «сходная», «похожая». О том, что одна норма аналогична другой, можно говорить, если в ней закрепляется, пусть даже применительно к другим субъектам правоотношений, такое же правило. Возможно даже, что правило не совсем такое, но его неконституционный или конституционный смысл, можно сказать «квинтэссенция», или основная суть, являющаяся предметом оценки Конституционным Судом, такая же. В принципе, эта аналогичность — как аналогичность в конституционном или неконституционном смысле — в любом случае будет выявляться применительно к конкретному делу самим Конституционным Судом.

С одной стороны, формально комментируемая статья говорит о ситуации, когда аналогичная норма признана именно неконституционной. С другой стороны, по своей природе неконституционность и выявление конституционного смысла при признании нормы конституционной, по сути дела, представляют собой разные

¹ СЗ РФ. 2010. № 45. Ст. 5742.

механизмы реагирования в фактически идентичной ситуации, когда исследование обнаруживает дефект механизма правового регулирования с точки зрения конституционности. Поэтому, как представляется, нет оснований предполагать, что законодатель исключал возможность применять этот инструмент и тогда, когда норма признана конституционной в определенном смысле.

Сложнее вопрос с тем, возможно ли рассмотрение дела без проведения слушания, если конституционный смысл аналогичной нормы был выявлен не постановлением, а «определением с позитивным содержанием» Конституционного Суда. Определенные аргументы в пользу признания роли «позитивного определения» для рассмотрения дела без проведения слушания есть: предполагается (с точки зрения генезиса этой разновидности определений), что в их основе лежит все равно постановление (правовые позиции, содержащиеся в постановлении). Так, из принятых без проведения слушания постановлений вряд ли можно вывести такие, которые можно считать не имеющими в своей смысловой основе ранее вынесенного постановления Конституционного Суда.

Второй вариант, когда возможно рассмотрение дела без проведения слушания — если оспариваемая заявителем норма, ранее признанная неконституционной постановлением Конституционного Суда РФ, сохраняющим силу, применена судом в конкретном деле, и подтверждение Конституционного Суда необходимо для устранения фактов нарушений конституционных прав и свобод граждан в правоприменительной практике. Безусловно, возникало опасение, не побуждает ли норма о возможности подтверждения Конституционным Судом РФ неконституционности тех или иных норм к бесконечному воспроизведению в рамках письменного производства содержания уже принятых Конституционным Судом постановлений о признании неконституционными тех или иных правовых норм. Это фактически сделало бы Конституционный Суд обычным правоприменительным судом, принимающим решение по конкретным делам.

В отношении данной проблемы ключевым является указание федерального законодателя на то, что подтверждение Конституционным Судом РФ неконституционности нормы необходимо для устранения фактов нарушений конституционных прав и свобод граждан в правоприменительной практике. В силу этого Конституционный Суд вовсе не обязан в каждом случае принимать дублирующие постановления. По общему правилу, может быть установлено отсутствие необходимости подтверждать неконституционность тех или иных норм, поскольку на самом деле права нарушены не той нормой, которая была признана неконституционной, либо факт одного ошибочного правоприменения сам по себе еще не обязывает Конституционный Суд возвращаться к этому вопросу, если сохранение неконституционного применения не подтверждено сложившейся практикой. В таком случае должно быть вынесено отказное определение. При этом расширились возможности Конституционного Суда в сфере актуализации положений постановлений и определений, признававших те или иные нормы неконституционными или конституционными в определенной части (или в определенном смысле).

Возможность рассмотрения дела без проведения слушания зависит также от формы проверяемого акта и от вида нормоконтроля (в сочетании обоих факторов). При этом для других, кроме нормоконтроля, полномочий Конституционного Суда, «письменное производство» в принципе неприменимо.

Согласно ст. 47.1 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» суд может рассматривать и разрешать без проведения слушания дела о соответствии Конституции РФ указанных в п. 1 ч. 1 ст. 3 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» нормативных правовых актов (за исключением федерального конституционного закона, федерального закона, конституции республики, устава края, области, города федерального значения, автономной области, автономного округа), проверять по жалобе на нарушение конституционных прав и свобод граждан конституционность закона, примененного в конкретном деле, или проверять по запросу суда конституционность закона, подлежащего применению в конкретном деле. Принципиально отметить, что, таким образом, содержащееся в скобках ограничение, на первый взгляд исключающее любые федеральные законы из процедуры рассмотрения без проведения слушания, относится только к абстрактному нормоконтролю, а на конкретный нормоконтроль не распространяется. Иными словами, по жалобам граждан и по запросам судов без проведения слушания может проверяться конституционность любого закона, который в принципе может быть предметом рассмотрения в порядке конкретного нормоконтроля.

Таким образом, рассмотрение дела без проведения слушания возможно, если ситуация подпадает под рассмотренные выше критерии, в случае принятия Конституционным Судом к рассмотрению:

- запроса Президента Российской Федерации, Совета Федерации, Государственной Думы, одной пятой членов Совета Федерации или депутатов Государственной Думы, Правительства Российской Федерации, Верховного Суда Российской Федерации, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации, органа законодательной или исполнительной власти субъекта Российской Федерации о проверке конституционности нормативного акта Президента Российской Федерации, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства Российской Федерации; закона или иного нормативного акта субъекта Российской Федерации (кроме конституции и устава), изданного по вопросу, относящемуся к ведению органов государственной власти Российской Федерации или совместному ведению органов государственной власти Российской Федерации и органов государственной власти субъектов Российской Федерации; договора между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти субъекта Российской Федерации, договора между органами государственной власти субъектов Российской Федерации; не вступившего в силу международного договора Российской Федерации;
- жалобы на нарушение конституционных прав и свобод законом, примененным в конкретном деле, рассмотрение которого завершено в суде;
- запроса суда о проверке конституционности закона, подлежащего применению в конкретном деле.

При этом именно Конституционный Суд может прийти к выводу о наличии оснований (условий) для рассмотрения дела без проведения слушания. При наличии такого вывода в решении Конституционного Суда о принятии обращения к рассмотрению (т.е. в протоколе заседания Конституционного Суда) указывается, что суд предполагает разрешить дело без проведения слушания. Принципиально, что сама по себе лингвистическая конструкция, содержащаяся в ч. 5 ст. 47.1 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» и воспроизведенная в Регламенте Конституцион-

ного Суда: «Конституционный Суд предполагает разрешить дело без проведения слушания», — свидетельствует о том, что соответствующее решение Конституционного Суда, каким образом будет разрешаться дело, носит по существу предварительный характер.

Согласно ч. 2 ст. 47.1 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» дело не подлежит разрешению без проведения слушания, если ходатайство с возражением против применения такой процедуры подано Президентом Российской Федерации, Советом Федерации, Государственной Думой, Правительством Российской Федерации или органом государственной власти субъекта Российской Федерации в случае, когда предполагается разбирательство дела о соответствии Конституции Российской Федерации принятого соответствующим органом нормативного правового акта; ходатайство подано заявителем в случае, когда проведение слушаний необходимо для обеспечения его прав.

Вопрос, насколько Конституционный Суд связан требованиями о проведении слушаний, требует отдельного рассмотрения. Отметим лишь, что применительно к ходатайству заявителя предполагается большая свобода усмотрения Конституционного Суда, чем по ходатайству принявшего акт органа. По сути, суд может оценить, действительно ли «проведение слушаний необходимо для обеспечения его (заявителя) прав», а если сочтет, что такой необходимости нет, отказать в удовлетворении ходатайства. Но возникает вопрос — нет ли здесь нарушения принципа равенства процессуальных прав сторон? Как представляется, на данный вопрос может быть дан отрицательный ответ.

Сам по себе процесс выбора той или иной организационной формы конституционного судопроизводства (с проведением или без проведения слушаний) не влияет на степень защищенности интересов сторон конкретного дела. Какая бы форма избрана ни была, обе стороны в части ее использования будут наделены равными правами. Иначе говоря, нельзя сказать, что при слушании дела сторона, издавшая оспариваемый акт, находится в более комфортных условиях, нежели обжалующий его заявитель, однако равным образом нельзя утверждать и обратное. В силу этого реализация права на заявление (и безусловное или условное удовлетворение) ходатайства не ставит в рамках процесса сторону, заявившую ходатайство, в лучшее по сравнению с другой стороной положение.

В то же время необходимо иметь в виду, что наиболее значимая и широкая категория заявителей — граждане и их объединения — может участвовать в конституционном производстве только в качестве заявителей. При этом вопрос о проведении письменного производства по их обращениям может встать только в случаях, если решение по рассматриваемому делу будет — с высокой степенью вероятности, хотя и не с абсолютной уверенностью — практически предreshено предыдущим признанием аналогичной или той же нормы неконституционной (или выявлением ее конституционного смысла), т.е. будет не в пользу государственного органа или должностного лица, принявшего (издавшего) оспариваемый акт. Таким образом, гражданин находится в заведомо привилегированном положении по сравнению с указанным органом или лицом. В этих условиях фактическая обязательность для суда ходатайства публично-властных субъектов, указанных в п. 1 ч. 2 ст. 47.1 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ», принявших оспариваемый акт, по сути лишь является одним из возможных средств выравнивания процессуального положения сторон.

Отметим, что Конституционный Суд, даже если он не обязан в конкретной правовой ситуации отказываться от рассмотрения дела без проведения слушания по чьей-либо инициативе, в любом случае вправе это сделать, прислушавшись к доводам инициатора рассмотрения дела с проведением слушания. Также суд сам в любой момент до вынесения постановления может увидеть необходимость публичного рассмотрения.

Существующее правовое регулирование как в ФКЗ «О Конституционном Суде РФ», так и в Регламенте Конституционного Суда (в настоящее время действует в редакции, утвержденной Решением Конституционного Суда от 24 января 2011 г.²) позволяет полноценно осуществлять рассмотрение дел без проведения слушаний. Каких-либо признаков того, чтобы от этого страдали права граждан, не наблюдается. По юридической силе принятые в данной процедуре постановления полностью идентичны постановлениям, принятым с проведением слушаний.

Исчезновение решений, принятых палатами Конституционного Суда. Федеральный конституционный закон от 3 ноября 2010 г. № 7-ФКЗ отменил такую организационную форму конституционного судопроизводства, как палаты Конституционного Суда Российской Федерации. В заседаниях палат разрешались дела, отнесенные к ведению Конституционного Суда и не подлежащие рассмотрению, согласно Закону о Конституционном Суде, исключительно в пленарных заседаниях. Палатами принимались постановления Конституционного Суда Российской Федерации, определения о прекращении производства по делу, определения об официальном разъяснении постановлений, принятых палатой, и по ходатайствам об официальном разъяснении таких постановлений (различие между последним и предпоследним типом может быть темой отдельного исследования).

Теперь принятие решений палатой исключено. Правда, возникает неопределенность, связанная с ситуацией, когда требуется дать официальное разъяснение постановления, принятого палатой ранее. Пока с такой проблемой Конституционный Суд не сталкивался. Можно предположить, что она будет решена путем дачи официального разъяснения всем составом Суда, раз такая форма, как палаты, действующей редакцией ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» не предусмотрена, а в переходных положениях Федерального конституционного закона от 3 ноября 2010 г. № 7-ФКЗ этот вопрос не решен.

Отметим, что хотя палаты имели безусловный плюс — меньшему количеству судей проще выработать согласованное решение, параллельно можно было рассматривать три дела, что ускоряло конституционный процесс, — отмена палат тоже объяснима. Во-первых, это снижает нарастающий в связи с увеличением количества правовых позиций риск того, что позиции палат будут противоречить друг другу и позиции пленума. Во-вторых, ст. 125 Конституции РФ, в отличие от ст. 126 и 127 о других высших судах, предусматривает конкретную численность Конституционного Суда — 19 человек. Стремление к полной юридической чистоте предполагает, чтобы решения принимались все-таки составом суда, установленным исходя из этой численности.

Необходимо отметить, что упразднение палат Конституционного Суда стало возможным только благодаря такой правовой новелле Федерального конституци-

² Вестник Конституционного Суда РФ. 2011. № 1.

онного закона от 3 ноября 2010 г. № 7-ФКЗ как сокращение нормативного объема принципа непрерывности судебного заседания в конституционном процессе. Теперь этот принцип, как следует из его буквального наименования, касается только невозможности прерывать заседание Конституционного Суда, за исключением времени, отведенного для отдыха или необходимого для подготовки участников процесса к дальнейшему разбирательству, а также для устранения обстоятельств, препятствующих нормальному ходу заседания. Соответственно, установленный ранее запрет рассматривать одно дело, не закончив другое (не касающийся, впрочем, параллельного рассмотрения дел в палате и на пленуме), из закона был исключен. Как представляется, такая корректировка принципа не является критичной для его существования. Ведь его ядро — недопустимость прерывания заседания, т.е. судебного изучения доказательств, чтобы не нарушить целостность восприятия судьями, — сохранилась.

Отсутствие в практике Конституционного Суда постановлений, которыми норма признается полностью неконституционной. В принципе, такая тенденция была всегда. Сейчас фактически не встретишь постановления, где норма признается полностью неконституционной. Есть два варианта.

Один — это признание нормы неконституционной в той или иной части, смысле и т.д. Очевидно, что постановление Конституционного Суда, признающее положение нормативного правового акта утратившим юридическую силу, не всегда означает буквальное исключение этого положения из нормативного правового акта. Конституционный Суд может определить пределы действия данного положения. Характерным примером является Постановление Конституционного Суда Российской Федерации по делу о проверке конституционности ст. 12 Закона СССР от 9 октября 1989 г. «О порядке разрешения коллективных трудовых споров (конфликтов)». В п. 1 резолютивной части этого постановления было определено, что установленный ч. 1 ст. 12 данного закона запрет забастовок на предприятиях и организациях гражданской авиации соответствует Конституции Российской Федерации в той мере, в какой право на забастовку отдельных категорий работников может быть ограничено согласно ст. 55 (ч. 3) Конституции Российской Федерации в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны, безопасности государства. Таким образом, была использована конструкция «в той мере, в какой». Могут быть и иные конструкции, максимально ограничивающие пределы признания нормы неконституционной. Фактически Конституционный Суд имеет возможность определять пределы сохранения действия нормы.

Именно в связи с этим кто-то с критикой, а кто-то с одобрением говорят о выполнении Конституционным Судом нормотворческой функции. Здесь хотелось бы, в чем-то абстрагируясь от Конституционного Суда Российской Федерации и обратившись к любому суду, который осуществляет нормоконтроль, посмотреть, а как (абстрактно теоретически) наиболее правильно было бы себя повести, если суд усмотрит противоречие проверяемого акта тому, на соответствие которому проверка осуществляется? Что представляет собой критерий качества работы? В данном случае волей-неволей возникает аналогия с хирургом, удаляющим новообразование: он должен сделать так, чтобы, с одной стороны, никаких патологических частиц не осталось, а с другой — чтобы здоровая часть органа сохранилась и могла

функционировать. Именно так филигранно надо удалять из правовой системы дефекты правового регулирования, осуществляя нормоконтроль.

Суд не может «вычеркнуть» лишнее, он не может «удалить» правовой механизм, который в целом является здоровым и нужным субъектам правоотношений, но в котором есть дефект. Линейное признание нормы недействительной или недействующей целиком, без какого-либо замещения нанесет куда больший ущерб чистоте и качеству правовой системы, чем «квазинормотворчество» Конституционного Суда, которое на самом деле представляет собой средство обеспечения качественного судебного нормоконтроля.

Вообще говоря, так должен вести себя любой суд при осуществлении нормоконтроля. Ведь законодатель, по существу, одинаково — кроме предмета, масштаба и нюансов предварительной стадии — регулирует нормоконтроль, осуществляемый Конституционным Судом, и нормоконтроль, осуществляемый, например, районным судом относительно муниципального нормативного правового акта.

Так, согласно ст. 253 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации суд, признав, что оспариваемый нормативный правовой акт не противоречит федеральному закону или другому нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, принимает решение об отказе в удовлетворении соответствующего заявления (ч. 1); установив, что оспариваемый нормативный правовой акт или его часть противоречит федеральному закону либо другому нормативному правовому акту, имеющему большую юридическую силу, суд признает нормативный правовой акт недействующим полностью или в части со дня его принятия или иного указанного судом времени (ч. 2). Решение суда о признании нормативного правового акта или его части недействующим влечет за собой утрату силы этого нормативного правового акта или его части, а также других нормативных правовых актов, основанных на признанном недействующим нормативном правовом акте или воспроизводящих его содержание (ч. 3). Решение суда о признании нормативного правового акта недействующим не может быть преодолено повторным принятием такого же акта (ч. 4).

Если мы сопоставим положения ст. 253 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации с положениями ст. 87 и 100 (отражающими варианты решений Конституционного Суда в результате нормоконтроля) и 79 (о юридической силе решений Конституционного Суда) ФКЗ «О Конституционном Суде РФ», мы увидим, что глубокие сущностные — позволяющие кардинально по-другому характеризовать соответствующую судебную деятельность — различия на уровне нормативного правового регулирования отсутствуют. Не может считаться в этом смысле поводом для утверждения о различиях в природе нормоконтроля то обстоятельство, что Конституционный Суд признает нормы недействительными, а суды общей юрисдикции — недействующими.

Не может быть весомым аргументом в пользу «особости» правового регулирования полномочий Конституционного Суда при осуществлении нормоконтроля то, что согласно ст. 6 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» его решения обязательны на всей территории Российской Федерации для всех представительных, исполнительных и судебных органов государственной власти, органов местного самоуправления, предприятий, учреждений, организаций, должностных лиц, граждан и их объединений. Дело в том, что согласно ч. 1 ст. 6 Федерального конституционного

закона «О судебной системе Российской Федерации» вступившие в законную силу постановления федеральных судов, мировых судей и судов субъектов Российской Федерации, а также их законные распоряжения, требования, поручения, вызовы и другие обращения являются обязательными для всех без исключения органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, должностных лиц, других физических и юридических лиц и подлежат неукоснительному исполнению на всей территории Российской Федерации. Строго говоря, оснований для специальной «сакрализации» решений Конституционного Суда из этих норм в их системе не усматривается.

Но на выходе получаются существенно разные продукты. Если обычный суд просто делает вывод о законности или незаконности той или иной нормы либо акта в целом, то Конституционный Суд в итоговом решении использует конструкции, которые, действительно, позволяют увидеть в его решениях свойство специфической нормативности. Еще раз подчеркнем, что дело здесь не в «особости» Конституционного Суда. Просто у Конституционного Суда раньше возник ресурс квалификации и решительности для такой методологии деятельности.

Второй вариант — это выявление конституционно-правового смысла нормы. Принципиальной разницы между признанием нормы неконституционной в определенной части и выявлением ее конституционно-правового смысла, на первый взгляд, нет (при том, что последнее является проявлением со стороны Конституционного Суда конституционной сдержанности). Как неоднократно подчеркивал Конституционный Суд, юридическая сила его решения, в котором выявляется конституционно-правовой смысл нормы и тем самым устраняется неопределенность в ее интерпретации с точки зрения соответствия Конституции Российской Федерации, обуславливает невозможность применения данной нормы (т.е. прекращение действия) в любом другом истолковании, расходящимся с ее конституционно-правовым смыслом, выявленным Конституционным Судом Российской Федерации. Иное — в нарушение ст. 125 (ч. 4 и 6) Конституции Российской Федерации и ч. 3 ст. 79 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» — означало бы возможность применения нормы в прежнем ее понимании, не соответствующим Конституции Российской Федерации, следовательно, влекущим нарушение конституционных прав граждан, в том числе заявителя.

В силу этого решение Конституционного Суда Российской Федерации, которое выявляет конституционно-правовой смысл нормы и исключает любое иное ее истолкование и применение как не соответствующее Конституции Российской Федерации, следовательно, нарушающее конституционные права граждан, имеет юридические последствия, предусмотренные п. 2 и 3 ч. 1 ст. 100 ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации», гарантирующей пересмотр дела заявителя компетентным органом в обычном порядке³.

Отметим, что в составе постановлений Конституционного Суда уменьшилось количество тех, в которых выявляется конституционный смысл, в пользу признающих оспариваемое положение неконституционным. В 2011 г. тех постановлений, которыми оспариваемые положения частично или полностью признаются некон-

³ Постановления Конституционного Суда Российской Федерации от 21 января 2010 г. № 1-П, от 26 февраля 2010 г. № 4-П; Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 11 ноября 2008 г. № 556-О-Р.

ституционными было 16 из 30 (больше половины), тогда как в 2010 г. — 8 из 22. В остальных был выявлен конституционно-правовой смысл нормы.

Исчезновение типа решений Конституционного Суда Российской Федерации «определения с позитивным содержанием». В таких определениях, как и в ряде постановлений, выявлялся конституционно-правовой смысл нормы. Такие определения обозначались «О-П». Последнее О-П принято 27 января 2011 г. Надо сказать, что правовая конструкция «определения с позитивным содержанием», выявлявшего конституционный смысл оспариваемой нормы и, соответственно, исключавшего применение ее в каком-либо другом смысле, на определенном этапе развития конституционного правосудия была вполне оправданной. Благодаря этому удавалось обеспечить оперативное реагирование Конституционного Суда Российской Федерации на конституционную проблему, выявленную в обращениях. Изменения, внесенные в ФКЗ «О Конституционном Суде РФ», предусматривают иные правовые модели ускорения рассмотрения дел Конституционным Судом, а потому позволяють отказаться от этой правовой конструкции.

Формирование типа «квазипозитивных» определений Конституционного Суда. Существуют случаи, когда имеются некоторые признаки конституционной проблемы, т.е. норма может пониматься и применяться и в конституционном, и не в конституционном смысле. При этом в конкретном деле, в связи с которым заявитель обратился в Конституционный Суд Российской Федерации, такая норма применена в неконституционном смысле, и подобное применение (которое, возможно, и не является в чистом виде «экспессом исполнителя») не может рассматриваться и как проявление устоявшейся практики, во всяком случае, однозначная позиция Верховного Суда или Высшего Арбитражного Суда по данному вопросу не сложилась.

Согласно ч. 2 ст. 36 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» основанием к рассмотрению дела является, в частности, обнаружившаяся неопределенность в вопросе, соответствует ли Конституции Российской Федерации закон, иной нормативный акт, договор между органами государственной власти, не вступивший в силу международный договор. Поскольку согласно ч. 2 ст. 74 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» Конституционный Суд принимает решение по делу, оценивая как буквальный смысл рассматриваемого акта, так и смысл, придаваемый ему официальным и иным толкованием или сложившейся правоприменительной практикой, а также исходя из его места в системе правовых актов, все указанные критерии используются Конституционным Судом для оценки того, имеется ли неопределенность оспариваемого нормативного положения.

При этом, даже если Конституционный Суд Российской Федерации усматривает, что по своему буквальному смыслу, рассмотренному в системном единстве с другими нормами, норма не вызывает сомнения с точки зрения соответствия Конституции, он в любом случае обращается к решениям судов и иных органов, в которых эта норма применяется. Если в решениях правоприменительных органов имеются, по мнению Конституционного Суда, отступления от буквального смысла нормы, соответствующего конституционным предписаниям, суд, исходя из уровня судебных решений, в которых усматриваются такие отступления, имеющих данных о том, носят ли такие отступления массовый или случайный характер, какова позиция по этому вопросу Верховного и Высшего Арбитражного судов, может сделать вывод, что такое применение еще не может быть признано «сложившейся

правоприменительной практикой» либо что наличествует устойчивое понимание данной нормы не в соответствии с ее буквальным смыслом.

В последнем случае имеются основания для принятия обращения к рассмотрению. При подтверждении необходимости Конституционного Суда реагировать на нарушение Конституции это влечет за собой либо признание нормы неконституционной, либо выявление ее конституционно-правового смысла⁴, который по существу является объективированной и мотивированной конституционно-правовыми средствами итогового решения формой его буквального смысла.

В первом случае, имея в виду отсутствие оснований для вывода, что в правоприменительной практике сформировалось устойчивое понимание оспариваемого положения в смысле, противоречащем его буквальному смыслу, т.е. о наличии неопределенности в вопросе о конституционности оспариваемого положения, Конституционный Суд может констатировать, что обращение заявителя не подлежит дальнейшему рассмотрению в заседании Конституционного Суда Российской Федерации. При этом суд может зафиксировать буквальный смысл нормы в соответствующем определении.

Фактически такие определения приобрели характер квазипозитивных. Они имеют определенные внешние признаки — маркеры, помимо констатации по тексту действительного смысла нормы (который, кстати, не называется конституционно-правовым смыслом). Данные определения называются не «об отказе в принятии к рассмотрению жалобы», а «по жалобе»; в резолютивной части вместо прямого указания на отказ в принятии к рассмотрению содержится признание жалобы «не подлежащей дальнейшему рассмотрению в заседании Конституционного Суда Российской Федерации, поскольку для разрешения поставленного заявителем вопроса не требуется вынесение предусмотренного статьей 71 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» итогового решения в виде постановления». Принципиально то, что, в отличие от «О-П», такие определения не содержат указания на пересмотр дела заявителя и не предполагают, что он последует непосредственно на основе этого решения.

Одно из первых «квазипозитивных» определений — это Определение от 12 мая 2011 г. № 737-О-О по запросу Октябрьского районного суда г. Иваново о проверке конституционности положений п. 3 ст. 418 Таможенного кодекса Российской Федерации и по жалобе гражданина Шаплова Олега Николаевича на нарушение его конституционных прав данными законоположениями. В рассматриваемом деле оспаривалась конституционность отдельных положений п. 3 ст. 418 Таможенного кодекса Российской Федерации, которые определяют основания и порядок принятия решения о выплате должностному лицу таможенного органа единовременного пособия и ежемесячной денежной выплаты при получении им в связи с исполнением служебных обязанностей телесных повреждений, исключающих возможность в дальнейшем заниматься профессиональной деятельностью.

Неконституционность этого положения заявителями усматривалась в том, что, по буквальному смыслу абз. 6 п. 3 ст. 418 Таможенного кодекса Российской Федерации, решение о выплате пособий принимается на основании приговора суда или постановления следственных органов о прекращении уголовного дела или

⁴ Как следует из Определения Конституционного Суда Российской Федерации от 11 ноября 2008 г. № 556-О-Р.

приостановления предварительного следствия. Такого основания для назначения выплат, как постановление об отказе в возбуждении уголовного дела в связи с истечением сроков давности уголовного преследования виновных лиц, таможенное законодательство Российской Федерации не содержит.

Конституционный Суд Российской Федерации, ссылаясь на свои позиции, что в судебной практике должно обеспечиваться конституционное истолкование подлежащих применению нормативных положений⁵, в том числе в соответствии с конституционными требованиями справедливости и равенства, установил, что оспариваемое положение абз. 2 п. 3 ст. 418 Таможенного кодекса Российской Федерации, как это прямо следует из его содержания, увязывает возникновение у должностного лица таможенного органа права на дополнительные социальные гарантии с самим фактом получения им в связи с исполнением служебных обязанностей телесных повреждений, исключающих для него возможность в дальнейшем заниматься профессиональной деятельностью. Реализация данного права не обуславливается наличием процессуальных документов в рамках уголовного судопроизводства. Это отвечает правовой природе указанных гарантий, которые находятся за рамками гражданско-правовых обязательств, возникающих из причинения вреда.

Такое правовое регулирование согласуется и с общим подходом федерального законодателя к правовому механизму социальной защиты лиц, пострадавших при исполнении трудовых (служебных) обязанностей, о чем свидетельствуют, в частности, положения Федерального закона от 24 июля 1998 г. № 125-ФЗ «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний», а также федеральных законов от 7 февраля 2011 г. № 3-ФЗ «О полиции» (ст. 43) и от 27 мая 1998 г. № 76-ФЗ «О статусе военнослужащих» (ст. 18). Оспариваемое законоположение по своей природе и назначению, по месту в структуре Таможенного кодекса имеет процедурно-процессуальный характер. Оно призвано обеспечить надлежащее удовлетворение заинтересованным лицом его правомерного интереса, закрепленного в материальной норме права, а потому не может изменять или ограничивать содержание и объем его права на получение гарантированных компенсационных выплат и тем более приводить в правоприменительной практике к отмене указанного права.

Кроме того, придание оспариваемым законоположениям иного смысла означало бы введение для сотрудников таможенных органов (в отличие от иных лиц, проходящих государственную службу) дополнительных, не имеющих конституционного обоснования условий реализации права на компенсацию заработка, утраченного в связи с получением телесных повреждений при исполнении служебных обязанностей. Это ставило бы их в неравное положение по сравнению с другими категориями и приводило бы к нарушению их конституционно признаваемых прав.

Конституционный Суд сделал вывод, что оспариваемые законоположения (в их истолковании в системе действующего правового регулирования и с учетом правовых позиций, ранее выраженных Конституционным Судом в сохраняющих свою силу решениях) связывают возможность получения должностными лицами таможенных органов единовременного пособия и ежемесячной денежной выплаты с самим фактом причинения телесных повреждений при исполнении обязанностей

⁵ Постановления от 23 декабря 1997 г. № 21-П, от 23 февраля 1999 г. № 4-П, от 28 марта 2000 г. № 5-П и др.

таможенной службы, исключающих ее дальнейшее продолжение, как на основании процессуальных документов, вынесенных в рамках уголовного судопроизводства, так и на основании документов, надлежащим образом подтверждающих факт получения телесных повреждений.

В завершение Конституционный Суд привел дословно следующий тезис: «Согласно части второй статьи 36 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» основанием к рассмотрению дела является обнаружившаяся неопределенность в вопросе о том, соответствует ли нормативный правовой акт Конституции Российской Федерации. Поскольку оспариваемые заявителями законоположения в системе действующего правового регулирования и в единстве с правовыми позициями Конституционного Суда Российской Федерации не содержат неопределенности и не могут рассматриваться как нарушающие в процессе правоприменительной деятельности конституционные права и свободы граждан, запрос Октябрьского районного суда города Иваново и жалоба О.Н. Шаплова не могут быть приняты Конституционным Судом Российской Федерации к рассмотрению». Обращения Конституционный Суд признал «не подлежащими дальнейшему рассмотрению в заседании Конституционного Суда Российской Федерации, поскольку для разрешения поставленного заявителями вопроса не требуется вынесение предусмотренного статьей 71 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» итогового решения в виде постановления».

Возможно, имеет смысл исходить из того, что заявитель, жалоба которого по указанным основаниям не была принята к рассмотрению (т.е. по ней вынесено «квазипозитивное» определение), будет, вне зависимости от того, обратится ли он сам с новой жалобой, рассматриваться как надлежащий заявитель, если этот вопрос станет предметом рассмотрения Конституционного Суда. Это являлось бы дополнительной гарантией его права на судебную защиту и отвечало бы требованиям справедливости. Данный вопрос мог бы быть решен как законодательными изменениями, так и практикой Конституционного Суда.

В какой-то степени такая динамика практики уже проявилась в Постановлении Конституционного Суда Российской Федерации от 31 марта 2011 г. № 3-П. Ранее гражданину А.Г. Трубину было отказано в принятии к рассмотрению жалобы на нарушение его конституционных прав ч. 3 ст. 138 УК РФ⁶: тогда Конституционный Суд Российской Федерации пришел к выводу, что сама по себе она не может, вопреки утверждению заявителя, расцениваться как неопределенная. «В связи с новыми обращениями граждан с жалобами на нарушение их конституционных прав частью третьей статьи 138 Уголовного кодекса Российской Федерации Конституционный Суд Российской Федерации, учитывая в том числе сложившуюся практику ее применения», Конституционный Суд счел возможным «вернуться к вопросу о конституционности данной нормы и принять эти жалобы, в том числе жалобу А.Г. Трубина, к рассмотрению».

Возникновение определений о прекращении переписки. Новая редакция Регламента Конституционного Суда Российской Федерации в п. 5 § 23 предусматривает, что в случае повторного обращения того же заявителя в Конституционный Суд

⁶ Определение от 28 мая 2009 г. № 634-О-О.

по вопросу, по которому ранее было вынесено постановление либо определение Конституционного Суда об отказе в принятии обращения к рассмотрению или о прекращении производства по делу по основаниям, предусмотренным ст. 43 и 68 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ», в заседании Конституционного Суда принимается определение о прекращении переписки с указанным заявителем; заявителю направляется заверенная копия соответствующего определения; дальнейшие его обращения по тому же вопросу оставляются без ответа и хранятся в установленном порядке.

Предшествующая редакция Регламента Конституционного Суда Российской Федерации предусматривал прекращение переписки по решению руководителя Секретариата Конституционного Суда. Как представляется, новая редакция в большей степени согласуется с той моделью, которая нашла отражение в ст. 40 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ», в соответствии с которой последнее слово по обращению принадлежит — при поступлении соответствующего требования заявителя — самому Конституционному Суду. Действительно, правовая конструкция, когда на основании решения Секретариата могла быть (в связи со списанием последующих обращений того же заявителя по тому же вопросу в дело) заблокирована и возможность доведения позиции заявителя до Конституционного Суда без принятия им по этому вопросу решения, являлась достаточно уязвимой. Сейчас эта проблема снята.

Отметим, что и сейчас, и раньше речь в любом случае шла о прекращении переписки не с заявителем вообще, а по тому же вопросу. Применяться прекращение переписки может только в той ситуации, когда, по существу, имеет место злоупотребление заявителем правом на обращение. Хотя такая возможность не предусмотрена непосредственно в ФКЗ «О Конституционном Суде РФ», здесь по аналогии закона применимо положение ч. 5 ст. 11 Федерального закона от 2 мая 2006 года №59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращения граждан Российской Федерации»⁷ относительно права государственного органа прекратить переписку.

Появление возможности принятия определений об отказе в принятии обращений к рассмотрению в протокольной форме. Пункт 3 параграфа 24 Регламента Конституционного Суда РФ в новой редакции предусматривает, что при признании обращения не соответствующим требованиям ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» Конституционный Суд выносит определение об отказе в принятии обращения к рассмотрению. При этом определение может быть вынесено в протокольной форме. Также предусмотрено, что соответствующее определение или выписка из протокола заседания Конституционного Суда (второе относится именно к вынесению определений в протокольной форме) направляется заявителю.

По лингвистическому смыслу вынесение определения в протокольной форме — это вынесение определения только с резолютивной частью, т.е. без мотивировки. В принципе, приемлемость такого рода судебных решений неоднозначна. Применительно к Конституционному Суду РФ это тоже могло бы быть правовой проблемой, если бы не модель предварительного изучения обращений Конституционного Суда, в которой определенными квази-процессуальными функциями наделен его Секретариат.

⁷ Собрание законодательства РФ. 2006. № 19. Ст. 2060.

В общественном сознании Конституционный Суд воспринимается как «последняя надежда» на правосудие. В ряде случаев (когда неконституционность или неконституционное истолкование нормы действительно имеются и препятствуют защите прав и законных интересов заявителя в правоприменительных органах) эта надежда оправдывается. В совокупности со, скорее всего, не самым высоким уровнем правовых знаний значительной части заявителей, эта последняя надежда объективируется подачей обращений, к конституционно-установленной компетенции Конституционного Суда отношения не имеющих. «Процент попадания» обращений в судебную перспективу объективно меньше по сравнению с судами общей юрисдикции и арбитражными судами.

Это учитывал и законодатель: в иных процессах, кроме конституционного, в Российской Федерации аппарат судов не наделен полномочиями по принятию процессуальных по существу решений. ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» наделил Секретариат Конституционного Суда соответствующими полномочиями.

Согласно ст. 40 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» Секретариат Конституционного Суда в рамках предварительного рассмотрения уведомляет заявителя о несоответствии его обращения установленным требованиям. Идея этой функции в том, что если конституционная проблема есть, ее постановка должна быть надлежащим образом оформлена. Заявитель вправе не согласиться с уведомлением Секретариата и обратиться в Конституционный Суд в соответствии с ч. 2 ст. 40 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» с требованием о принятии Конституционным Судом решения о соответствии обращения установленным требованиям.

Если заявитель не согласен с содержащимся в поступившем на его имя уведомлении Секретариата Конституционного Суда выводом о несоответствии обращения требованиям ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» и требует принятия Конституционным Судом решения по этому вопросу, то вопрос о соответствии обращения требованиям ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» выносится на рассмотрение в заседании Конституционного Суда (п. 1 парагр. 24 Регламента).

Таким образом, Секретариат не может непреодолимо блокировать движение жалобы — закон дает гражданам право на рассмотрение вопроса о судьбе их жалобы судьями. Рассматривая по требованию заявителя такой вопрос, Конституционный Суд фактически осуществляет одну из форм контроля за деятельностью Секретариата — подтверждает или не подтверждает правильность его решения, вынесенного в формате уведомления заявителя. Иными словами, мотивировочная часть решения уже есть — это предшествующее письмо Секретариата с уведомлением заявителя.

Именно поэтому (хотя прямо в Регламенте Конституционного Суда об этом не сказано) подразумевается, что определение в протокольной форме может быть вынесено, только если обращение не соответствует требованиям ФКЗ «О Конституционном Суде РФ», о несоблюдении которых Секретариат уполномочен уведомить заявителя в соответствии с ч. 2 ст. 40 этого Закона. Если речь идет о недопустимости обращения, то этот формат неприменим. Еще одно условие — подобное определение должно быть вынесено только после уведомления Секретариатом заявителя о несоответствии обращения этим требованиям. Как представляется, определенным исключением из этого условия может быть ситуация, когда заявитель регулярно обращается в Конституционный Суд, и его обращения постоянно

не соответствуют этим требованиям, при том, что он никогда не устраняет данное несоответствие.

Увеличение количества определений Конституционного Суда Российской Федерации об отказе в принятии обращений к рассмотрению. Если в 2008 г. таких определений было порядка 1 тысячи, то в 2011 г. — уже около 1 800. Можно назвать две причины этого. С одной стороны, отмечается динамика роста числа обращений в Конституционный Суд РФ⁸. Пик пришелся на 2009 г., когда количество обращений превысило 20 тысяч, а рост по сравнению с предшествующим годом — 4 тысячи. В 2011 г. поступило более 19 тысяч обращений.

С другой стороны, несмотря на высказанное выше осторожное отношение к уровню правовых знаний заявителей в Конституционный Суд, элементарные знания о компетенции Конституционного Суда все-таки распространяются. В последнее время, как можно предположить, все меньше обращений, которые можно назвать «явно неподведомственными» и в целом не отвечающими иным формальным требованиям. Например, судя по анализу «отказных» определений Конституционного Суда в правовых базах данных, нередко в обращениях (особенно по уголовной и уголовно-процессуальной тематике) формально ставится вопрос о проверке конституционности закона. Однако все содержание свидетельствует, что заявителя интересует оценка правоприменения, а постановка вопроса о нормоконтроле является заведомо фиктивной.

В такой ситуации уведомление заявителя Секретариатом Конституционного Суда не приносит желаемого эффекта. Кроме того, иногда это вызывает неоднозначную оценку с точки зрения компетенции Секретариата. Поэтому, очевидно, более эффективным форматом общения с заявителем становится определение об отказе.

Выше говорилось о типах решений Конституционного Суда РФ, непосредственно связанных с осуществлением конституционного правосудия. Хотелось бы сказать об еще одном типе решений, появившемся в практике Конституционного Суда. Это *решение* Конституционного Суда от 21 апреля 2009 года «*Об информации об исполнении решений Конституционного Суда Российской Федерации*»⁹. Этим решением было — в резолютивной части — поручено Председателю Конституционного Суда РФ направить данную информацию в высшие органы государственной власти РФ, органы государственной власти субъектов РФ, а также довести до сведения средств массовой информации. Мотивировочная часть представляла собой собственно эту информацию. Представляется, что здесь можно говорить именно о формировании типа решений, а не о разовом решении, поскольку имело место отражение информации на определенный период времени. Соответственно, динамика изменения состояния вопроса исполнения решений Конституционного Суда РФ влечет, по логике, подготовку новой информации с определенной периодичностью (не обязательно раз в год или в два).

Здесь необходимо отметить следующее. Решение Конституционного Суда в форме собственно решения в соответствии со ст. 71 ФКЗ «О Конституционном Суде РФ» принимаются по вопросам организации его деятельности. Резолютивная часть этого решения, действительно, направлена на организацию деятельности

⁸ См.: <http://www.ksrf.ru/Treatments/Pages/Reference.aspx>

⁹ Официальный сайт Конституционного Суда РФ (<http://www.ksrf.ru>).

Конституционного Суда. При этом мотивировочная часть, с одной стороны, обосновывает резолютивную, с другой стороны, обращена вовне. Она, конечно, не является в полной мере формой послания Конституционного Суда Российской Федерации Федеральному Собранию, но выполняет такую же социальную роль.

* * *

Таким образом, тенденции изменения типологии решений Конституционного Суда Российской Федерации выразились в прекращении использования некоторых типов решений (как в связи с исключением правовой возможности использования этих типов, так и фактически), в возникновении новых типов (или, по крайней мере, возможности использования новых типов), в изменении числа решений, относящихся к тому или иному типу. Эти тенденции обусловлены прежде всего изменением организационных форм конституционного судопроизводства. При этом, имея форму некоторого «упрощения», «процессуальной экономии», данные изменения на самом деле как минимум не ухудшают правовое положение заявителей. В ряде случаев (как, например, с прекращением переписки) налицо явное установление дополнительных гарантий. Но и процессуальная экономия (условия реализации которой — тема других статей) направлена на ускорение получения конституционной защиты, сокращения очереди на рассмотрение дел.

Т.А. Полякова

заслуженный юрист РФ,
главный научный сотрудник
НИИ Российской правовой
академии Минюста России,
доктор юридических наук

И.В. Зимин

соискатель кафедры
информационного права,
информатики и математики
Российской правовой
академии Минюста России

Актуальные проблемы правового обеспечения юридической значимости электронных документов

В статье исследуются актуальные вопросы правового обеспечения электронных документов, в том числе определение понятий «электронный документ», «юридическая значимость электронного документа» и «правовой режим электронного документа». Определение этих понятий необходимо для формирования единого информационного пространства в Российской Федерации, урегулирования общественных отношений в сфере предоставления государственных и муниципальных услуг в электронном виде, обеспечения электронного взаимодействия органов государственной власти, судебной власти, органов предварительного расследования, а также нотариата, организаций и граждан.

Ключевые слова: электронный документ, юридическая значимость, правовой режим, информационное общество, единое информационно пространство, электронное взаимодействие, государственные и муниципальные услуги.

In this paper we study the problem of legal security of electronic documents, including the definition of «electronic document», «legal relevance of electronic document» and «the legal regime of electronic documents» required to form a single information space in the Russian Federation, the settlement of public relations in providing public and municipal services in electronic form, as well as provide an electronic interaction between public authorities, judicial authorities, carry out a preliminary investigation, as well as notary, organizations and citizens.

Keyword: electronic document, legal regime, relevance in law, information society, single information space, electronic interaction, state and municipal services.

При построении информационного общества и электронного государства в связи с процессом развития единого информационного пространства в Российской Федерации особое значение приобретают вопросы формирования правовой основы юридической значимости электронных документов.

Важной составляющей развития информационного общества является доступность государственных услуг. Это отражено в Стратегии развития информационного общества в Российской Федерации (утверждена Президентом Российской Федерации 7 февраля 2008 г.¹), которая предусматривает повышение доступности государственных услуг с использованием информационных и телекоммуникационных технологий и внедрение электронного документооборота между органами государственной власти. Это же закреплено в Федеральном законе от 27 июля 2010 г. № 210-ФЗ «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг»², направленном на обеспечение взаимодействия государственных органов с гражданами или организациями в целях повышения качества предоставления таких услуг.

Создание на всей территории Российской Федерации современной информационной и телекоммуникационной инфраструктуры, обеспечение высокого качества предоставления государственных услуг в электронном виде, переход на осуществление подавляющего большинства юридически значимых действий в электронном виде, обеспечение прав и основных свобод человека (в том числе права каждого на информацию) — все это закреплено в качестве основных направлений развития Российской Федерации в информационной сфере, вытекающих из государственной программы «Информационное общество (2011–2020)» (в редакции распоряжения Правительства Российской Федерации от 2 декабря 2011 г. № 2161-р)³.

Решение поставленных задач, предусматривающих комплекс мероприятий, направленных на упорядочение отношений в рамках предоставления государственных и муниципальных услуг в электронном виде и обеспечения межведомственного электронного взаимодействия, невозможно без законодательного закрепления таких основополагающих понятий, как юридическая значимость электронного документа и его правовой режим. Данные правовые категории приобретают особую актуальность и требуют законодательного закрепления в связи с необходимостью сформировать единое информационное пространство Российской Федерации (в том числе единое пространство доверия электронной подписи для унифицированного оказания государственных услуг в электронном виде и обеспечения электронного взаимодействия всех государственных органов, организаций и граждан).

Представляется, что закрепленное сегодня в Федеральном законе «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»⁴ понятие электронного документа требует всестороннего научного исследования в связи с его особой важностью для определения всех правовых категорий, связанных с электронным документом. При рассмотрении электронного документа как относительно нового явления в современном российском праве, сформировавшегося в результате проникновения информационно-телекоммуникационных технологий во все сферы общественной жизни, интерес представляют его гносеологические корни, которые берут начало с середины 70–80-х годов XX в.

¹ Российская газета. 2008. № 34.

² Российская газета. 2010. № 168.

³ СЗ РФ. 2011. № 51. Ст. 7543.

⁴ СЗ РФ. 2006. № 31. Ст. 3448.

В советском законодательстве использовались термины «документ на машинном носителе» и «документ на магнитном носителе», особенностью применения которых являлось отсутствие преобразования в визуальную форму при передаче или обмене информацией⁵. Вместе с тем необходимо отметить, что в соответствии с положениями, закрепленными в ГОСТе по делопроизводству и архивному делу от 27 февраля 1998 г. № 28⁶, документ на машинном носителе определялся как документ, созданный с использованием носителей и способов записи, обеспечивающих обработку его информации электронно-вычислительной машиной. В Федеральном законе от 20 февраля 1995 г. № 24-ФЗ «Об информации, информатизации и защите информации»⁷ указывалось на документ, хранимый, обрабатываемый и передаваемый с помощью автоматизированных информационных и телекоммуникационных систем.

Следует отметить, что в настоящее время в российском законодательстве понятие «электронный документ» определено в новой редакции Федерального закона «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»⁸, а предыдущая редакция указанного понятия содержалась в Федеральном законе «Об электронной цифровой подписи»⁹, который утрачивает силу с 1 июля 2012 г.

В соответствии с Федеральным законом «Об информации, информационных технологиях и о защите информации»¹⁰ электронный документ определяется как документированная информация, представленная в электронной форме, т.е. в виде, пригодном для восприятия человеком с использованием электронных вычислительных машин, а также для передачи по информационно-телекоммуникационным сетям или обработки в информационных системах.

Несмотря на сравнительно новое определение указанного понятия, направленное на обеспечение развития отношений, возникающих при предоставлении государственных и муниципальных услуг в электронном виде, его формулировка нуждается в дальнейшей проработке. Следует обратить внимание на содержащуюся в данном определении возможность использования электронных вычислительных машин для представления информации пригодной для восприятия человеком. Представляется, что в настоящее время понятие «электронная вычислительная машина» является устаревшим и не отражает всю совокупность информационных технологий, используемых для создания и распространения информации в электронном виде.

В рамках данного определения также указывается на документированную информацию, представленную в электронной форме. Следует отметить, что «форма»,

⁵ Временные общепрофессиональные руководящие указания о придании юридической силы документам на магнитной ленте и бумажном носителе, создаваемым средствами вычислительной техники, утв. постановлением ГКНТ от 20 апреля 1981 г. № 100 // Бюллетень нормативных актов министерств и ведомств СССР. 1981. № 9.

⁶ Утвержден постановлением Госстандарта России от 27 февраля 1998 г.

⁷ Российская газета. 1995. № 39 (утратил силу).

⁸ СЗ РФ. 2006. № 31. Ст. 3448.

⁹ Российская газета. 2002. № 6.

¹⁰ С изменениями, предусмотренными Федеральным законом от 27 июля 2010 г. № 227-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об организации предоставления государственных и муниципальных услуг» // Российская газета. 2010. № 169.

в первую очередь, является философским понятием, которое определяется как упорядоченность содержания, — его внутренняя связь и порядок. В словаре исторических терминов под формой понимается внешнее очертание, наружный вид, контуры предмета, внешнее выражение какого-либо содержания, установленный образец чего-либо, например документа¹¹. Определение унифицированной формы документа как совокупности реквизитов, установленных в соответствии с решаемыми в данной сфере деятельности задачами и расположенных в определенном порядке на носителе информации, также содержится в национальном стандарте «Делопроизводство и архивное дело. Термины и определения»¹².

В связи с этим представляется целесообразным определять электронный документ как документированную информацию не в электронной форме, а в электронном виде. Кроме того, в приведенном определении электронного документа содержится указание только на возможность передачи и обработки информации в электронной форме, при этом создание, хранение, копирование, архивирование и распространение такой информации в данное понятие не включены.

Учитывая изложенное, а также в целях обеспечения развития отношений, возникающих при создании и использовании юридически значимых электронных документов и формировании единого информационного пространства в Российской Федерации, целесообразно определить электронный документ как документ, зафиксированный на электронном носителе, создание, обработка, хранение, копирование, архивирование и распространение которого осуществляются с использованием информационных технологий. Полагаем, что такое определение в большей степени соответствует современным тенденциям развития информационных технологий.

Установление правового режима электронного документа связано с процессом формирования правовой основы юридической значимости электронного документа. При определении ключевых составляющих указанной правовой категории является важным исследование основных теоретических и правотворческих подходов к содержательному наполнению понятия правового режима в различных сферах общественных отношений.

Общеизвестно, что понятие «правовой режим» исследуется специалистами различных отраслей права, что только подтверждает актуальность данного вопроса. По мнению выдающегося теоретика права С.С. Алексеева, этим термином обозначается специфика юридического регулирования определенной сферы общественных отношений с помощью различных юридических средств и способов¹³. Другие видные ученые в области теории права, например Н.И. Матузов и А.В. Малько, определяют правовой режим как особый порядок правового регулирования, выражающийся в сочетании юридических средств, создающих желаемое социальное состояние и конкретную степень благоприятности или неблагоприятности для удовлетворения интересов субъектов права¹⁴.

В целях придания правовому режиму более конкретных границ и четкого определения его специфических признаков известный правовед А.Ю. Тихомиров выделяет

¹¹ См.: Словарь исторических терминов. СПб., 1998.

¹² Делопроизводство и архивное дело. Термины и определения. ГОСТ Р 51141-98.

¹³ См.: Алексеев С.С. Общая теория права. М., С. 284.

¹⁴ См.: Матузов Н.И., Малько А.В. Правовые режимы: вопросы теории и практики // Правоведение. 1996. № 1. С. 16.

в качестве его основных элементов создание и использование специфических комбинаций юридических, организационных и иных средств для обеспечения того или иного государственного состояния¹⁵. Важно также отметить, что применительно к категории «информация» Л.К. Терещенко понимает под правовым режимом объектный режим, позволяющий обеспечить комплексность воздействия посредством совокупности регулятивных, охранительных и процессуально-процедурных средств, характеризующих особое сочетание дозволений, запретов и обязываний¹⁶.

На законодательном уровне понятие «правовой режим» используется сегодня в целом ряде кодифицированных актов, в числе которых Земельный кодекс Российской Федерации¹⁷, Лесной кодекс Российской Федерации¹⁸, Таможенный кодекс Таможенного союза¹⁹, Градостроительный кодекс Российской Федерации²⁰, Бюджетный кодекс Российской Федерации²¹, федеральные конституционные законы «О чрезвычайном положении»²², «О военном положении»²³, федеральные законы «О государственной информационной системе топливно-энергетического комплекса»²⁴, «О противодействии терроризму»²⁵ и др. Однако следует отметить, что в перечисленных нормативных правовых актах либо отсутствует определение правового режима, либо он определяется как совокупность прав и обязанностей, выраженных посредством закрепления в конкретных нормах права.

В связи с необходимостью законодательного закрепления понятия и правового режима электронного документа особую важность приобретают вопросы определения юридической значимости электронного документа как основополагающего понятия, направленного на обеспечение формирования единого информационного пространства Российской Федерации, в том числе применения электронных документов при получении государственных услуг, осуществлении судопроизводства и нотариальной деятельности в электронном виде. Однако при определении юридической значимости электронного документа возникает ряд вопросов, в числе которых — соотношение понятий «юридическая сила» и «юридическая значимость» электронных документов, установление требований, предъявляемых к юридически значимым электронным документам, определение особенностей юридической значимости электронных документов в различных сферах общественных отношений.

В настоящее время в законодательстве Российской Федерации широкое распространение получило понятие «юридическая сила документа».

Как показывает анализ нормативной правовой базы в Российской Федерации, создание и использование документов, обладающих юридической силой,

¹⁵ См.: Тихомиров А.Ю. Административное право и процесс. М., 2005. С. 377.

¹⁶ См.: Терещенко Л.К. Правовой режим информации. М., 2007. С. 59.

¹⁷ СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4147.

¹⁸ Рос. газ. 2006. № 277.

¹⁹ СЗ РФ. 2010. № 50. Ст. 6615.

²⁰ СЗ РФ. 2005. № 1. Ст. 16.

²¹ СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823.

²² Российская газета. 2001. № 105.

²³ Российская газета. 2002. № 21.

²⁴ СЗ РФ. 2011. № 49. Ст. 7060.

²⁵ СЗ РФ. 2006. № 11. Ст. 1146.

закреплено во всех сферах общественных отношений. В соответствии с применяемым в добровольном порядке ГОСТом «Делопроизводство и архивное дело. Термины и определения»²⁶, признанным национальным стандартом со дня вступления в силу Федерального закона «О техническом регулировании»²⁷, юридическая сила электронного документа определяется как свойство официального документа, сообщаемое ему действующим законодательством, компетенцией издавшего его органа и установленным порядком оформления. При этом такое определение понятия «юридическая сила» применяется только к официальным документам, которыми в соответствии с Федеральным законом «Об обязательном экземпляре документов» являются документы, принятые органами законодательной, исполнительной и судебной власти, носящие обязательный, рекомендательный или информационный характер.

Следует отметить, что С.С. Алексеев, В.С. Нерсисянц, Н.И. Матузов, А.В. Малько, А.В. Мелехин и другие ученые рассматривают в своих работах понятие «юридическая сила» применительно в основном к нормативным правовым актам и иным документам государственных органов. Между тем в настоящее время назрела необходимость законодательного закрепления понятия «юридическая значимость электронного документа» как унифицированного определения, направленного на обеспечение правоотношений, возникающих при предоставлении государственных и муниципальных услуг, а также при взаимодействии органов государственной власти, судебной власти, нотариата, организаций и граждан.

Понятие «юридическая значимость документа» упоминается в Федеральном законе «Об электронной цифровой подписи», в соответствии с которым электронный документ с электронной цифровой подписью имеет юридическое значение при осуществлении отношений, указанных в сертификате ключа подписи. В этом случае единственным требованием, предъявляемым к признанию документа юридически значимым, является указание на электронную цифровую подпись.

В целях формирования правовой основы юридической значимости электронных документов необходимо определить основные требования, предъявляемые к таким документам. Важно законодательно закрепить в качестве основных свойств юридической значимости аутентичность (соответствие установленным правилам, создание и отправка в период времени, указанный в документе уполномоченным на это лицом), достоверность (содержание документа, которое можно считать полным и точным представлением подтверждаемых операций, деятельности или фактов), целостность (защита от несанкционированного изменения), конвертируемость (как процесс перемещения документов с одного носителя на другой) и пригодность для использования (т.е. возможность локализовать, найти, воспроизвести и интерпретировать содержащуюся в документе информацию)²⁸.

²⁶ Делопроизводство и архивное дело. Термины и определения. ГОСТ Р 51141-98, утв. постановлением Госстандарта России от 27 февраля 1998 г. № 28 // М.: ИПК Изд-во стандартов, 1998.

²⁷ СЗ РФ. 2002. № 52. Ст. 5140.

²⁸ Национальный стандарт Российской Федерации. Информационная технология. Методы и средства обеспечения безопасности. Сетевая безопасность информационных технологий. Часть 1. Менеджмент сетевой безопасности. ГОСТ Р ИСО/МЭК 18028-1-2008М, утв. приказом Ростехрегулирования от 18 декабря 2008 г. № 523-ст. М., 2011.

Одним из обязательных условий, предъявляемых к признанию электронных документов юридически значимыми, также должно являться наличие такого реквизита электронного документа, как электронная подпись, требования к которой установлены Федеральным законом «Об электронной подписи»²⁹, принятым в апреле 2011 г.

Представляется возможным определить юридическую значимость электронного документа как комплекс свойств, обеспечивающих аутентичность, целостность, достоверность, конвертируемость и пригодность для использования порождающего правовые последствия электронного документа, подписанного электронной подписью в порядке, установленном законодательством Российской Федерации.

Кроме того, представляется целесообразным определить правовой режим электронного документа как совокупность правовых норм и методов правового регулирования, обеспечивающих комплексное воздействие на отношения субъектов, участвующих в создании и использовании электронного документа на основе применения различных юридических, организационных, технических и иных средств, устанавливающих порядок документирования информации, а также комплекс требований, обеспечивающих его юридическую значимость, в том числе защиту электронного документа от несанкционированного доступа, изменения и (или) уничтожения.

В настоящее время в России важно разработать концептуальные подходы к юридической значимости электронных документов не только для упорядочения отношений в социальной сфере, но и для обеспечения национальной безопасности во всех сферах жизни, включая и информационную. Это имеет особое значение в условиях построения глобального информационного общества.

²⁹ Российская газета. 2011. № 75.

О малозначительности административных правонарушений

В статье автор рассматривает проблему применения судами нормы о малозначительности. Анализируются примеры из судебной практики. Автор делает выводы по результатам обобщения судебных дел. Предлагается дополнить КоАП РФ нормой о малозначительности.

Ключевые слова: малозначительность, КоАП РФ, административная ответственность, судебная практика, юридическая ответственность, государственное регулирование, административные правонарушения.

Проблема малозначительности при привлечении к административной ответственности является весьма новой и для Кодекса об административных правонарушениях (КоАП РФ) (где она впервые нашла свое закрепление), и для правоприменительной деятельности в целом. В научной литературе проблема применения положений КоАП РФ о малозначительности разработана в трудах таких ученых, как Д.Н. Бахрах, Т.А. Гуменюк, В.В. Игнатенко, Э. Колоколова, П.И. Кононов, Е.И. Мартынич, О. Подвальный, Л.Л. Попов, Л.А. Сидоркина, О.Н. Шерстобоев и др.¹

В законодательстве зарубежных стран в подавляющем большинстве юридические лица привлекаются не к административной ответственности (которой там вообще не предусмотрено), а к уголовной. Однако малозначительное деяние в большинстве случаев не влечет уголовной ответственности. Например, в Англии малозначительные уголовные дела подлежат ведению магистратов — простых граждан, на которых возложена роль мировых судей. Их общее число около 20 000;

¹ См., напр.: Бахрах Д.Н. Состав административного проступка: учеб. пособие. Свердловск: Свердловский юридический институт, 1987. С. 46; Гуменюк Т.А. Малозначительность административного правонарушения как основание освобождения от административной ответственности // Вестник ВАС РФ. 2006. № 11. С. 16; Игнатенко В.В. Оценочные понятия и административно-деликтный закон. Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та, 1996. С. 139–140; Мартынич Е., Колоколова Э. Прецедентное право: от советской идеологии к международной практике // Российская юстиция. 1994. № 12; Кононов П.И. Рассмотрение дел об административных правонарушениях, совершенных юридическими лицами // Арбитражная практика. 2005. № 9. С. 34; Панова И.В. Административное судопроизводство и процедура внесудебного, досудебного рассмотрения административных дел // СПС «Консультант Плюс»; Сидоркина Л.А. Производство по делам об административных правонарушениях: проблемы судебной практики // Актуальные проблемы применения Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях: материалы Всероссийской научно-практической конференции / под общ. ред. Ю.П. Соловья. Омск: Омск. юрид. ин-т, 2004. С. 186; Шерстобоев О.Н. К вопросу о малозначительности административных правонарушений: некоторые проблемы теории и практики // СПС «Консультант Плюс»; Подвальный И.О. К вопросам о малозначительности административных правонарушений, возникшим в практике арбитражных судов северо-западного округа // СПС «Консультант Плюс» и др.

это не профессиональные юристы; вознаграждения они не получают. Их аналогами в Шотландии являются окружные суды, в которых либо единолично платные магистраты, либо два или более мировых судей рассматривают дела о малозначительных правонарушениях.

В нашей стране арбитражные суды рассматривают две категории дел об административных правонарушениях: о привлечении к административной ответственности и об оспаривании постановлений государственных органов о привлечении к административной ответственности. Порядок рассмотрения таких дел регламентирован гл. 25 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (АПК РФ) (§1 и 2). В силу их специфики в ходе судебного разбирательства применению подлежат процессуальные положения КоАП РФ, отсылку к которым содержат статьи АПК РФ.

Нормами арбитражного процессуального права определен предмет доказывания и судебного исследования по названной категории дел. В силу ч. 6 ст. 205 АПК РФ при рассмотрении дела о привлечении к административной ответственности суд проверяет наличие события административного правонарушения, факта его совершения ответчиком, оснований для составления протокола об административном правонарушении, полномочия административного органа на составление протокола, наличие в законе положений об административной ответственности за совершенные действия, а также оснований для привлечения ответчика к административной ответственности.

Согласно ч. 6 ст. 210 АПК РФ при рассмотрении дела об оспаривании решения административного органа о привлечении к административной ответственности арбитражный суд обязан проверить законность и обоснованность оспариваемого решения, установить наличие соответствующих полномочий административного органа, принявшего оспариваемое решение, имелись ли законные основания для привлечения к административной ответственности, соблюден ли установленный порядок привлечения к ответственности, не истекли ли сроки давности привлечения к административной ответственности, а также иные обстоятельства, имеющие значение для дела.

Предписанная АПК РФ последовательность проверки перечисленных обстоятельств обусловлена закрепленными в КоАП РФ основаниями для отказа в привлечении к административной ответственности (либо отмены ранее вынесенного постановления), определенными как обстоятельства, исключающие производство по делу об административном правонарушении. Общий перечень этих обстоятельств содержится в ст. 24.5 КоАП РФ.

В первую очередь установлению подлежит наличие события и всех элементов состава правонарушения. Если в действиях предполагаемого нарушителя выявлены формальные условия для наступления ответственности, суду следует оценить их, выявив смягчающие и отягчающие административную ответственность обстоятельства и решив вопрос о мере наказания, соответствующей серьезности нарушения. При рассмотрении дела арбитражному суду надлежит руководствоваться п. 3 ч. 1 ст. 30.7 КоАП РФ, который в качестве дополнительного обстоятельства, исключающего привлечение к административной ответственности, указывает ст. 2.9 КоАП РФ.

В ст. 2.9 КоАП РФ установлено, что «при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполно-

моченные решить дело об административном правонарушении, могут освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием». В литературе подобные нормы принято характеризовать как оценочные², а деятельность по их применению названа разновидностью нетипичного правоприменения³. Это связано с отсутствием в законодательстве критериев малозначительности, что заставляет административно-юрисдикционные органы определять их в каждом случае самостоятельно. С одной стороны, данное обстоятельство позволяет учитывать особенности рассматриваемого дела, с другой — норма о малозначительности иногда применяется необоснованно, что позволяет правонарушителям избегать заслуженного наказания⁴.

Высшие суды неоднократно предпринимали попытки определить малозначительность. Так, в Постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2005 г. № 5 обращалось внимание на то, что «малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, хотя формально и содержащее признаки состава административного правонарушения, но с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений»⁵.

Иное толкование нормы ст. 2.9 КоАП РФ дал Пленум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации (ВАС РФ) в Постановлении от 2 июня 2004 г. № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» (далее — Постановление Пленума ВАС РФ от 2 июня 2004 г. № 10)⁶. В нем говорится, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям. Идентичную правовую позицию занял и Конституционный Суд РФ⁷. В принципе, все судебные органы указывали на отсутствие сколько-нибудь значительной опасности (вреда) для охраняемых административно-деликтным законодательством

² См.: Гуменюк Т.А. Малозначительность административного правонарушения как основание освобождения от административной ответственности // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2006. № 11. С. 16; Зюрина Т.П. К вопросу о малозначительности административных правонарушений // Административное и административно-процессуальное право. Актуальные проблемы. Ч. 2. Закон и право, Москва, 2005. С. 288.

³ См.: Гуменюк Т.А. Указ. соч. С. 16.

⁴ См.: Сидоркина Л.А. Производство по делам об административных правонарушениях: проблемы судебной практики // Актуальные проблемы применения Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях... С. 186.

⁵ Постановление Пленума Верховного Суда Российской Федерации от 24 марта 2005 г. № 5 «О некоторых вопросах, возникающих у судов при применении Кодекса РФ об административных правонарушениях» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 6.

⁶ См.: Пункт 18 Постановления Пленума ВАС РФ от 2 июня 2004 г. № 10 «О некоторых вопросах, возникших в судебной практике при рассмотрении дел об административных правонарушениях» // Вестник ВАС РФ. 2004. № 8.

⁷ Определение Конституционного Суда Российской Федерации от 15 апреля 2008 г. № 248-О-О «Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы ООО «Птицефабрика «Сибирская губерния» на нарушение конституционных прав и свобод ст. 2.9 и ч. 6 ст. 15.25 Кодекса Российской Федерации об административных правонарушениях» // СПС «Консультант Плюс».

общественных отношений, а также на необходимость учета всех обстоятельств совершенного правонарушения. Тем не менее, приведенные толкования нормы ст. 2.9 КоАП РФ не позволяют всесторонне уяснить содержание понятия малозначительности.

Как указывает О.Н. Шерстобоев, представляется, что малозначительность правонарушения тесно связана с конструкцией его состава⁸. Косвенно на это указывают и позиции высших судов, в которых утверждается необходимость учитывать все обстоятельства административно-наказуемого деяния. Более того, указание на оценку степени причиненного вреда говорит о том, что решающее значение для квалификации малозначительности деяния имеют признаки объективной стороны правонарушения. Правоприменителям следует, прежде всего, охарактеризовать действия (бездействие) деликвента. При этом незначительная вредность правонарушений с материальными составами выводится относительно просто (по размеру реального ущерба). Иная ситуация складывается с распространенными в КоАП РФ правонарушениями с формальными составами.

На заседании Президиума ВАС РФ 4 сентября 2008 г. одним из пунктов повестки было внесение дополнений в Постановление Пленума ВАС РФ от 2 июня 2004 г. № 10. Предложенные дополнения касались проблемы формальных составов и освобождения от публично-правовой ответственности при малозначительности правонарушения. Президиуму и Пленуму ВАС РФ предстояло сделать выбор из двух возможных подходов.

Существует *ограничительное* толкование ст. 2.9 КоАП РФ, согласно которому малозначительность может оцениваться только применительно к составам административных правонарушений, предполагающим в качестве обязательного признака наступление определенных последствий правонарушения (материальные составы). В рамках такого подхода по составам, обязательным признаком которых наступление определенных последствий не является, принято считать, что последствия изначально выходят за рамки предмета доказывания по делу. Поэтому при рассмотрении дела не подлежит исследованию вопрос о малозначительности деяния⁹.

Для решения вопроса о допустимости ограничительного толкования ст. 2.9 КоАП РФ применительно только к материальным составам необходимо, во-первых, выявить, каков правовой и социально-правовой смысл отсутствия последствий в формальных составах; во-вторых, оценить практические последствия применения ст. 2.9 КоАП РФ только к материальным составам.

Совершение правонарушений с формальным составом часто вообще не предусматривает причинения материального вреда конкретным лицам. Здесь следует говорить о нарушении порядка государственного управления в определенной сфере. Д.Н. Бахрах объясняет данное обстоятельство следующими причинами: «В одних случаях ущерб очевиден, в других — его исчисление сложно и законодатель не считает нужным обременять правоприменителей установлением еще одного признака состава, в третьих <случаях> существование вредных последствий данного деяния вообще проблематично, хотя наличие вреда от массы аналогичных право-

⁸ См.: Шерстобоев О. Н. К вопросу о малозначительности административных правонарушений: некоторые проблемы теории и практики // Российская юстиция. 2008. № 10.

⁹ См.: Попов П. Малозначительная угроза // ЭЖ-ЮРИСТ. № 35 (540).

нарушений очевидно»¹⁰. Таким образом, отсутствие последствий как обязательно-го признака состава правонарушения само по себе не означает, что последствий в принципе нет. Поэтому здесь утвердились два подхода: согласно первому, последствием правонарушения с формальным составом является дезорганизация режима правового регулирования; согласно второму — правонарушения с формальным составом подразумевают последствия в виде реального ущерба охраняемым законом благам, т.е. законодатель подразумевает такой ущерб или угрозу его наступления в силу факта совершения деяния.

Согласно социально-правовому подходу к формальным составам, правонарушение по своей социально-правовой природе — это деяние, запрещенное под угрозой наказания (иной санкции), поскольку оно приводит если и не к наступлению реального ущерба охраняемым законом благам, то к угрозе такого ущерба. Любое положение законодательства, в том числе об ответственности за публичные правонарушения, является средством, охраняющим не только и не столько предписания закона, сколько определенные цели, блага, ценности, нравственные или имущественные, общечеловеческие, общественные или частные, которым может быть нанесен реальный ущерб.

В силу ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, которая необходима для защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Данное положение воспроизведено в п. 2 ст. 1 Гражданского кодекса Российской Федерации. В п. 3 ст. 1 того же кодекса предусмотрено ограничение гражданского оборота также в целях охраны природы и культурных ценностей, что основано на требованиях ст. 42, ч. 2 и 3 ст. 44, ст. 58 Конституции Российской Федерации.

Также, например, в соответствии с п. 1 ст. 6 Федерального закона от 27 декабря 2002 г. № 184-ФЗ «О техническом регулировании»¹¹ технические регламенты принимаются в целях защиты (охраны) жизни или здоровья граждан, имущества, окружающей среды, животных и растений, а также в целях предупреждения действий, вводящих в заблуждение приобретателей. В последнем случае такое предупреждение позволяет охранять различные блага (ценности) путем защиты воли лица, вступающего в определенные отношения, от обмана, поскольку обман может причинить потерпевшему нравственные страдания и имущественный вред, а иногда и ущерб здоровью.

Как следствие, обязанности, запреты и ограничения, в том числе меры ответственности, могут существовать только на основе необходимости защищать указанные ценности и блага от реального ущерба или угрозы его наступления, что обусловлено социальными (или социально-психологическими) факторами, а не просто правовой формой как таковой. Отсутствие указания на последствия в отдельных положениях законодательства о составах публичных правонарушений означает не отсутствие последствий, а усмотрение законодателя, что, по крайней мере, угроза последствий существует в силу самого совершения деяния. Послед-

¹⁰ Бахрах Д.Н. Состав административного проступка: учеб. пособие. Свердловск, 1987. С. 46.

¹¹ СЗ РФ. 2002. № 52 (ч. 1). Ст. 5140.

ствия правонарушений не упоминаются в законе не в силу их отсутствия, а в силу их очевидности, не требующей упоминания.

Именно поэтому при столкновении с формальными составами административно-юрисдикционные органы должны оценивать не размер реального ущерба (как результат деяния), а вредоносность противоправного деяния, составляющего объективную сторону правонарушения. Определенное значение здесь может играть способ нарушения правовых норм. Однако многие составы административных правонарушений указывают *единственно возможный способ*. В таком случае следует вводить дополнительные признаки, характеризующие малозначительность.

Например, для деящихся правонарушений большое значение имеет продолжительность деяния. Так, по экспертным оценкам, в Российской Федерации находится значительное число нелегальных иммигрантов (есть мнение, что их число может достигать 15 млн человек)¹². По отдельности каждый иностранный гражданин — нарушитель иммиграционных правил не способен причинить сколько-нибудь значимый вред российскому правопорядку. Но все вместе они вполне могут рассматриваться в качестве существенной угрозы национальной безопасности.

По такому же критерию следует оценивать объект административного правонарушения. Малозначительность корреспондирует степени административно-правовой охраны определенных общественных отношений. Причем чем выше второй показатель, тем меньше вероятность признания административного правонарушения малозначительным. Указанное основание может быть использовано для классификации объектов административных правонарушений. Думается, что степень административно-правовой охраны общественных отношений можно обозначить характером санкций, закрепленных нормами Особенной части КоАП РФ.

Административисты дискутируют по вопросу существования в законодательстве «лестницы административных наказаний». Одни авторы считают, что меры административной ответственности в ст. 3.2 КоАП РФ перечислены в зависимости от уровня тяжести¹³. Другие отрицают данное утверждение¹⁴. Представляется, что первое суждение более обоснованно. Системность — это одно из существенных качеств права¹⁵. Значительная часть юридических категорий нуждается в упорядочивании с помощью правовых норм, а систематизацию следует рассматривать как высокую степень такой упорядоченности. Санкции в пределах одной отрасли права вполне можно классифицировать по степени их жесткости. Законодатель должен определить уровень тяжести каждой меры ответственности, отведя ей определенное место в «лестнице наказаний». В связи с этим следует констатировать, что минимальная возможность применения малозначительности связана с такими наказаниями, как административный арест, административное выдворение, дисквалификация, административное приостановление деятельности.

¹² См.: Бахлаев А.Е. К вопросу о правовом статусе нелегальных мигрантов в РФ // Право и политика. 2008. № 5. С. 12—16.

¹³ См.: Бахрах Д.Н. Комментарий к ст. 3.2 КоАП РФ // Комментарий к Кодексу РФ об административных правонарушениях / под общ. ред. Э.Н. Ренова. М., 2002. С. 38; Максимов И.В. Система административных наказаний: понятие и признаки // Государство и право. 2005. № 4. С. 23.

¹⁴ См.: Студенкина М.С. Комментарий к ст. 3.2 КоАП РФ (виды административных наказаний) // Комментарий к Кодексу Российской Федерации об административных правонарушениях. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2002. С. 39.

¹⁵ См.: Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 66—70.

Квалификация правонарушения в качестве малозначительного не должна ограничиваться только оценкой объективных признаков его состава. Состав административного правонарушения представляет собой идеальную модель противоправного наказуемого деяния. Правонарушение — это совокупность всех его конструктивных элементов, отсутствие одного из них делает невозможным применение соответствующей санкции. Степень вредности (опасности) противоправного деяния следует оценивать через всю совокупность элементов, а не какой-то его части. Кстати, в ст. 2.9 КоАП РФ говорится именно о «малозначительности совершенного административного правонарушения», значит, малозначительность является качеством всего административного правонарушения. В частности, сомнение вызывает освобождение от административного наказания при совершении умышленного деяния.

Хотя решающее значение для применения нормы ст. 2.9 КоАП РФ следует признать за объективной стороной, не нужно недооценивать и субъективные элементы. Так, освобождение от административного наказания уместно лишь при условии, что деликвент осознает последствия нарушения им законодательства, раскаивается, стремится вернуться в рамки российского правопорядка и в дальнейшем не собирается совершать противоправные деяния. Выявить все это без должной характеристики качеств самого субъекта и субъективной стороны правонарушения невозможно. В ином случае теряется поощрительная сущность малозначительности, нивелируется карательная суть административных наказаний. Малозначительность как элемент только объективной стороны, а не правонарушения в целом, попадала бы в зависимость от стечения случайных обстоятельств. Например, имеются случаи, когда правоохранительные органы выявляли правонарушителя непосредственно после совершения им противоправного деяния или по истечении длительного срока (в ситуациях с делящимися правонарушениями). Но сам по себе указанный факт не должен означать, что первый правонарушитель лучше второго и достоин освобождения от административного наказания.

Утверждая, что последствием правонарушения с формальным составом является дезорганизация режима правового регулирования, следует пояснить, что под такой дезорганизацией понимать. Если считать, что дезорганизация наступает в правовых отношениях, в режиме правового регулирования или что реальный ущерб подразумевается по характеру деяния теоретически, вне обстановки, в которой деяние совершено, и вины лица, то получается, что ответственность устанавливается за посягательство на абстракцию. Это недопустимо. Как ограничительное толкование малозначительности правонарушений, так и тезис о «дезорганизационном» вреде означали бы, что существует ответственность за деяния, не только не причиняющие реального ущерба охраняемым законом благам, но и не содержащие угрозы такого ущерба, что противоречит ч. 3 ст. 55 Конституции Российской Федерации.

Иногда такой подход обосновывается соображениями укрепления законности в отдельных областях правового регулирования, стремлением поддержать уважение к закону. Однако уважение к закону — это внеправовая категория, которая по своей природе не может поддерживаться через уважение к одной лишь форме, вне содержания правовых обязанностей, запретов и ограничений, цель которых — охрана (защита) благ и ценностей.

Если признать, что «дезорганизация» означает определенные отрицательные практические последствия, то такой подход совпадает с представлением о том, что любое правонарушение подразумевает причинение (или угрозу причинения) реального ущерба охраняемым законом благам.

Принцип соразмерности является одним из руководящих начал как при формировании правовых норм законодателем, так и при их толковании гражданами, организациями, административными органами и судами. Если угроза реального ущерба, как правило, менее опасна, чем реальный ущерб, то почему за реальный ущерб возможно освобождение от ответственности (которая предусмотрена зачастую в большем размере), а за угрозу — нет? Представляется недопустимой ситуация, при которой лицо, совершившее правонарушение с так называемым формальным составом и допустившее лишь угрозу причинения ущерба охраняемым законом благам, не подлежало бы освобождению от ответственности при малозначительности угрозы, а лицо, совершившее правонарушение с так называемым материальным составом и допустившее реальный ущерб, освобождению от ответственности за малозначительностью подлежало бы.

При таких обстоятельствах очевидное противоречие ограничительного толкования принципу соразмерности права все равно приведет к выравниванию «живого права». Правоприменитель либо откажется применять ст. 2.9 КоАП РФ вообще, в том числе к материальным составам, ссылаясь на внутреннее убеждение, что малозначительности в конкретном деле не усматривается, либо будет уделять больше внимания различным доводам, влекущим отказ в привлечении к ответственности по формальным признакам. Это может привести к нежелательному росту влияния формальных соображений на рассмотрение дела по существу.

Все вышеизложенное позволяет заключить, что положения о малозначительности публичных правонарушений могут применяться, в том числе и к формальным составам. С учетом обстоятельств дела они позволяют оценить, не являются ли ущерб или угроза причинения ущерба, охватываемая виной лица, в отношении которого ведется производство, малозначительными и пренебрежимыми. Наступление или угроза наступления реального ущерба подлежат проверке и доказыванию по формальным составам если и не с целью установить, совершено ли правонарушение, то с целью установить, не является ли оно малозначительным. С формальной точки зрения, малозначительность деяния не связывается в ст. 2.9 КоАП РФ с исследованием вопроса только о причиненных или возможных, подразумеваемых как угроза, последствиях. При исследовании вопроса о малозначительности деяния рассматриваются не только последствия, но и степень ущерба (вреда), охватываемая виной лица, в отношении которого ведется производство.

Таким образом, если малозначительным можно назвать хотя бы один из признаков состава правонарушения — наступившие последствия (подразумеваемая угроза их наступления) или вину в их наступлении (угрозе наступления), — то правонарушение является малозначительным. Но если наступившие (или подразумеваемые как угроза) последствия, а также вина в виде возможности предусмотреть такие последствия и непринятие зависящих от лица мер по их предотвращению имеются в существенном объеме, то правонарушение не является малозначительным.

В соответствии с п. 18 Постановления Пленума ВАС РФ от 2 июня 2004 г. № 10 при квалификации правонарушения в качестве малозначительного необходимо

исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

Оценка деяния на предмет выявления его малозначительности — это прерогатива правоприменителя, который при ее осуществлении не может руководствоваться произвольными подходами. Очевидно, что ему необходимы достаточно четкие критерии оценки по факту полного, объективного и всестороннего установления определенной фабулы дела. При этом помимо конкретной нормы, закрепленной в ст. 2.9 КоАП РФ и прямо не предусматривающей таких критериев, следует прежде всего принимать во внимание принципы и цели юридической ответственности. Обязателен комплексный анализ конкретной нормы в системном единстве с иными положениями законодательства, толкование правовых норм в различных его вариантах (видах и способах). Таким образом, властная деятельность юрисдикционного органа обусловлена целым рядом ограничителей, предусмотренных законом и отвечающих не только его букве, но и духу.

Всегда ли возможна постановка вопроса о малозначительности? В отношении всех ли составов административных правонарушений и любых лиц, привлекаемых к административной ответственности, уместно рассуждать о малозначительности деяния? Возможно, существуют такие составы административных правонарушений и такие правонарушители, в отношении которых в принципе недопустим вопрос о малозначительности (независимо от фактической стороны дела)? Рассмотрение этих проблем нашло отражение в практике Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа (ФАС СЗО).

Иногда общий контекст судебного акта может восприниматься неоднозначно: с одной стороны, складывается отношение к позиции суда как в принципе отрицающей применение ст. 2.9 КоАП РФ к рассматриваемому составу правонарушения при любых обстоятельствах в силу определенного объекта посягательства. Суд исходит из характера охраняемых законом общественных отношений, который сам по себе исключает малозначительность деяния. С другой стороны, суд обращает внимание на те или иные конкретные обстоятельства, которые не выявлены, следовательно, при их выявлении логично вести речь о малозначительности вмененного правонарушения.

Однако общая оценка практики ФАС СЗО позволяет сделать *вывод* о следующей *тенденции*: в настоящее время суд кассационной инстанции допускает *малозначительность* деяния в широких пределах, как объективных (по объекту посягательства), так и субъективных (по кругу лиц). При этом суд указывает, что норма ст. 2.9 КоАП РФ является общей и может применяться к любому составу административного правонарушения, предусмотренного КоАП РФ, если судья, орган, рассматривающий конкретное дело, признают, что совершенное правонарушение является малозначительным¹⁶. Тем самым подтверждается допустимость применения ст. 2.9 КоАП РФ в отношении как материальных, так и формальных составов административных правонарушений, а также в отношении как физических, так и юридических лиц, привлекаемых к административной ответственности.

¹⁶ См.: Постановления ФАС СЗО от 16 октября 2007 г. по делу № А13-3193/2007, от 10 января 2007 г. по делу № А26-4863/2006-24 // СПС «Консультант Плюс».

Таким образом, все административные правонарушения (последовательное изложение которых от главы к главе приводится в Особенной части КоАП РФ с учетом различных объектов противоправных посягательств) по своему характеру и степени общественной опасности не исключают применения ст. 2.9 КоАП РФ при определенных фактических обстоятельствах. Данный подход оправдан прежде всего тем, что жизнь разнообразнее и сложнее буквы закона, а принципы юридической ответственности во всех случаях применения права должны быть надлежащим образом реализованы.

Каковы эти фактические обстоятельства? Всегда ли их сходство либо тождество позволяют в различных спорных ситуациях рассчитывать на сходство либо тождество соответствующих судебных оценок?

Для решения вопроса о критериях малозначительности разумно сначала привести ряд жизненных ситуаций, которые подлежали судебной оценке в двух или трех инстанциях.

В постановлении ФАС СЗО от 19 марта 2009 г. № А56-22391/2008¹⁷ суд сделал вывод о малозначительности совершенного административного правонарушения, исходя из того, что:

- истцом были приняты меры к своевременному исполнению возложенной законом обязанности;
- допущен небольшой пропуск срока для представления необходимых по закону сведений;
- имеются обстоятельства, объективно не способствовавшие более раннему представлению заявления о внесении изменений (прием документов налоговым органом производился только по вторникам и четвергам, отмена приема, праздничный день).

Суд решил, что действия истца не привели к причинению реального и существенного вреда охраняемым общественным интересам, и признал незаконным постановление о наложении штрафа.

В постановлении ФАС Уральского округа от 25 июня 2009 г. № Ф09-4401/09-С1¹⁸ суд, принимая во внимание незначительное нарушение срока представления заявления (один день) и отсутствие вредных последствий, признал совершенное правонарушение малозначительным, поскольку оно не представляет существенной угрозы общественной безопасности и охраняемым законом правам и интересам общества и государства. Примечательно, что ссылка инспекции на то, что истец уже был ранее привлечен к административной ответственности за совершение аналогичного правонарушения, не помешала суду вынести решение об отмене штрафа.

¹⁷ См.: Постановление ФАС СЗО от 19 марта 2009 г. по делу № А56-22391/2008 // СПС «Консультант Плюс». Суд признал незаконным постановление ИФНС о привлечении предпринимателя к ответственности по ч. 3 ст. 14.25 КоАП РФ за несвоевременное представление в регистрирующий орган сведений об изменении фамилии, сделав правильный вывод о малозначительности совершенного административного правонарушения, поскольку предпринимателем допущен небольшой пропуск срока для представления сведений.

¹⁸ Постановление ФАС Уральского округа от 25 июня 2009 г. № Ф09-4401/09-С1 по делу № А50-3958/2009-А12 // СПС «Консультант Плюс». Заявление о признании незаконным и отмене постановления административного органа о привлечении к ответственности, предусмотренной ч. 3 ст. 14.25 КоАП РФ, правомерно удовлетворено ввиду малозначительности деяния, поскольку предпринимателем допущено незначительное нарушение срока представления заявления о внесении изменений в сведения в Едином государственном реестре индивидуальных предпринимателей, в связи с чем вредные последствия не наступили.

Представляется уместным разобрать основные категории дел, за которые возможно освобождение по *малозначительности*. Прежде всего, это дела по *квалификации административного правонарушения, связанного с непредставлением и нераскрытием акционерным обществом информации, в качестве малозначительного*.

В ходе производства по делу об административном правонарушении, связанном с непредставлением или нераскрытием информации, а также при рассмотрении дела об оспаривании соответствующего постановления о привлечении к административной ответственности общество может ссылаться на малозначительность совершенного им правонарушения. В связи с этим возникают споры относительно оснований для квалификации административного правонарушения в качестве малозначительного.

На сегодняшний день судебные споры, касающиеся оснований для квалификации административного правонарушения в качестве малозначительного, касаются следующих вопросов:

- квалификация в качестве малозначительного административного правонарушения, связанного с непредставлением обществом в ФСФР России или неопубликованием в Интернете ежеквартального отчета эмитента эмиссионных ценных бумаг в установленный законом срок;
- квалификация в качестве малозначительного административного правонарушения, связанного с непредставлением обществом в ФСФР России или неопубликованием в Интернете списка аффилированных лиц в установленный законом срок;
- квалификация в качестве малозначительного административного правонарушения, связанного с непредставлением обществом документов по требованию акционера.

Дела, связанные с квалификацией в качестве малозначительного административного правонарушения, связанного с непредставлением обществом в ФСФР России или неопубликованием в Интернете ежеквартального отчета эмитента эмиссионных ценных бумаг в установленный законом срок, в судебной практике возникают довольно часто. В основном в подобных случаях применяются нормы ст. 2.9, ч. 2 ст. 15.19 КоАП РФ.

Статья 2.9 КоАП РФ предусматривает возможность освобождения от административной ответственности при малозначительности правонарушения. Установлено, что при малозначительности совершенного административного правонарушения судья, орган, должностное лицо, уполномоченные решить дело, могут освободить лицо, совершившее правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием. Однако ст. 2.9 не содержит *критериев* оценки малозначительности административного правонарушения.

Как уже упоминалось, в п. 18 Постановления Пленума ВАС РФ от 2 июня 2004 г. № 10 дано разъяснение, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного судам необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительным правонарушение признается при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям. Такие обстоятельства, как, например, личность и имущественное положение привлекаемого к ответственности лица, добровольное устранение последствий правонарушения, возмещение причиненного ущерба, не свидетельствуют о малозначительности правонарушения. Таким образом, разъяснение Пленума ВАС РФ также не содержит опреде-

ленных критериев для квалификации административного нарушения в качестве малозначительного. Вследствие этого на практике возникают споры о возможности квалификации административного правонарушения в виде непредставления или неопубликования в Интернете ежеквартального отчета эмитента эмиссионных ценных бумаг в качестве малозначительного.

Из приведенной судебной практики можно сделать следующий вывод: непредставление обществом в ФСФР России в установленный законом срок ежеквартального отчета эмитента эмиссионных ценных бумаг может быть признано малозначительным административным правонарушением, если будет установлено, что оно не создало существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, не причинило вреда интересам граждан, общества и государства.

В настоящее время суды следуют разъяснениям, содержащимся в п. 18 Постановления Пленума ВАС РФ от 2 июня 2004 г. № 10, толкование которого позволяет утверждать, что малозначительным административным правонарушением является действие или бездействие, формально содержащее признаки состава административного правонарушения, но, с учетом характера совершенного правонарушения и роли правонарушителя, размера вреда и тяжести наступивших последствий, не представляющее существенного нарушения охраняемых общественных правоотношений. Это подтверждают много численные примеры из судебной практики.

Суды первой и апелляционной инстанций установили¹⁹, что общество направило ежеквартальный отчет эмиссионных ценных бумаг за первый квартал 2007 г. в региональное отделение ФСФР России в Северо-Западном федеральном округе 16 мая 2007 г., а должно было направить не позднее 15 мая 2007 г. Кроме того, отчет был размещен обществом на сайте, т.е. раскрывалась содержащаяся в отчете информация, доступная для всех заинтересованных лиц. Исследовав представленные в деле доказательства, суд первой инстанции пришел к выводу, что совершенное обществом правонарушение не содержит существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, не причинило вреда интересам граждан, общества и государства, в связи с чем расценил данное правонарушение как малозначительное и счел возможным освободить нарушителя от ответственности.

В соответствии с п. 1 ст. 71 АПК РФ арбитражный суд оценивает доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств. Переоценка исследованных судом первой инстанции обстоятельств в силу ст. 286 АПК РФ не входит в компетенцию суда кассационной инстанции. Таким образом, Арбитражный суд Республики Коми и Второй арбитражный апелляционный суд правильно применили нормы материального права. Нарушений норм процессуального права, являющихся в силу ч. 4 ст. 288 АПК РФ в любом случае основаниями к отмене принятых судебных актов, суды не допустили.

Приведенная практика показывает, что непредставление определенной законом информации в установленный срок может квалифицироваться судами в качестве малозначительного, если оно не содержит существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, не причинило вреда интересам граждан, общества и государства.

¹⁹ См.: Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 13 февраля 2008 г. по делу № А29-4657/2007 // СПС «Консультант Плюс».

Необходимо рассмотреть еще один пласт из арбитражной практики, а именно допустимость применения арбитражными судами нормы о малозначительности в делах, касающихся соблюдения соответствующими субъектами законодательства в области рынка ценных бумаг и предоставлении необходимой по законодательству информации. Например, материалами дела установлено²⁰, что отделением ФСФР России в Сибирском федеральном округе (далее — СФО) проведена проверка соблюдения ОАО «Востокбурвод» требований законодательства в области рынка ценных бумаг. В ходе проверки выявлен и зафиксирован в акте от 28 августа 2009 г. факт нарушения ОАО «Востокбурвод» порядка раскрытия информации на рынке ценных бумаг. Это выразилось в непредставлении в региональное отделение ФСФР России в СФО в установленный срок (до 14 августа 2009 г. включительно) ежеквартального отчета эмитента эмиссионных ценных бумаг за второй квартал 2009 г.

21 сентября 2009 г. составлен протокол об административном правонарушении № 398, согласно которому в действиях общества установлено правонарушение, подпадающее под действие ч. 2 ст. 15.19 КоАП РФ. По итогам рассмотрения дела об административном правонарушении 7 октября 2009 г. ФСФР России принято постановление № 398 о назначении административного наказания. ОАО «Востокбурвод» признано виновным в совершении административного правонарушения, ответственность за которое предусмотрена ч. 2 ст. 15.19 КоАП РФ и на него наложен административный штраф в размере 700 тыс. руб.

Не согласившись с данным постановлением, ОАО «Востокбурвод» обратилось в арбитражный суд с апелляционным заявлением. Суды установили, что просрочка представления ежеквартального отчета составила два рабочих дня, правонарушение не содержало существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, не повлекло за собой нарушения прав и интересов неопределенного круга лиц, не причинило вреда интересам граждан, общества и государства. Суды первой и апелляционной инстанций правомерно применили положения ст. 2.9 КоАП РФ и, руководствуясь п. 17, 18 постановления Пленума ВАС РФ от 2 июня 2004 г. № 10, на основании ч. 2 ст. 211 АПК РФ признали незаконным и отменили оспариваемое постановление о привлечении общества к административной ответственности²¹. Выводы судов мотивированы, основаны на всестороннем и полном исследовании имеющихся в деле доказательств и их оценке в соответствии с требованиями ст. 71 АПК РФ.

Из этого примера можно сделать вывод: неопубликование обществом в установленный срок ежеквартального отчета эмитента эмиссионных ценных бумаг в Интернете может быть признано малозначительным административным правонарушением, если установлено, что оно не представляет существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, не причинило вреда интересам граждан, общества и государства. При этом суд следует разъяснениям, содержащимся в п. 18 Постановления Пленума ВАС РФ от 2 июня 2004 г. № 10, согласно которым правонарушение признается малозначительным при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

²⁰ См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 11 марта 2010 по делу № А45-24845/2009 // СПС «Консультант Плюс».

²¹ См.: Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 11 марта 2010 г. по делу № А45-24845/2009 // СПС «Консультант Плюс».

Следующий пример: судами установлен²², материалами дела подтвержден и обществом не оспаривается факт отсутствия по состоянию на 1 июня 2009 г. на сайте общества в Интернете информации в форме ежеквартального отчета общества за первый квартал 2009 г. Это свидетельствует о наличии в действиях общества административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена ч. 2 ст. 15.19 КоАП РФ. Доказательств, подтверждающих принятие заявителем мер, направленных на своевременное выполнение требований, предусмотренных Положением о раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг, утв. приказом ФСФР России от 10 октября 2006 г. № 06-117/пз-н, материалы дела не содержат (ст. 2.1 КоАП РФ). Указанные обстоятельства свидетельствуют о наличии в действиях общества состава административного правонарушения, ответственность за совершение которого предусмотрена ч. 2 ст. 15.19 КоАП РФ.

Суды, признавая данное правонарушение малозначительным, исходили из того, что совершенное правонарушение не содержит существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, не причинило вред интересам граждан, общества и государства. Суды также приняли во внимание факт нахождения необходимой информации в Интернете, что подтверждается представленной в материалы дела распечаткой. При этом суды с учетом конкретных обстоятельств дела исходили из общих принципов права, согласно которым санкции должны отвечать требованиям справедливости, быть соразмерными конституционно закрепленным целям и охраняемым законным интересам, а также характеру совершенного деяния и причиненному им вреду²³.

Еще один интересный пример: как следует из материалов дела, отделением ФСФР России в Волго-Камском регионе 30 мая 2008 г. на основании поручения от 9 апреля 2008 г. № 58 проведена проверка деятельности общества по вопросу соблюдения порядка раскрытия информации на рынке ценных бумаг. В ходе проверки административным органом установлен факт нарушения эмитентом порядка раскрытия информации на рынке ценных бумаг, а именно необеспечение обществом доступа в Интернет к тексту ежеквартального отчета за первый квартал 2008 г.

Вместе с тем в соответствии со ст. 2.9 КоАП РФ при малозначительности совершенного административного правонарушения судья может освободить лицо, совершившее административное правонарушение, от административной ответственности и ограничиться устным замечанием. П. 18 постановления Пленума ВАС РФ от 2 июня 2004 г. № 10 предусмотрено, что при квалификации правонарушения в качестве малозначительного необходимо исходить из оценки конкретных обстоятельств его совершения. Малозначительность правонарушения имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям.

Суды обеих инстанций, оценив в порядке ст. 71 АПК РФ характер совершенного правонарушения, степень общественной опасности и ущерба, причиненного охраняемым государством общественным отношениям, с учетом конкретных обстоятельств дела, отсутствия вредных последствий и в соответствии с конституци-

²² Постановление ФАС Уральского округа от 3 февраля 2010 г. № Ф09-59/10-С1 по делу № А50-22025/2009 // СПС «Консультант Плюс».

²³ См.: Постановление ФАС Уральского округа от 3 февраля 2010 г. № Ф09-59/10-С1 по делу № А50-22025/2009 // СПС «Консультант Плюс».

онными принципами соразмерности и справедливости при назначении наказания пришли к выводу о наличии оснований для признания правонарушения малозначительным.

Можно сделать вывод, что неопубликование обществом в установленный срок ежеквартального отчета эмитента эмиссионных ценных бумаг в Интернете может быть признано малозначительным административным правонарушением, если отчет был своевременно направлен в ФСФР России и впоследствии надлежащим образом опубликован.

Как уже говорилось, Постановление Пленума ВАС РФ от 2 июня 2004 г. № 10 не содержит определенных критериев, в соответствии с которыми административное нарушение можно было бы квалифицировать в качестве малозначительного. Вследствие этого на практике возникают споры относительно критериев для квалификации административного правонарушения в виде непредставления обществом в ФСФР России или неопубликования им на странице в Интернете списка аффилированных лиц как малозначительного. Судебная практика позволяет сделать вывод, что непредставление обществом в ФСФР России списка аффилированных лиц в установленный срок может быть признано малозначительным административным правонарушением, если будет установлено отсутствие существенной угрозы общественным отношениям либо интересам.

Например, как следует из материалов дела, ОАО «КомиНИПИстрой» не представило в регистрирующий орган в срок до 16 мая 2007 г. список аффилированных лиц за первый квартал 2007 г. Усмотрев в действиях общества признаки состава административного правонарушения, ответственность за которое установлена в ч. 2 ст. 15.19 КоАП РФ, уполномоченное должностное лицо регионального отделения ФСФР России в Северо-Западном федеральном округе составило протокол от 6 июня 2007 г. об административном правонарушении. По результатам рассмотрения дела руководитель административного органа принял постановление от 27 июня 2007 г. № 469 о назначении ОАО «КомиНИПИстрой» наказания в виде наложения штрафа в сумме 30 тыс. руб.

Как установлено судами первой и апелляционной инстанций, подтверждено материалами дела и не оспаривается заявителем, общество не представило в установленный срок (не позднее 16 мая 2007 г.) список аффилированных лиц. Оценив представленные в деле доказательства, характер и степень общественной опасности совершенного обществом правонарушения, суды сделали вывод, что в рассматриваемом случае при формальном наличии всех признаков состава правонарушения оно не содержало существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, не повлекло за собой существенного нарушения прав и интересов граждан и государства, в связи с чем признали его малозначительным²⁴.

Надо заметить, что в судебно-арбитражной практике определилось неоднозначное толкование понятия «отсутствие существенной угрозы охраняемым общественным отношениям» как правового критерия малозначительности административного правонарушения. В качестве такого критерия суды признают, с одной стороны, отсутствие ущерба, выраженного в стоимостном измерении, или его наличие в незначительном размере, с другой стороны, наличие или отсутствие суще-

²⁴ Постановление ФАС Волго-Вятского округа от 14 февраля 2008 г. по делу № А29-4938/2007 // СПС «Консультант Плюс».

ственной угрозы измеряется судами в контексте социальной значимости охраняемых общественных отношений независимо от наличия или отсутствия реального ущерба.

Так, в постановлении ФАС Западно-Сибирского округа от 15 января 2009 г. № Ф04-75/2009(19275-А27-19) по делу № А27-4825/2008 указано, что в связи с нарушением ОАО «Кемеровоэлектромонтаж» подп. 8.5.3 п. 8.5 Положения о раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг²⁵ административным органом вынесено постановление от 14 апреля 2008 г. № 175 о привлечении данного юридического лица к административной ответственности, предусмотренной ч. 2 ст. 15.19 КоАП РФ, в виде штрафа в размере 30 тыс. руб.

Отменяя постановление административного органа, суды первой и апелляционной инстанций исходили из того, что в соответствии с подп. 8.5.3 п. 8.5 Положения о раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг акционерное общество обязано представлять в регистрирующий орган список аффилированных лиц, составленный на дату окончания отчетного квартала, не позднее 45 дней с даты окончания отчетного квартала. За нарушение эмитентом, профессиональным участником рынка ценных бумаг или лицом, оказывающим услуги по публичному предоставлению раскрываемой информации, порядка раскрытия информации на рынке ценных бумаг, обязанность по раскрытию которой предусмотрена законодательством, ч. 2 ст. 15.19 КоАП РФ устанавливает ответственность в виде наложения штрафа на юридических лиц в размере от 30 тыс. до 40 тыс. руб.

Исследовав конкретные обстоятельства создания и деятельности ОАО «Кемеровоэлектромонтаж», суды первой и апелляционной инстанций пришли к выводу, что допущенное названным акционерным обществом правонарушение не представляет существенной угрозы охраняемым общественным интересам²⁶.

Таким образом, оценка деяния на предмет выявления его малозначительности — это прерогатива правоприменителя, который при ее осуществлении не может руководствоваться произвольными подходами. Очевидно, что ему необходимы достаточно четкие критерии оценки по факту полного, объективного и всестороннего установления определенной фабулы дела. При этом, помимо конкретной нормы, закрепленной в ст. 2.9 КоАП РФ и прямо не предусматривающей таких критериев, следует прежде всего принимать во внимание принципы и цели юридической ответственности. Обязателен комплексный анализ конкретной нормы в системном единстве с иными положениями законодательства, толкование правовых норм в различных его вариантах (видах и способах).

В связи с этим можно привести еще один характерный пример, касающийся непредставления субъектом предпринимательской деятельности в регистрирующий орган определенной законом информации. Как следует из материалов дела № А50-16634/07, отделение ФСФР России в Волго-Камском регионе составило протокол об административном правонарушении от 24 августа 2007 г. № 538-10-9/2 по факту нарушения обществом 45-дневного срока для представления в регистрирующий орган списка аффилированных лиц, составленного на дату окончания второго

²⁵ Утв. приказом Федеральной комиссии по рынку ценных бумаг от 10 октября 2006 г. № 06-117/пз-н.

²⁶ Постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 15 января 2009 г. № А27-4825/2008, Ф04-75/2009 по делу № 004-75/2009 (19275-А27-19).

квартала 2007 г. По результатам рассмотрения протокола принято постановление от 31 августа 2007 г. № 367 о назначении обществу административного наказания по ч. 2 ст. 15.19 КоАП РФ за нарушение эмитентом порядка раскрытия информации на рынке ценных бумаг в виде взыскания 30 тыс. руб. штрафа.

Оценив имеющиеся в материалах дела доказательства по своему внутреннему убеждению, основанному на всестороннем, полном, объективном и непосредственном исследовании имеющихся в деле доказательств, в соответствии со ст. 71 АПК РФ и положениями Европейской конвенции от 20 марта 1952 г. «О защите прав человека и основных свобод», где говорится о разумном балансе публичного и частного интересов, апелляционный суд сделал вывод о малозначительности административного правонарушения с учетом конкретных обстоятельств дела, отсутствия вредных последствий и в соответствии с конституционными принципами соразмерности и справедливости при назначении наказания.

Апелляционный суд оценил характер и степень общественной опасности совершенного обществом правонарушения и пришел к выводу, что оно не содержит существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, не причинило вреда интересам граждан, общества и государства, в связи с чем расценил данное правонарушение как малозначительное и счел возможным освободить нарушителя от ответственности²⁷. Непредставление в ФСФР России списка аффилированных лиц в установленный срок может быть признано малозначительным административным правонарушением, если будет установлено, что общество направило список в соответствующий срок, но в связи с неверным указанием адреса получателя документ был возвращен обществу и после устранения ошибки повторно направлен в ФСФР России.

Суды исходят из того, что данное правонарушение не создает существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, не причинило существенно-го вреда интересам граждан, общества и государства, поскольку обществом были предприняты все возможные действия для исполнения предусмотренной законодательством обязанности по представлению списка аффилированных лиц. На основании этого, а также в связи с отсутствием в действиях общества намерения скрыть данную информацию, указанное правонарушение было признано малозначительным.

Представляется уместным привести еще один пример из судебной практики на ту же тематику. Как следует из материалов дела № А71-4123/08, 12 марта 2008 г. прокурором Ленинского района г. Ижевска вынесено постановление о возбуждении в отношении общества производства по делу об административном правонарушении, ответственность за которое предусмотрена ч. 2 ст. 15.19 КоАП РФ. Основанием для вынесения указанного постановления послужило нарушение обществом требований законодательства в области раскрытия информации на рынке ценных бумаг, выразившееся в непредставлении в установленный срок в отделение списка аффилированных лиц за четвертый квартал 2007 г.

Удовлетворяя заявленные требования, признавая незаконным и отменяя оспариваемое постановление от 15 апреля 2008 г. № 238, суды, применив положения Федерального закона от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах»,

²⁷ Постановление ФАС Уральского округа от 5 мая 2008 г. № Ф09-3042/08-С1 по делу № А50-16634/07 // СПС «Консультант Плюс».

Федерального закона от 26 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг», Положения о раскрытии информации эмитентами эмиссионных ценных бумаг и КоАП РФ, пришли к выводу о доказанности материалами дела состава вменяемого обществу административного правонарушения, но отсутствии оснований для привлечения общества к административной ответственности в связи с малозначительностью совершенного им административного правонарушения. При этом суды ограничились устным замечанием.

Судами установлено и материалами дела подтверждается, что список аффилированных лиц направлен обществом в адрес отделения 14 февраля 2008 г., однако из-за неверного указания адреса получателя был возвращен обществу. Устранив ошибку в адресе получателя 11 марта 2008 г., общество вновь направило в отделение список аффилированных лиц уже с нарушением установленного действующим законодательством срока на 26 дней. Указанный список получен отделением ФСФР России в Волго-Камском регионе 19 марта 2008 г.

Правильно применив нормы права, а также оценив в порядке, предусмотренном ст. 65, 67, 68, 71 АПК РФ, имеющиеся в материалах дела документы и установленные по делу фактические обстоятельства, суды пришли к правомерному выводу, что в данном конкретном случае совершенное обществом административное правонарушение, ответственность за которое предусмотрена ч. 2 ст. 15.19 КоАП РФ, является малозначительным, поскольку обществом были предприняты все возможные действия для исполнения предусмотренной законодательством обязанности по раскрытию информации. Намерения скрыть информацию об аффилированных лицах в действиях общества не установлено. Совершенное обществом правонарушение не содержит существенной угрозы охраняемым общественным отношениям, не причинило существенного вреда интересам граждан, общества и государства²⁸.

Из данного примера следует вывод, что непредставление обществом в ФСФР России в установленный законом срок списка аффилированных лиц может быть признано малозначительным административным правонарушением, если акции общества не обращаются на финансовом рынке и впоследствии список был представлен. Если акции общества не обращаются на рынке, интересы участников рынка ценных бумаг не могут быть ущемлены непредставлением списка аффилированных лиц, в связи с чем правонарушение может быть квалифицировано как малозначительное.

Обобщая сказанное, отметим, что непредставление обществом в ФСФР России списка аффилированных лиц в установленный срок признается *малозначительным* административным правонарушением, *если* просрочка *незначительна*. Суды исходят из того, что незначительная просрочка представления списка аффилированных лиц, допущенная акционерным обществом, не создает угрозу общественным интересам, что является основанием для признания указанного правонарушения малозначительным.

На материалах арбитражной практики хотелось бы также рассмотреть возможность освобождения от административной ответственности юридических лиц при совершении малозначительных *валютных правонарушений*. В частности, факт по-

²⁸ Постановление ФАС Уральского округа от 22 октября 2008 г. № Ф09-7740/08-С1 по делу № А71-4123/08 // СПС «Консультант Плюс».

ступления валютной выручки на банковский счет общества с нарушением сроков, предусмотренных внешнеторговым контрактом, был подтвержден, в связи с чем вывод суда о наличии в действиях общества состава правонарушения, определенного ч. 4 ст. 15.25 КоАП РФ, является правильным, однако с учетом конкретных обстоятельств дела (в том числе незначительного периода просрочки), отсутствия вредных последствий и в соответствии с конституционными принципами соразмерности и справедливости при назначении наказания правонарушение признано малозначительным²⁹.

Можно привести еще пример применения статьи о малозначительности, но уже по делам о неприменении при расчетах контрольно-кассовых машин (далее — ККМ): при осуществлении денежных расчетов с населением за оказанные услуги по перевозке пассажиров автотранспортом, работающим в режиме легкового таксомотора, применение ККМ обязательно. Принимая во внимание, что неприменение ККМ с учетом выдачи квитанций не привело к лишению контролирующего органа возможности осуществлять контроль над доходами заявителя и сокрытию выручки, а также не причинило ущерба правам и интересам потребителей, суд применил ст. 2.9 КоАП РФ³⁰.

Отсутствие понятия малозначительности в КоАП РФ, наличие разного его понимания в постановлениях высших судебных инстанций Российской Федерации, отсутствие единообразия в правоприменительной деятельности ставит на повестку дня вопрос — что делать? Можно предложить два варианта ответа.

Первый — вообще ликвидировать данный институт в КоАП РФ, поскольку он позволяет применять много оценочных элементов, вносит противоречия в судебную практику (особенно в системе арбитражных судов, где весьма часто дела по ст. 2.9 КоАП РФ проходят все четыре инстанции).

Второй вариант — предложить законодателю определиться и закрепить в КоАП РФ понятие малозначительности при привлечении к административной ответственности. Ст. 2.9 КоАП РФ предлагается дополнить абзацем следующего содержания:

«2. Малозначительность правонарушения определяется исходя из конкретных обстоятельств совершения правонарушения, имеет место при отсутствии существенной угрозы охраняемым общественным отношениям независимо от наступления общественно опасных последствий».

²⁹ См.: Постановление ФАС Уральского округа от 29 сентября 2008 г. № Ф09-6903/08-С1 по делу № А60-8167/08 // СПС «Консультант Плюс».

³⁰ См.: Постановление ФАС Уральского округа от 4 сентября 2008 г. № Ф09-6420/08-С1 по делу № А60-5843/08 // СПС «Консультант Плюс».

С.Ю. Данилов

профессор кафедры
конституционного и
муниципального права
факультета права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»,
доктор исторических наук

Правовое регулирование «специального статуса» субъекта федерации: дифференциация права на примере статуса Квебека

В статье рассматривается сочетание общего и особенного в прошлом и нынешнем статусе канадской провинции Квебек. Анализируется соотношение конституционно-правовых и национально-этнических составляющих квебекской (франко-канадской) проблемы, которая является наиболее важной проблемой существования канадской федерации. Обращается внимание на то, что происходит дальнейшая дифференциация правовых норм, регулирующих статус данной провинции.

Ключевые слова: федерализм, канадская провинция Квебек, центр, субъект, конституционный акт, статут, конституционная конвенция, резолюция, компетенция, сепаратизм, язык.

На рубеже веков федерализм как форма государственного устройства продемонстрировал ряд новых тенденций развития, требующих доктринального анализа. Предметом данной статьи является правовой статус канадской провинции Квебек. Канадский федерализм отличается рядом особенностей: асимметричностью федерации, постоянным поиском баланса между централизацией и децентрализацией, регулированием межнациональных отношений. В меняющемся статусе Квебека взаимодействие федеративных и национальных факторов развития предстает в концентрированном виде¹. Способы, посредством которых федеральный центр

* Статья выполнена при поддержке программы Научного фонда НИУ ВШЭ в рамках индивидуального исследовательского проекта № 10-01-0098 «Эволюция канадского федерализма». (2010–2012 гг.).

¹ На рус. яз. см.: *Ившина И.Н.* Становление и развитие канадского федерализма. Киров, 2007; *Федерализм в России и в Канаде: курс лекций / Кабышев С.В. и др. М., 2009.* На ин. яз. см.: *Hogg P.*

обеспечивает сохранение Квебека в составе федерации², представляют собой неотъемлемую часть эволюции канадской модели федерализма.

1. Конституционное регулирование статуса Квебека

Согласно преамбуле Конституционного акта 1867 г.³ Квебек является одним из соучредителей федерации наряду с тремя англоязычными субъектами — Онтарио, Новой Шотландией и Нью-Брансуиком. В отечественной литературе содержатся утверждения, что данным Конституционным актом будто бы установлено равноправие субъектов, являющееся отличительным признаком симметричной федеративной модели⁴. Исследователи, придерживающиеся подобного мнения, упускают из вида ряд норм конституционного права Канады, прежде всего ст. 94 и 97 разд. VI «Распределение законодательной власти» акта 1867 г. Между тем они гласят: «Независимо от содержащегося в настоящем Акте Парламент Канады вправе принимать меры в целях единообразия всех или части законов о собственности и гражданских правах в Онтарио, Новой Шотландии и Нью-Брансуике и о судопроизводстве в этих провинциях... До тех пор, пока законы о собственности и гражданских правах и о судопроизводстве в Онтарио, Новой Шотландии и Нью-Брансуике не станут единообразными, судьи названных провинций будут отбираться Генерал-губернатором (т.е. органами федеральной власти. — *С.Д.*) из числа членов адвокатских коллегий этих провинций»⁵. Не вызывает сомнения, что законодательная и судебная власти провинции Квебек «по умолчанию» не связаны данными нормами. Франкоязычной провинции не было поставлено в обязанность то, что должны были сделать англоязычные субъекты федерации. Указанные статьи Конституционного акта установили в конституционном строе Канады — правда, в косвенной, латентной форме — правовую привилегию Квебека⁶.

Не отвечали модели симметричной федерации и нормы ст. 69, 71—80 и 88 раздела «Законодательная власть» акта. Закрепив единый срок полномочий законодательных legislatures всех субъектов, акт одновременно узаконил дифференциацию наименований и организационных форм этих органов субъектной власти. Ст. 71 раздела «Законодательная власть» акта гласит: «Легислатура Квебека⁷ состоит из Лейтенант-

Constitutional Law of Canada. Toronto, 2007; *Reid S.* The Breakup of Quebec. Democracy and Dangers of Partition. Peterborough, 2007; *Racing to the Bottom. Provincial Interdependence in Canadian Federation* / ed. by Harrison K. Vancouver, 2009; *Stevenson G.* Canadian Federalism and National Unity. Toronto, 2007; *Young R.* The Secession of Quebec and the Future of Canada. 2nd ed. Montreal — Kingston, 2008.

² В настоящей статье не рассматриваются те связанные с Квебеком конфликты внутри федерации, которые имели место до 1970 г. и сопровождалась применением силовых методов. См. о них: *Данилов С.Ю.* История Канады. М., 2006. Гл. 4, 6; *Его же.* Эволюция канадского федерализма // *Федерализм.* 2008. № 1.

³ До 1982 г. носил наименование «Акт о Британской Северной Америке 1867 г.».

⁴ См.: *Качанов В.А.* Федерализм в Канаде / Современный буржуазный федерализм. М., 1978. С. 88; *Чиркин В.Е.* Современный федерализм: сравнительный анализ. М., 1995. С. 28—29.

⁵ Canada. Department of Justice. A Consolidation of Constitution Acts. 1867—1982. Ottawa, 2001. P. 34—35 (далее — Canada. A Consolidation.).

⁶ См.: *Federalism. The Multiethnic Challenge* / ed. by G. Smith. Oxford — N.Y., 1995. P. 32, 47; *Smiely D.* The Federal Condition in Canada. Toronto, 1990. P. 127—128.

⁷ В тексте акта легислатура Квебека названа Ассамблеей. В настоящее время данный институт власти на русском языке именуется Национальным собранием.

губернатора и двух палат». Уместно сравнить с данной формулировкой нормы ст. 69 того же раздела акта: «Легислатура Онтарио состоит из Лейтенант-губернатора и одной палаты» — и ст. 88: «Устройство легислатур Новой Шотландии и Нью-Брансуика с соблюдением положений настоящего Акта останется таким (однопалатным. — С.Д.), каким оно было ко времени образования федерации»⁸. Невозможно не заметить также, что регулированию структуры и состава законодательных легислатур всех англоязычных субъектов федерации посвящено в общей сложности три статьи Конституционного акта 1867 г., тогда как легислатуре Квебека — 10 статей. Нормы ст. 71–80 акта досконально регулируют численность депутатского корпуса легислатуры Квебека, квалификацию, которой должны соответствовать ее депутаты, вопросы, связанные с вакансиями, уходом в отставку, кворумом, статусом спикеров палат, и т.д. Между тем аналогичные вопросы, касающиеся законодательных институтов англоязычных провинций, не являются предметом регулирования данного акта.

Кроме того, ст. 133 разд. IX «Различные постановления. Общие вопросы» Конституционного акта санкционирует право выступления на французском языке не только в судах Квебека и в его легислатуре, но также в федеральных судах и в федеральном Парламенте (но не в легислатурах прочих провинций)⁹. В работах крупного канадского юриста-конституционалиста, сенатора Ю. Форси, нормы ст. 133 акта охарактеризованы как закрепление «ограниченного официального двуязычия»¹⁰. Между тем статус английского языка, который был и остается языком большинства населения в остальных субъектах федерации, в акте никак не охарактеризован.

Названные статьи акта могут быть истолкованы как закрепляющие элементы «специального (привилегированного) статуса» Квебека. Однако в ст. 63, 65 и 81–87 разд. V «Законодательная власть» и ст. 134–142 разд. IX «Различные постановления» прослеживается совсем другая тенденция — унификация статуса Квебека и крупнейшей англоязычной провинции Онтарио¹¹. В прочих 129 статьях акта подобные тенденции отсутствуют.

Напрашивается вывод, что Квебек на конституционном уровне изначально был наделен основателями федерации «специальным статусом», не полностью совпадающим с принятым в модели симметричного федеративного государства принципом равных прав их субъектов. Этот вывод находит подтверждение и в том, что еще до принятия Конституционного акта (1866 г.) Квебек в качестве предварительного условия его вступления в будущую федерацию добился у властей метрополии права имплементировать Гражданский кодекс Франции 1804 г.¹²

Как находят зарубежные аналитики, вместо симметричного устройства федеративного государства Конституционный акт 1867 г. фиксирует компромиссный

⁸ Canada. A Consolidation. P. 21, 22, 25.

⁹ Canada. A Consolidation. P. 42–43.

¹⁰ Forsey E. Freedom and Order. Collected Essays. Toronto — Buffalo, 1984. P. 243.

¹¹ В вопросах, касающихся: 1) сохранения силы за гражданским и уголовным законодательством колониального периода; 2) организации работы легислатур (назначение должностных лиц палат, ограничение пассивного избирательного права для лиц, занимающих должности, присяга депутатов, толкование временных актов, арбитраж в деле о долгах кандидатов и т.д.). См.: Canada. A Consolidation. P. 20–21, 24, 44, 45.

¹² Квебек с тех пор рассматривается в юридической литературе в качестве одной из стран смешанного права.

вариант «скрыто асимметричного федерализма»¹³. В асимметрии иногда усматривают внешнее влияние — перенесение на североамериканскую почву конфедеративного и федеративного опыта Швейцарии. Другие исследователи выводят скрытую асимметрию Канадской федерации исключительно из внутренних факторов ее возникновения. По их мысли, скрытая асимметрия федеративной модели Канады явилась компенсацией Квебеку за построение федерации по территориально-географическому принципу¹⁴. «Канадская нация есть субстанция политическая, а не этническая»¹⁵, — отмечал крупный конституционалист Ф. Скотт. Приложение территориального принципа федерализма к канадской действительности, в свою очередь, сделало возможным длительное уклонение институтов федеральной власти Канады от правового регулирования комплекса проблем, связанных с межнациональными отношениями.

В целях юридически полноценного признания «специального статуса» Квебека во второй половине XX в. дважды предпринимались попытки принять крупномасштабные поправки к Конституционному акту. В текст Конституции предполагалось внести: 1) определение Квебека как «уникального сообщества с исключительными правами на защиту французского языка и культуры»; 2) определение Канады как «страны, включающей самобытное франкоязычное сообщество с уникальной правовой традицией, существующее главным образом в Квебеке, но не только в нем, и англоязычного сообщества, существующего главным образом вне Квебека, но также и в Квебеке». Фактически проекты поправок были равносильны правовым актам о преобразовании федерации в асимметричную и национально-территориальную. Однако эти проекты не были ратифицированы.

Необходимо подчеркнуть, что именно по настоянию Квебека Канадская федерация в преамбуле (ст. 3) и в ст. 138, 146 и 147 раздела «Различные постановления. Общие вопросы» Конституционного акта именуется конфедерацией¹⁶. Эта

¹³ См.: The Canadian and Australian Constitutions in Comparative Perspective / ed. by M. McKenna. Calgary, 2008. P. 132, 194; Constitutional Predicament. Canada after Referendum of 1992 / Cook C. et al. Montreal — Kingston, 2006. P. 78–79, 190; см. также: Федерализм в России и Канаде: курс лекций. С. 37–39.

¹⁴ Границы провинций проведены так, что в пределах Квебека проживает компактное англоязычное меньшинство, а в Онтарио и Нью-Брансуике — компактные франкоязычные меньшинства. Недаром Конституционный акт говорит о подданных Короны, которые в акте даже не именуются канадцами, а не о народах (*peoples, nations*) или этносах (*ethnic groups, communities*). Конституционный акт составлен, опубликован и в течение 100 лет был доступен исключительно на английском языке. Следовательно, Канада свыше 100 лет являлась «по умолчанию» мононациональным федеративным государством. Положение несколько изменилось с инкорпорированием во время конституционной реформы в текст Конституции Хартии прав и свобод канадцев 1982 г., ст. 24 и 25 которой могут быть истолкованы как признание многонациональности канадского общества. В то же время под «народами» в Хартии прав и свобод подразумеваются только индейцы и эскимосы. Подробное рассмотрение данных вопросов выходит далеко за границы темы данной статьи.

¹⁵ Scott F. Essays on the Constitution. Aspects of Canadian Law and Politics. 2nd ed. Toronto, 1994. P. 15.

¹⁶ См.: Canada. A Consolidation. P. 2, 44, 46. Но строго говоря, в англоязычном оригинале Конституционного акта термин «конфедерация» (*confederation*) отсутствует. Использован термин «союз» (*union*), который вплоть до середины XIX в. мог обозначать какую угодно форму государственного устройства — от конфедеративной до унитарной. Исключительно для обозначения конфедеративного государственного устройства термин стал применяться не ранее начала XX в. В связи с этим отметим, что исследователи подвергают аргументированной критике «тяжелый», «темный» язык Конституционного акта, изобилующего допускающими несколько толкований

никогда не отвечавшая действительному положению вещей дефиниция порождает дополнительные, трудно устранимые коллизии¹⁷ в правовом толковании формы административно-территориальной организации государства¹⁸.

2. Законодательное закрепление «специального статуса»

Среди актов провинциального статутного права необходимо в первую очередь назвать «Акт о фундаментальных правах и привилегиях народа Квебека и квебекского государства» 2001 г. (далее — Акт о фундаментальных правах). Акт провозглашает право народа Квебека «определять его политическое будущее»¹⁹. Декларируется «суверенитет» данного субъекта федерации во всех областях. Вразрез с тем очевидным юридическим фактом, что независимость Квебека никем и никогда не была признана²⁰, провозглашено распространение «суверенных прав» провинции на сферу международного права. В провинциальном праве создан политически опасный прецедент. Вместе с тем в Акте, в отличие от программ Квебекской партии и Квебекского блока²¹, отсутствуют положения, содержащие право провинции на самоопределение, на отделение или на «ассоциированный суверенитет» с остальной Канадой.

Нормы Акта о фундаментальных правах подтверждают провозглашенное в 1978 г. право провинции на проведение референдумов об изменении статуса Квебека. Национальное собрание сохраняет право определить формулировку вопроса, который может быть задан избирателям на провинциальном референдуме. Актом 2001 г. впервые определен нижний рубеж большинства голосов при проведении провинциального референдума — 50% голосов, признанных действительными, плюс один голос.

Акт о фундаментальных правах провозглашает «уважение к правам англоязычных сообществ и индейских племен на территории Квебека». Кроме этого, он подтверждает юридическую силу таких предшествующих актов законодательства про-

выражениями. В современных правительственных публикациях Канады резонно подчеркивается: «Отцы-основатели нашего государства зачастую использовали термин “конфедерация” недопустимо свободно». См.: Government of Canada. Notes on Canadian Federalism. Ottawa, 1982. P. 5–6, 19; см. также: Laselva S. The Moral Foundations of Canadian Federalism. Paradoxes, Achievements and Tragedies of Nationhood. Montreal — Kingston, 1996. P. 51–55.

¹⁷ На это также обращал внимание Ф. Скотт (*Scott F. Op. cit. P. 390, 397*). В российской и советской науке конституционного права данное явление описано В.А. Качановым (*Качанов В.А. Указ. соч. С. 97–99*) и по непонятной причине упускается из виду современными исследователями. Адекватной оценки это явление до сих пор не получило.

¹⁸ Термин «конфедерация» не применяется в конституционных документах Канады, принятых начиная с 1982 г. В то же время содержащие данный термин статьи Конституционного акта 1867/1982 гг. не отменены, не объявлены судом ничтожными и, следовательно, сохраняют юридическую силу.

¹⁹ См.: Government of Quebec. Quebec's Position on Constitutional and Intergovernmental Issues from 1936 to 2001. Quebec City, 2001. P. 502–507 // <http://www.mce.gov.qc.ca/v/html/v1217001.html>

²⁰ В противоположность субъектам ряда других современных федеративных государств — землям Германии, штатам США, кантонам Швейцарии, многие из которых ранее были независимыми государствами, признанными международным сообществом, т.е. полноценными субъектами международного права.

²¹ Квебекская партия, действующая на провинциальном уровне, существует с 1968 г., действующий на федеральном уровне Квебекский блок — с 1990 г.

винции, как Акт об официальном языке 1974/1990 г. и Хартия французского языка 1977 г., которые закрепили привилегированный статус последнего в ущерб английскому²². Изучение французского языка в системе школьного образования обязательно, тогда как уроки английского языка могут быть только факультативными. Документация институтов провинциальной власти публикуется исключительно на французском языке. На нем ведутся дебаты в Национальном собрании и судопроизводство в провинциальных судах. Деловая документация корпораций частного права (как «прибыльных», так и «бесприбыльных»)²³ может быть на двух языках, но основным, обладающим первенствующей силой текстом является французский текст. Вывески, указатели, торговые марки и т.д. должны быть франкоязычными. Преобладающая часть радио- и телевизионных передач транслируется на официальном языке провинции. Визуальная продукция (телепередачи, кинофильмы и др.) может иметь англоязычные субтитры.

Ограничение языково-культурных прав англо-канадской общины Квебека и расхождение между нормами провинциального статутного права и нормами федерального статута — «Акта об официальных языках» 1969 г. — стали причиной индивидуальных и коллективных судебных исков к Исполнительному совету (правительству) провинции. Однако Верховный суд Канады на основании толкования ст. 91, 92 и 133 Конституционного акта не нашел названные акты провинциальной власти противоречащими Конституции²⁴.

Верховный суд Канады также рассмотрел фундаментальный вопрос о праве Квебека на сепессию. Данное дело стало самым важным из всех, когда-либо поступавших в Суд. Разбирательство было оригинальным в процессуальном плане: процесс протекал при отсутствии ответчика. Исполнительный совет провинции отказался быть стороной в процессе, объявив судебную власть неправомочной решать вопросы, связанные с сепессией. Позицию Квебека отстаивал назначенный Судом независимый юрист — «судья-друг» (*amicus curiae*). Исполнительный совет отказался признать его полномочия, что, впрочем, не помешало судебному разбирательству.

Верховный суд Канады заключил, что любое одностороннее отделение Квебека явится «нарушающим букву конституционных актов, конституционно-правовых обычаев (конвенций), сложившихся в федерации, и международно-правовых норм». Если органы власти провинции стремятся к ее самоопределению, им надлежит вступить в «добросовестные переговоры» с федерацией и добиваться внесения в конституционные акты «разрешительных» положений. «Переговоры должны происходить в рамках верховенства права, демократии, уважения прав языковых меньшинств, с учетом интересов федерального правительства и всех прочих провинций и с соблюдением прав всех канадских граждан независимо от места их про-

²² См.: Government of Quebec. Quebec's Position on Constitutional and Intergovernmental Issues. P. 290, 299.

²³ «Прибыльными», или «стремящимися к извлечению прибыли» (*profit*), в странах западной демократии именуются частные корпорации, действующие в сфере экономики, независимо от их коммерческой прибыльности или убыточности в любой момент. Статус «бесприбыльных» (*non-profit*) корпораций имеют разнообразные общественные объединения, не ставящие по уставу своей целью извлечение прибыли.

²⁴ См.: Rethinking the Constitution. Perspectives on Canadian Constitutional Reform, Interpretation and Theory / ed. by A. Peacock. Oxford — N.Y., 2005. P. 207–209, 272–273.

живания». Суд указал, что при соблюдении перечисленных условий сепарация будет законной, «если она также будет поддержана ясно выраженным большинством жителей Квебека». В то же время Суд не разъяснил, что следует понимать под «ясно выраженным большинством», объявив, что данный термин является «предметом политической оценки и не имеет правового содержания»²⁵.

В правовой практике Канады, в противоположность США, отсутствуют прецеденты отмены Верховным судом его предшествующих решений²⁶. Исходя из этого, сторонники статус-кво подчеркивают, что уникальное в глобальном масштабе судебное разбирательство сложной и политически взрывоопасной конституционно-правовой проблемы завершилось наложением на одностороннее отделение провинции запрета, ставшего неотъемлемой частью правовой системы государства. Намерения осуществить сепарацию со ссылкой на известный принцип «общего права» — «разрешено все, что не запрещено» — после вердикта Верховного суда Канады 1998 г. стали невыполнимыми.

Скептики не считают победу сторонников единства федерации безусловной. Ведь Суд не объявил право Квебека на отделение в итоге переговорных процедур противоречащим букве Конституции (нормам писаного права) или ее духу (конвенциям). Признав подобный сценарий, верховные судьи способствовали укреплению позиций сторонников сепарации. «Пойдя на обсуждение вопроса о процедурах сепарации, судьи допустили, что она может произойти»²⁷, — полагает исследователь квебекской проблемы, профессор университета Западного Онтарио Р. Янг.

Поскольку Исполнительный совет провинции заявил о непризнании юридической силы решения Верховного суда Канады и о неподчинении ему, федеральный Кабинет провел через Парламент законопроекты, среди которых выделяются статут «О ясности в делах, связанных с отделением Квебека» 2000 г. (далее — «Акт о ясности») и резолюция «О самобытном народе Квебека в составе единой Канады» 2006 г.

«Акт о ясности» примечателен тем, что он всецело посвящен регулированию политико-правовых коллизий, могущих возникнуть в данном субъекте федерации. Акт устанавливает правила поведения институтов федеральной власти в ситуации вероятной попытки сепарации. Акт обязывает их вступить в переговоры с институтами власти Квебека, «если Парламенту будет все ясно», и одновременно наделяет Парламент правом «не вступать в переговоры, если необходимая ясность отсутствует»²⁸. «Акт о ясности» наделяет решающими полномочиями Палату общин федерального Парламента. По ст. 1.1 акта Палата общин в течение 30 дней после внесения в повестку дня Национального собрания вопроса, которое оно предложит избирателям провинции на референдуме, исследует этот вопрос и принимает мотивированное решение о ясности или неясности его формулировки. Если вопрос покажется большей части депутатов Палаты ясным, то Палата обязана определить, «может ли при ответе на такой вопрос быть ясно выражена воля населения провинции Квебек выйти из состава Канады».

²⁵ Reference re Secession of Quebec. 1998. 2 S.C.R. 217. Para. 88.

²⁶ См.: The Canadian and American Constitutions in Comparative Perspective. P. 145.

²⁷ Young R. Op. cit. P. 476.

²⁸ Насколько известно, в праве других государств (федеративных и унитарных) на сегодняшний день отсутствуют нормы, возводящие подобную переговорную процедуру в ранг обязанности институтов центральной власти.

Статья 1.4 Акта гласит, что Палата не сочтет исход народного волеизъявления ясным, если в предлагаемом избирателям вопросе будет фигурировать только мандат институтов провинциальной власти на переговоры с Оттавой без недвусмысленных указаний на «намерение перестать быть частью Канады». В акте предусмотрено, что Палата общин примет во внимание позиции не только федерального Сената и всех парламентских партий «отделяющейся провинции», но и институтов публичной власти прочих составных частей Канады — провинций и федеральных территорий²⁹, а также, «если Палата найдет необходимым, мнение других сторон»³⁰. Перечень сторон, из мнения которых будет исходить Палата, таким образом, сделан открытым.

Если большая часть депутатов Палаты общин придет к мнению, что ответ на вопрос «не является адекватным выражением намерения отделиться от Канады», то федеральный центр освобождается от обязанности продолжать переговорную процедуру.

По статьям 2.1 и 2.2 «Акта о ясности» Палата общин при оценке исхода народного волеизъявления в Квебеке обязана принять во внимание: 1) процент избирателей, пришедших к урнам; 2) долю голосов в пользу сепарации, признанных действительными; 3) «прочие обстоятельства, признанные палатой имеющими отношение к данному вопросу»³¹.

Парламентскую резолюцию «О самобытном народе Квебека» 2006 г. можно считать подытоживающей толкование федеральной властью статуса Квебека. Она впервые фиксирует наличие в Квебеке «самобытного народа (distinctive people) в составе единой Канады». Резолюция подтверждает предшествующие резолюции Парламента и решения федерально-провинциальных конференций 1990-х годов о передаче вопросов языка, культуры и иммиграции на территории Квебека в безраздельную провинциальную компетенцию³². Закрепленные ранее разрозненные правовые привилегии Квебека тем самым сводятся воедино. «Специальный статус» Квебека и вместе с ним асимметричность федерации теперь можно считать юридически оформленными. Однако они не имеют силы конституционной гарантии.

По характеристике некоторых исследователей, статут 2000 г. и резолюция 2006 г.³³, содержащие весомые уступки Квебеку, в то же время нацелены на превращение обсуждения вопроса о статусе провинции в бесконечную переговорную процедуру³⁴. Впрочем, имеются основания полагать, что переговоры на любой

²⁹ Уместно напомнить, что у Квебека не урегулированы территориальные споры с двумя англоязычными провинциями — Ньюфаундлендом и Онтарио.

³⁰ В том числе — индейских племен, претендующих на признание их прав на две трети территории Квебека; политических партий, не представленных в законодательных органах федерации и субъектов; многочисленных общественных организаций. Нельзя исключать и такой возможности, как обращение Палаты общин или ее профильных комитетов в институты государственной власти США, заинтересованные в сохранении политически стабильной единой Канады.

³¹ <http://www.uni.ca.draftbill.html>

³² vic.gov.au/fsrc/body/chapter1.htm

³³ При анализе значения данных актов парламентского права надлежит помнить об особенностях правовой доктрины и конституционной практики стран «общего права». Парламентская резолюция, в противовес статуту, не может иметь силы конституционной поправки. Она не создает правового прецедента. Она может быть отменена в любое время другой резолюцией Парламента.

³⁴ Исполнительный совет Квебека назвал его «актом, ущемляющим права квебекского народа». Однако за последующие более чем 10 лет ни одно из положений акта никем не было оспорено в суде.

стадии будут прерваны Оттавой, как только, по ее мнению, действия сторонников сепарации выйдут за конституционно-правовые рамки. Аналитики предлагают³⁵ рассматривать данные парламентские акты в неразрывном единстве с актами статутного права 1980-х годов — «Актом о чрезвычайном положении» 1985 г. и «Актом о готовности к чрезвычайному положению» 1988 г. Их нормы консолидировали и расширили карательно-репрессивные полномочия федеральной исполнительной власти.

К закрепленным ранее правам Парламента на аннулирование прав субъектов федерации, на использование армии внутри страны, на содержание подозреваемых лиц под стражей во внесудебном порядке и т.д. акты 1985–1988 гг. добавили: право на обмен закрытой информацией с органами власти других государств, право на контроль над банковскими вкладами и операциями с валютой физических и юридических лиц³⁶. Указанные статуты не содержат упоминания о провинции Квебек или о национальном вопросе. Но, в сущности, они тоже направлены на то, чтобы сделать легитимацию односторонней сепарации провинции неосуществимой³⁷.

В регулировании статуса Квебека определенное значение имеют решения федерально-провинциальных конференций. Сложившийся на основе конституционных конвенций институт федерально-провинциальных конференций организационно настроен на достижение консенсуса. Его решения выносятся только единогласно. Это отличает его от института Парламента, акты которого могут быть приняты каким угодно большинством, в том числе незначительным.

«Специальный статус» Квебека в нескольких вопросах, не урегулированных Конституцией и законодательством, защищен решениями федерально-провинциальных конференций. Ими ограждены исключительные права Квебека в сфере взимания подоходного налога. Установлено право провинции на отдельные от общегосударственных программы медицинского обслуживания (Quebec Medicare Plan), пенсий (Quebec Old Age Assistance) и страхования безработных (Quebec Unemployment Plan). Решениями конференций также зафиксирован отказ Квебека от федеральных субсидий на нужды университетов.

Институты федеральной власти отказались к XXI в. от дальнейших попыток правовой консолидации «специального статуса» Квебека на уровне конституционных актов. Правовое оформление переживающего эволюцию положения Квебека в конституционном строе Канадской федерации осуществляется посредством принятия отдельных актов парламентского права — статуты и резолюции. Органы федеральной исполнительной и законодательной власти при этом больше полагаются на менее обязывающие и легче отменяемые парламентские резолюции. Их поддерживает Верховный суд Канады. В то же время Национальное собрание Квебека также принимает дополнительные акты, уточняющие статус провинции на основе расширительного толкования ее прав. Таким образом, вместо консолидации форм правового регулирования Квебека мы наблюдаем его дальнейшую дифференциацию.

Самые осторожные подсчеты показывают, что статус Квебека в федерации на сегодняшний день регулируется 19 статьями Конституционного акта 1867/1982 гг.

³⁵ См.: Rethinking the Constitution. P. 233–234.

³⁶ См.: Stevenson G. Op. cit. P. 70–71; Институты конституционного права иностранных государств / отв. ред. Д.А. Ковачев. М., 2002. Гл. 4.

³⁷ См.: Young R. Op. cit. P. 193–194.

и 7 статьями Хартии прав и свобод канадцев. Кроме того, к числу источников правового регулирования статуса Квебека принадлежат: четыре федеральных статута; шесть провинциальных статуты; пять резолюций федерального Парламента; девять решений Верховного суда Канады; пять постановлений федерально-провинциальных конференций; конституционные конвенции³⁸.

До сих пор ни один из источников федерального права не содержит ничего, что может быть воспринято в качестве признания права Квебека на одностороннее отделение.

Дифференцированные способы правового регулирования статуса провинции, в которой сложились обладающие массовой базой сепаратистские политические силы, на первый взгляд кажутся громоздкими, ненадежными и неадекватными требованиям современности. Однако в стране высокоразвитой правовой культуры данные способы, существенно облегчающие компромиссы, до сих пор оправдывают себя. Свойственная странам «общего права» изощренность правового регулирования позволяет находить легитимные выходы из конфликтов. В результате Квебек, институты власти которого отказываются выполнять часть положений реформированных в 1980-х годах конституционных актов и подчиняться некоторым решениям органа конституционного контроля – Верховного суда страны, а также периодически бойкотируют работу федерально-провинциальных конференций, остается одной из составных частей Канадского государства. При этом сохранение единства федерации в последние десятилетия имеет место без применения силы любой из сторон.

Отношения между Оттавой и Квебеком развиваются в цивилизованных рамках. Действия двух уровней государственной власти привели не только к серьезной децентрализации федерации, но и к ее окончательному превращению в асимметричную федерацию. В характеристике канадского конституционного строя заметными становятся элементы национально-территориальной федерации. Однако эти характеристики по-прежнему не имеют силы конституционной гарантии. Указанные процессы не приводят к распаду зрелого конституционного демократического государства, обладающего именно в силу данных характеристик должным запасом прочности. Дифференциация права является на сегодняшний день одним из наиболее весомых факторов, делающих канадскую модель федерализма пластичной и тем самым облегчающих ее эволюцию.

³⁸ См.: *Hogg P. Op. cit.* P. 211, 397, 479, 740; *Stevenson G. Op. cit.* P. 420.

Й. Стиеранка

Доцент, инженер Академии
Полицейского корпуса
в Братиславе, кафедра
криминальной полиции

О. Бусарова

Аспирантка Панеуропской
высшей школы, Братислава

Противодействие легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма в Словацкой республике

В статье исследуется наиболее актуальная на данный момент в Словацкой республике правовая форма регулирования в сфере борьбы с отмыванием «грязных» денег. Исследуются причины принятия такого регулирования, его соответствие Директиве 2005/60/ЕС Европейского парламента и Совета от 26 октября 2005 года о предупреждении использования финансовой системы в целях отмывания денег и финансирования терроризма. Основное внимание уделяется анализу обязанностей соответствующих финансовых кредитных организаций и специального органа финансового мониторинга, которые установлены Законом Словакии № 297/2008. Статья также выделяет и определяет основные термины, которые использует указанный Закон: подозрительная операция, фиктивный банк, политический деятель — иностранное публичное лицо, конечный выгодоприобретатель, операция (сделка), коммерческое сотрудничество, идентификация и проверка идентификации. В заключительной части статьи описываются санкции, которые применяются при неисполнении установленных обязанностей.

Ключевые слова: легализация, финансирование терроризма, обязанные лица, подозрительная операция, политический деятель — иностранное публичное лицо, идентификация, основной контроль, облегченный контроль, повышенный обязательный контроль, специальный орган финансового мониторинга

I. Обязанности и задачи обязанных лиц

Фундаментальной сферой Закона № 297/2008 являются положения, которые регулируют вопросы, связанные с обязанностями и задачами **обязанных лиц и спе-**

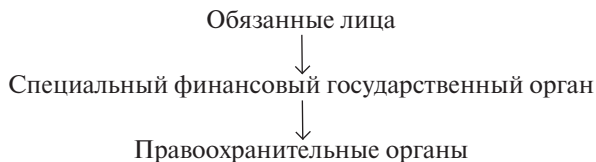
* Продолжение. Начало см. «Право. Журнал Высшей школы экономики» № 1, 2012.С.118—132.

циального финансового государственного органа. Следует подчеркнуть, что если мы хотим успешно и эффективно обеспечить устранение легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма, необходимо создать целевую компактную систему различных правовых средств, способов, процедур на различных горизонтальных и вертикальных уровнях. Закон № 297/2008 определяет целый перечень обязанностей и правовых мер для субъектов, которые участвуют в предупреждении легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма. Такие субъекты создают «административное обеспечение», которое применяет эффективные меры по борьбе с данным видом преступления.

Административные меры по предупреждению легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма, являются одной из самых важных составляющих борьбы против данной формы преступной деятельности. На каждом вертикальном уровне необходимо создавать соответственный фундамент, который будет эффективно «работать» в борьбе с легализацией доходов, полученных преступным путем, и финансированием терроризма. Административные меры по предупреждению легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма имеют три вертикальных уровня, а именно:

- обязанные лица,
- специальный финансовый государственный орган,
- правоохранительные органы.

Взаимоотношения между этими вертикальными уровнями наглядно указано ниже:



Можно констатировать, что **первый вертикальный уровень**, который представляют собой обязанные лица, является незаменимым для предупреждения легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма. Это одна из самых важных частей борьбы с данным особо видом преступной деятельности. Обязанные лица в соответствии с законом должны участвовать в предупреждении и выявлении легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма. Таким образом, они представляют так называемую «первую линию» по борьбе с данным видом особо опасной преступной деятельности.

Активная работа первой вертикальной линии очень важна и является очень позитивным явлением, так как борьба с легализацией доходов, полученных преступным путем, и финансированием терроризма рассматривается не только как продукт организованный преступной деятельности, но и как само явление высокоорганизованной преступной деятельности. Стратегию борьбы с данным видом преступной деятельности необходимо формировать с акцентом на меры, которые бы могли обеспечить эффективное выявление возможных деяний по легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, в частности, путем анализа готовящихся и осуществленных операций в легальном

финансовом секторе. По нашему мнению, именно такой подход является позитивным изменением в восприятии и рассмотрении данного вопроса. Очень важно, чтобы еще на первых фазах реализации было возможно эффективно выявить возможные действия по совершению данной преступной деятельности. С этим связан важный и необходимый подход, заложенный в философии — «знай своего клиента». В предыдущей практике, особенно за рубежом, была выявлена закономерность, что владение информацией о своем клиенте (заказчике), т.е. обладание общим представлением о его сделках и коммерческой практике, может быть весьма действенным средством для своевременного выявления подозрительных действий. Целью данной философии является:

- повысить соблюдение и исполнение всех требований и законов, а также обычаев делового оборота;
- снизить вероятность того, чтобы обязанное лицо стало жертвой противозаконных действий, совершаемых его клиентами;
- защитить репутацию обязанного лица (которая особенно важна в банковской сфере);
- предотвратить возможные проблемы во взаимоотношениях обязанного лица и его постоянных клиентов;
- повысить вероятность выявления действий клиента, которые отличаются от его обычной практики в его коммерческой деятельности.

Для эффективного предупреждения и выявления действий по легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма Закон № 297/2008 установил для обязанных лиц определенные обязанности:

1. *проводить идентификацию и проверку идентификации клиента;*
2. *предпринимать меры по выяснению, является ли данный клиент политическим деятелем — иностранным публичным лицом;*
3. *определять объем контроля (основной, облегченный и повышенный) и его реализацию по отношению к клиенту в зависимости от степени риска возможной легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма;*
4. *анализировать финансовые операции и выявлять подозрительные финансовые операции;*
5. *отказывать в реализации операций или коммерческом сотрудничестве;*
6. *задерживать реализацию подозрительной операции;*
7. *информировать о подозрительной операции;*
8. *соблюдать принцип неразглашения информации;*
9. *обрабатывать и сохранять данные;*
10. *в письменной форме создать программу своей деятельности, которая будет направлена против легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма;*
11. *взаимодействовать со специальным финансовым государственным органом.*

1. Идентификация и проверка идентификации клиента.

Обязанное лицо обязано проводить идентификацию клиента:

- при реализации каждой операции, когда размер данной операции составляет не менее 2000 евро. При этом необходимо проверить идентификацию клиента, который является физическим лицом, и произвести идентификацию каждого лица, которое осуществляет действия от имени клиента, когда клиент является юриди-

ческим лицом. Данная идентификация и проверка должны быть осуществлены еще до реализации финансовой операции. Законодатель снизил границу, необходимую для проведения идентификации с 15 000 евро (в соответствии с Законом № 367/2000) до 2000 евро, чем сильно ужесточил закон. Необходимо заметить, что проект правительства предлагал снизить данную границу до 1000 евро, что соответствовало бы правовым нормам в других европейских государствах (например, в Чешской республике). Такая граница соответствовала бы и другим правовым нормам ЕС¹;

- при осуществлении основного контроля;
- при осуществлении повышенного контроля.

2. Меры по выяснению, является ли данный клиент политическим деятелем — иностранным публичным лицом.

В Законе не определено, какие меры и как должно применить обязанное лицо для выяснения, является ли данный клиент политическим деятелем — иностранным публичным лицом. Уже сейчас существуют различные подходы со стороны обязанных лиц. Некоторые, чтобы исполнить данную обязанность, просто спрашивают клиента, который проживает за границей Словацкой республики, является ли он политическим деятелем — иностранным публичным лицом, просто рассчитывая на честную информацию. Другие обязанные лица используют общественно доступные источники информации, а также коммерчески доступные данные (хотя и не всегда совершенные и полные), которые потом сравнивают с данными клиента. Положительные результаты данного сравнения уточняются посредством опроса клиента. При идентификации близких сотрудников лиц, которым делегированы общественно значимые функции, подразумевается, что их взаимоотношения с сотрудниками известно общественности, или обязанное лицо имеет основания предполагать, что подобное взаимоотношение существует². Данную обязанность обязанное лицо осуществляет в зависимости от степени риска возможной легализации доходов, полученных от преступной деятельности, или финансирования терроризма.

3. Объем контроля (основной, облегченный и повышенный) и его реализация по отношению к клиенту.

Обязанное лицо определяет объем контроля по отношению к клиенту в соответствии со степенью риска легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма. Степень риска легализации или финансирования терроризма в соответствии с целями Закона определяет само обязанное лицо в зависимости от клиента, вида сделки, коммерческого сотрудничества или конкретной операции. Клиент обязан предоставить обязанному лицу всю информацию и документы, которые необходимы для реализации контроля по отношению к клиенту или идентификации и проверки идентификации. Закон № 297/2008 определяет:

- ситуации, когда обязанное лицо обязано осуществить основной контроль, облегченный контроль либо повышенный контроль;

¹ Регламент Европейского парламента и Совета Европы № 1781/2006 «О информациях о платежниках сопровождающих переводы денежных средств».

² См. пояснительную записку к Закону № 297/2008 «О противодействии легализации доходов, полученных преступным путем и финансированию терроризма» в последней действующей редакции.

- какие задачи и обязанности при осуществлении соответствующего контроля выполняет.

Основной контроль³ по отношению к клиенту обязателен в следующих ситуациях:

1. при установлении коммерческого сотрудничества;
2. при осуществлении разовой сделки без постоянного коммерческого сотрудничества в размере более 15 000 евро, при этом не имеет значения, осуществляется ли данная операция одновременно или как несколько связанных между собой операций, которые либо действительно взаимосвязаны, либо могут так выглядеть;
3. если имеются подозрения, что данный клиент готовит или осуществляет подозрительную (необычную) финансовую операцию, несмотря на ее размер;
4. при сомнениях в правдивости или полноте полученных ранее идентификационных данных о клиенте;
5. при посещении физическим лицом казино;
6. если идет речь о выплате остатка закрытого вклада на получателя.

При осуществлении основного контроля обязанное лицо осуществляет следующие действия:

Производит идентификацию клиента и проверку его идентификации. Обязанное лицо должно проверить идентификацию клиента, который является физическим лицом, и идентификацию каждого лица, которое действует от имени клиента, если данный клиент является юридическим лицом. Данная идентификация и проверка идентификации должны быть осуществлены еще до установления коммерческого сотрудничества или проведения операции (сделки) в личном присутствии лиц, если закон не устанавливает иное.

- Производит идентификацию конечного выгодоприобретателя в зависимости от степени риска легализации доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма и принимает соответствующие меры по проверке данной идентификации, включая меры по установлению организационной структуры, управляющей структуры клиента, который является юридическим лицом или объединением имущества. Проверка идентификации клиента и принятие мер по проверке идентификации конечного выгодоприобретателя осуществляется во время установления коммерческого сотрудничества, если это необходимо для нормального непрерывного функционирования бизнеса и если степень риска легализации или финансирования терроризма минимальны. В таких ситуациях обязанное лицо должно завершить проверку идентификации клиента и принять меры для проверки конечного выгодоприобретателя незамедлительно после того, как клиент лично посетит обязанное лицо.

- Получает информацию о целевом и плановом характере коммерческого сотрудничества

- Выясняет, действует ли клиент от своего имени. Если будет установлено, что клиент действует не от своего имени, необходимо потребовать от него подтвердить в письменной форме имя, фамилию, личный номер или дату рождения физического лица, либо название компании, местонахождение и идентификационный номер юридического лица, от имени которого данная сделка осуществляется. Такая про-

³ Статья 10 Закона № 297/2008 «О противодействии легализации доходов, полученных преступным путем и финансированию терроризма» в последней действующей редакции.

цедура производится обязанным лицом, если возникают сомнения, действует ли клиент от своего имени.

- Производит предварительный мониторинг коммерческого сотрудничества, включая изучение конкретных сделок, произведенных за время коммерческого сотрудничества, с целью выяснения, соответствуют ли осуществленные операции сведениям обязанного лица о клиенте, его предпринимательской сфере, а также анализирует возможные риски, связанные с клиентом, и в зависимости от степени риска, легализации доходов, полученных от преступной деятельностью, или финансирования терроризма определяет источник финансовых средств и обеспечивает актуализацию документов, данных или информации о клиенте.

- Принимает меры в зависимости от степени риска легализации или финансирования терроризма для выяснения, является ли данный клиент политическим деятелем — иностранным публичным лицом.

Облегченный контроль⁴ обязанное лицо применяет в отношении клиентов, у которых существует очень низкая возможность их использования для легализации или финансирования терроризма. Законодатель приводит перечень подобных клиентов:

- кредитная или финансовая организация в соответствии со ст. 5, часть 1, пункт b (от первого до десятого пункта), которая осуществляет свою деятельность на территории государства-члена ЕС или другого государства — участника Договора о Европейской экономической зоне (далее — государство-член);

- кредитная или финансовая организация, осуществляющая свою деятельность на территории третьего государства, которое устанавливает ее обязанности в области предупреждения и выявления легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма, сходные обязанностям, которые устанавливает данный Закон, и в отношении соблюдения данных обязанностей установлен соответствующий надзор⁵;

- юридическое лицо, которое ведет торговлю ценными бумагами на регулируемом рынке государства-члена, или организация, которая ведет свою деятельность на территории третьего государства, которое устанавливает ее обязанности в сфере предупреждения и выявления легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма, сходные установленным по данному Закону, и в отношении, которого законом определены требования по опубликованию информации;

- орган государственной власти Словацкой республики, если:
 - ему были делегированы общественные функции в соответствии с Договором о ЕС, договорами о Европейских сообществах или вторичными (второстепенными) подзаконными актами Европейских сообществ;
 - его идентификационные данные доступны, прозрачны и нет сомнений в их правильности;
 - его деятельность прозрачна;
 - его бухгалтерская отчетность представляет собой ясную и правдивую картину о предмете отчетности и о его финансовой ситуации;

⁴ Статья 11 Закона № 297/2008 «О противодействии легализации доходов, полученных преступным путем и финансированию терроризма» в последней действующей редакции.

⁵ http://www.minv.sk/swift_data/source/policia/finpol/ekvivalent.pdf

о он отчитывается перед органами Европейских сообществ или органами государства-члена или существуют иные соответствующие процедуры, которые обеспечивают контроль его деятельности;

- в рамках идентификации и проверки идентификации конечного выгодоприобретателя, если общий счет ведет нотариус или адвокат, который осуществляет свою деятельность в государстве-члене или в третьем государстве, законодательство которого устанавливает обязанности в области предупреждения и выявления легализации и финансирования терроризма, сходные с обязанностями, установленными данным Законом, и если данные о идентификации конечного выгодоприобретателя доступны обязанному лицу, которое ведет данный счет, по его запросу.

Обязанное лицо может осуществлять облегченный контроль при сделках и коммерческом сотрудничестве, когда степень риска использования данных сделок для легализации доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма является низкой. Законодатель конкретизировал следующие виды сделок и коммерческого сотрудничества:

- договор о страховании жизни, если размер страховки за календарный год не превышает 1000 евро или однократные страховые премии не превышают 2500 евро;

- договор о пенсионном страховом накоплении с пенсионной управляющей организацией, записанной в регистре договоров о пенсионном страховом накоплении⁶;

- дополнительные пенсионные накопления;

- электронные деньги⁷, если максимальный размер, лежащий на электронном платежном средстве, который невозможно увеличить, не превышает 150 евро, или при электронном платежном средстве, которое можно пополнять, если общая граница операций не превышает 2500 евро в календарном году, за исключением ситуаций, когда владелец изменит сумму, превышающую 1000 евро в том же календарном году;

- договор об осуществлении определенного вида деятельности предоставлении вида деятельности должен быть составлен в письменной форме;

- платеж в рамках определенного вида деятельности (сделки) осуществляется исключительно через счет, открытый на имя клиента в кредитной организации государства-члена или третьего государства, которое принимает меры в области предупреждения и выявления легализации доходов, полученных преступной деятельностью, и финансирования терроризма, сходные с мерами, установленными данным Законом;

- вид сделки (операции) и иные платежи в рамках договора об осуществлении определенного вида деятельности (сделки) не являются анонимными, и их характер позволяет выявить подозрительную операцию;

- вид сделки (операции) имеет максимальный размер в 15 000 евро;

- доходы от сделки невозможно реализовать в пользу третьей стороны за исключением таких ситуаций, как смерть, инвалидность, достижение ранее определенного возраста или иной похожей ситуации;

- виды деятельности, которые позволяют инвестировать в финансовые активы или приобретать задолженности, включая страхование или другой вид задолженно-

⁶ Статья 2 Закона № 43/2004 в последней действующей редакции.

⁷ Статья 21 Закона № 510/2002 в последней действующей редакции.

сти, доходы от которых можно реализовать только в длительный период времени; данный вид сделки не может быть использован как залог, не может позволить осуществлять быстрые платежи и не может быть досрочно расторгнут или прекращен.

Если есть подозрение, что клиент готовит или осуществляет подозрительную (необычную) операцию и есть сомнения в эффективности облегченного контроля, обязанное лицо должно провести основной контроль.

Повышенный обязательный контроль обязанное лицо должно осуществить, если на основании информации, которой владеет данное лицо, определена высокая степень риска легализации доходов, полученных от преступной деятельности, или финансирования терроризма некоторыми клиентами, некоторыми видами сделок (операций) или конкретной сделкой. Законодатель определил следующие случаи:

- если клиент не может присутствовать лично для проведения его идентификации и проверки идентификации;
- при международном корреспондентском банковском взаимоотношении с кредитной организацией (институцией) из государства-нечлена ЕС;
- при сделке (операции) с политическим деятелем — иностранным публичным лицом.

При **повышенном контроле** обязанное лицо проводит, помимо основного контроля, иные меры в зависимости от степени риска легализации доходов, полученных преступным путем, или финансирования терроризма. В ситуациях, когда клиент не может лично присутствовать при проведении идентификации и ее идентификации, повышенный контроль в отношении клиента производится в следующем объеме:

1. проведение идентификации клиента с помощью дополнительных документов, данных или информации и осуществление дополнительных мер по проверке или для подтверждения предоставленных документов;
2. запрос письменного подтверждения от другой кредитной или финансовой организации, что данное лицо является ее клиентом;
3. обеспечение проведения первого платежа через счет, которым владеет клиент в кредитной организации.

При международном корреспондентском банковском взаимоотношении с кредитной организацией из государства-нечлена ЕС повышенный контроль по отношению к клиенту производится в следующем объеме:

1. сбор информации о партнерской кредитной организации с целью выяснения характера ее деятельности и определения ее репутации и эффективности надзора из общественно доступных источников;
2. оценка контрольных механизмов партнерской кредитной организации в области предупреждения и выявления легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма;
3. получение согласия руководства перед установлением нового корреспондентского банковского взаимоотношения;
4. выяснение полномочий партнерской кредитной организации для осуществления ее деятельности;
5. выяснение при платежах через счет, провела ли партнерская кредитная организация идентификацию клиента и произвела ли основной контроль по отношению к клиенту, который имеет прямой доступ к счету партнерской кредитной ор-

ганизации, если эта организация в состоянии предоставить на основании запроса соответствующие данные в объеме основного контроля по отношению к клиенту.

При сделке с политическим деятелем — иностранным публичным лицом повышенный контроль по отношению к клиенту производится в следующем объеме:

1. получение согласия ведущего сотрудника (руководства) перед установлением коммерческого сотрудничества с политическим деятелем — иностранным публичным лицом;

2. проведение мер по выяснению источника имущества и источника финансовых средств сделки (операции);

3. предварительный и подробный мониторинг коммерческого сотрудничества.

4. Анализ сделок (финансовых операций) и выявление подозрительных операций.

Обязанное лицо должно проводить оценку, если готовящаяся или осуществляемая операция является подозрительной. Особое внимание должно оказываться всем сложным, необычно большим операциям и всем операциям необычного характера, которые не имеют ясного экономического или определенного законом смысла. Обязанное лицо должно максимально глубоко проанализировать смысл и характер данных операций. Также обязательно обратить повышенное внимание на любой риск легализации и финансирования терроризма, которые могут возникнуть из данного вида сделки, конкретной сделки или новых технологических процедур при осуществлении анонимных операций.

Обязанное лицо должно принять соответствующие меры, если это необходимо для предупреждения их использования при легализации и финансировании терроризма. Все обязанные лица, определенные в Законе, несут ответственность за первоначальный анализ готовящихся и осуществляемых операций, соответственно, часть ответственности при выявлении возможных деяний по легализации доходов, полученных от преступной деятельности, и финансированию терроризма возложена на сотрудников данных субъектов. Обязанные лица вынуждены более подробно знать своих клиентов, их коммерческие действия и другие виды деятельности.

5. Отказ в реализации операции или установлении коммерческого сотрудничества

Обязанное лицо должно отказать в установлении коммерческого сотрудничества, прекратить коммерческое сотрудничество или отказать в осуществлении конкретной операции, если оно не может провести основной контроль по отношению к клиенту по причине, связанной с клиентом, если клиент отказывается предоставить данные, от имени кого он действует.

6. Приостановление подозрительной операции

Положение о приостановлении подозрительной операции имеет важное значение по отношению к действенности последующих мер, включая задержание (арест) доходов, полученных преступным путем, которые легализуются, или задержания финансовых средств, направленных на финансирование терроризма. Закон определяет конкретные случаи, когда обязанное лицо обязано приостановить подозрительную операцию, и сроки задержки. Приостановление подозрительной операции обязанные лица осуществляют в следующих ситуациях:

- информирования о подозрительной операции;
- возможной опасности, что осуществление данной подозрительной операции может помешать или достаточно сильно усложнить дальнейшее задержание (арест) доходов, полученных преступным путем, или средств, направленных на финансирование терроризма;
- письменного требования специального финансового государственного органа.

При информировании о подозрительной операции максимальный срок ее приостановления — до момента исполнения обязанности сообщить о подозрительной операции, т.е. до момента подачи информации. Данная формулировка изменена по сравнению с Законом № 367/2000, когда срок приостановления операции был определен до момента принятия сообщения о подозрительной операции службой финансовой полиции.

В случае опасности помешать или усложнить задержание (арест) доходов, полученных преступным путем, или средств, направленных на финансирование терроризма, и по требованию специального финансового государственного органа срок приостановления операции не может превышать 48 часов. Данный срок может быть продлен еще на 24 часа, если специальный финансовый государственный орган проинформирует обязанное лицо, что данное дело было передано правоохранительным органам. В таких ситуациях обязанное лицо сразу же информирует специальный финансовый государственный орган о приостановлении подозрительной операции.

Если не представляется возможным приостановить операцию по техническим или другим причинам, а так же если специальный финансовый государственный орган проинформировал, что такое приостановление могло бы помешать обработке данной подозрительной операции, обязанное лицо подозрительную операцию не приостанавливает.

7. Информирование о подозрительной (необычной) операции

Положение об информировании о подозрительной операции определено идентично Закону № 367/2000. В Законе № 297/2008 установлены необходимые условия, которые необходимы для дальнейшей проверки подозрительной операции:

- реквизиты и содержание сообщения;
- способ сообщения;
- срок сообщения;
- орган, по отношению к которому исполняется обязанность об информировании.

Сообщение о подозрительной операции должно содержать данные о субъекте (обязанном лице), который информирует о подозрительной операции: наименование, место нахождения (юридический и фактический адрес), идентификационный номер; имя, фамилия и номер телефона сотрудника обязанного лица, который несет ответственность за предупреждение легализации и финансирования терроризма, обеспечивает информирование о подозрительных операциях и взаимодействие со специальным финансовым государственным органом. Сообщение не должно содержать данные о сотруднике, который выявил данную подозрительную операцию. Таким способом Закон предоставляет защиту сотрудникам, чтобы они не боялись, что клиент, о котором подано сообщение, будет владеть информацией, кто именно из сотрудников сообщил об операции. В определенном смысле данная мера может мотивировать сотрудников к информированию о подозрительных операциях.

Составной частью содержания сообщения должны быть данные о субъекте, о котором производится информирование (идентификационные данные), а также данные о третьих лицах, которые владеют информацией о подозрительной операции. Смысловой частью сообщения являются данные о самой подозрительной операции: причины или свойства ее необычности (подозрительности), временная

ось события, номера счетов и данные, когда они были открыты, кто их владелец, кто имеет право распоряжаться ими, копии документов, на основании которых счета были открыты, идентификационная информация на уполномоченных распоряжаться счетами лиц, копии подписанных договоров и другие документы и сведения, которые могут быть связаны с подозрительной операцией и имеют значение для ее оценки. Необходимо отметить, что обязанное лицо ограничено установленной законом обязанностью о неразглашении (например, банковская тайна, налоговая тайна, коммерческая тайна, почтовая тайна, телекоммуникационная тайна и т.п.).

При исполнении обязанности по информированию необходимо определить **способ информирования**. Закон № 297/2000 устанавливал три основных способа информирования: лично, в письменной или электронной форме. Обязанное лицо может передать сообщение и по телефону, но только в неотложных ситуациях. В таком случае необходимо в течение 3-х дней произвести информирование одним из вышеуказанных основных способов (лично, в письменной или электронной форме). Исполнение обязанности по информированию должно быть осуществлено таким способом, чтобы информация, находящаяся в сообщении, осталась неразглашенной. Новый Закон сохранил эти требования.

Срок информирования о подозрительной операции законодатель определил как общий — **«без задержки»**, при этом за исполнение данного срока принимается подача сообщения о подозрительной операции. Законодатель не установил конкретный временный лимит, что позволяет обязанному лицу внимательно проанализировать конкретную операцию или коммерческое сотрудничество, а также получить необходимую информацию и данные, чтобы качественно оценить подозрительную операцию.

Органом, в отношении которого обязаны лица исполняют обязанность по информированию о подозрительной операции, является специальный финансовый государственный орган, который представляет собой отдельное специальное подразделение финансовой полиции Полицейского Корпуса — Государственный орган финансовой полиции (входит в состав Отделения по борьбе с организованной преступностью Президиума Полицейского Корпуса). **Специальный финансовый государственный орган** — очень важная структура по предупреждению легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, которая представляет собой *центральный орган в области предупреждения и выявления легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма*.

При исполнении обязанности по информированию о подозрительной операции необходимо отделить обязанность сообщить о совершении какого-либо преступления (включая сообщение о легализации доходов, полученных преступным путем, в соответствии со ст. 233 Уголовного кодекса, либо о создании, обеспечении и поддержке террористической группы в соответствии со ст. 297 Уголовного кодекса). В такой ситуации необходимо отличать **необычность от действительного подозрения** в совершении уголовного деяния. Действует принцип, что если обязанное лицо сообщит в определенной ситуации правоохранительным органам обстоятельства, которые свидетельствуют о совершении преступления, то в таком случае уже не требуется информировать о подозрительной операции.

8. Принцип неразглашения

В соответствии с отличием сообщения о совершении преступления от информирования о подозрительной операции необходимо соблюдать принцип неразгла-

шения в течение процесса информирования и проверки подозрительной операции. Обязанные лица, сотрудники обязанных лиц и лица, которые работают на обязанное лицо на основании договора, должны соблюдать принцип неразглашения при подаче сообщения о подозрительных операциях:

- о мерах, осуществляемых специальным финансовым государственным органом по отношению к третьим лицам, включая лиц, которых касается информация, предоставленная в сообщении о подозрительной операции;
- о дополнительной информации и связанных с ней документах, которые были предоставлены специальному финансовому государственному органа по его письменному запросу ввиду сообщения о подозрительной операции;
- о данных по сделкам и документам, информации о лицах, которые каким-либо образом участвовали в данных сделках на основании письменного запроса специального финансового государственного органа.

В целях обеспечения эффективной борьбы с легализацией доходов, полученных от преступной деятельности, и финансированием терроризма законодатель установил специфические ситуации (если информация будет использована исключительно для предупреждения легализации преступных доходов и финансирования терроризма), при которых принцип неразглашения не соблюдается без согласия заинтересованных лиц:

- между кредитными или финансовыми организациями⁸, которые осуществляют свою деятельность на территории государства-члена или на территории третьего государства и принадлежат одному и тому же финансовому конгломерату, для которых установлены обязанности в области предупреждения и выявления легализации доходов, полученных от преступной деятельности, и финансирования терроризма, сходные с обязанностями, установленными данным Законом⁹;
- между кредитными и финансовыми организациями, аудиторами, бухгалтерами, налоговыми консультантами, адвокатами или нотариусами¹⁰, являющихся обязанными лицами и осуществляющих меры по соблюдению принципа неразглашения и охраны личных данных, в случаях, связанных с одним и тем же клиентом и одной и той же сделкой с участием двух или нескольких организаций или лиц, которые предположительно осуществляют свою деятельность на территории государства-члена или на территории третьего государства, законодательство которых устанавливает обязанности в области предупреждения и выявления легализации доходов, полученных от преступной деятельности, и финансирования терроризма, сходные с обязанностями, установленными данным Законом;
- между аудиторами, бухгалтерами, налоговыми консультантами, адвокатами или нотариусами, которые осуществляют свою деятельность на территории государства-члена или на территории третьего государства, законодательство которых устанавливает обязанности в области предупреждения и выявления легализации доходов, полученных от преступной деятельности, и финансирования терроризма, сходные с обязанностями, установленными данным Законом, если свою

⁸ Статья 5, часть 1, пункт а, б Закона № 297/2008 «О противодействии легализации доходов, полученных преступным путем и финансированию терроризма» в последней действующей редакции.

⁹ Статья 49б Закона № 483/2001 в последней действующей редакции.

¹⁰ Статья 5, часть 1, пункт j Закона № 297/2008 «О противодействии легализации доходов, полученных преступным путем и финансированию терроризма».

деятельность данные сотрудники осуществляют в одном и том же юридическом лице или группе юридических лиц, которое владеет (пользуется и распоряжается) общей системой управления или контроля соблюдения правовых норм.

Обязанность сотрудников обязанных лиц соблюдать принцип неразглашения действует до момента прекращения трудового договора, похожего трудового взаимоотношения или иного договорного взаимоотношения. Снять обязанность по неразглашению может специальный финансовый государственный орган при разбирательстве перед:

- правоохранительными органами,
- судом, который выносит решение в гражданском судебном процессе,
- органом, который инициирует отзыв лицензий на предпринимательскую деятельность или иную самостоятельно коммерческую деятельность,
- исполнительным (административным) органом, который принимает решение об обжаловании решения за неисполнение обязанностей, установленных данных Законом, выданном в административном производстве, если это необходимо для осуществления этого производства и если таким образом не будет затруднена обработка подозрительной операции.

Обязанное лицо не может ссылаться на принцип неразглашения в своих взаимоотношениях с Центральным банком Словакии и Министерством финансов Словакии, когда последние производят надзорные или контрольные действия.

9. Обработка и хранение данных

Обязанное лицо без согласия или запроса соответствующих лиц имеет право выяснять, получать, записывать, сохранять, использовать и другими способами обрабатывать¹¹ личные и другие данные при осуществлении контроля по отношению к клиенту. Обязанное лицо имеет право получать личные данные, необходимые для обработки копированием, сканированием или иной формой записи официальных документов на носители информации. Обязанное лицо, а также обязанное лицо, которое прекращает свою деятельность в качестве обязанного лица, сохраняет все данные и письменные документы:

- о прекращенных договорных отношениях,
- о проведенных сделках.

Обязанное лицо должно хранить данные и письменные документы в течение 5 лет, а по требованию специального финансового государственного органа — и дольше. Специальный финансовый государственный орган обязан определить срок и объем хранения данных и письменных документов. При обработке и сохранении данных обязанное лицо несет ответственность за сохранность личных данных. Обязанность хранить данные возложена на обязанное лицо с целью обеспечения обратной связи документированных операций и обеспечения документальных доказательств, которые могут быть необходимы при уголовном производстве.

10. Создание программы собственной деятельности обязанного лица в области легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма

Активная работа вертикального уровня борьбы с легализацией доходов, полученных преступным путем, и финансированием терроризма, которую организуют обязанные лица, очень важна. С целью качественного исполнения всех обязанно-

¹¹ Статья 4, часть 1, пункты а, b и c; статья 7, часть 3, часть 5 (второе предложение) и часть 6 (второе предложение); статья 8, часть 2 Закона № 428/2002.

стей, установленных Законом, необходимо, чтобы обязанные лица создали свой собственный внутренний нормативный документ, который может иметь любую форму в соответствии с видом деятельности обязанного лица, числом сотрудников и другими факторами. В каждой ситуации необходимо создать свою «Программу по предупреждению легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма». Закон устанавливает обязанность создать и обновлять программу деятельности по противодействию легализации доходов, полученных от преступной деятельности, и финансированию терроризма в письменной форме. Данная программа должна содержать в себе:

- обзор форм подозрительных операций в соответствии с предметом деятельности обязанного лица;
- способ осуществления контроля по отношению к клиенту;
- способ оценки и определения степени риска;
- процедуру оценки готовящейся или осуществляемой операции на предмет ее подозрительности;
- алгоритм действий по выявлению подозрительной операции до момента информирования специального финансового государственного органа, включая порядок действий и ответственность сотрудников, которые оценивают подозрительную операцию;
- порядок приостановления подозрительной операции;
- порядок сохранения данных;
- определение лица, которое несет ответственность за противодействие легализации доходов, полученных от преступной деятельности, и финансированию терроризма и обеспечивает обязанность информирования о подозрительных операциях, а также взаимосвязь со специальным финансовым государственным органом;
- способ обеспечения охраны сотрудника, который выявил подозрительную операцию;
- способ осуществления контроля соблюдения программы и обязанностей, которые устанавливает данный Закон;
- содержание и расписание специальной подготовки сотрудников, которые в своей работе могут столкнуться с подозрительной операцией. Специальную подготовку сотрудников обязанное лицо должно осуществлять не менее 1 раза в год и всегда перед началом работы сотрудника, который будет должен исполнять обязанности в соответствии с данным Законом. Обязанное лицо должно обеспечить неограниченный и свободный доступ каждого сотрудника, который выполняет задачи по противодействию легализации доходов, полученных от преступной деятельности, и финансированию терроризма, к данной программе.

11. Взаимодействие со специальным финансовым государственным органом

Эффективное противодействие легализации преступных доходов и финансированию терроризма может обеспечить только целевая компактная система, в состав которой входят субъекты на различных вертикальных уровнях. Необходимо, чтобы данные субъекты взаимодействовали между собой. В первую очередь, необходимо взаимодействие между обязанными лицами и специальным финансовым государственным органом. Данное взаимодействие является нормативно обязательным в соответствии с Законом № 297/2008. Кроме указанных обязанностей по отношению к специальному финансовому государственному органу, речь идет об обязанности предоставить на основании письменного запроса следующие данные:

- о сделках и лицах, которые участвовали в данных сделках, документы о таких сделках¹²;
- документы и информацию, которые необходимы для статистических данных.

III. Обязанности и задачи специального финансового государственного органа

Специальный финансовый государственный орган, который представляет собой второй вертикальный уровень, является очень важным звеном в противодействии легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма. Это центральный орган, который принимает, фиксирует, анализирует и использует сообщения о подозрительных операциях от обязанных лиц. Он выполняет незаменимую задачу в системе предупреждения легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма, поскольку оценивает всю информацию, связанную с возможными действиями по легализации доходов и финансированию терроризма. Для эффективности данной системы необходимо, чтобы эффективно функционировал, в первую очередь, компетентный орган, который отвечает за обработку подозрительных операций – специальный финансовый государственный орган. Очень важным является и то, какие именно задачи данный орган выполняет. От его компетенции зависит и его статус в системе борьбы с легализацией доходов, полученных преступным путем, и финансированием терроризма.

Государства-члены Интерпола на конференции в Лионе в 1995 г. приняли важную рекомендацию для всех государств-членов, что функцию принятия, сосредоточения, оценки и использования индикаторов отмывания грязных денег должны осуществлять национальные специальные финансовые государственные органы (FIU – Financial Intelligence Unit). В соответствии с данной рекомендацией международная организация по борьбе с отмыванием грязных денег Эгмонт Групп¹³ в 1996 г. подготовила «образец определения» специального финансового государственного органа: *«FIU является центральным, национальным агентством, которое отвечает за принятие, анализ и использование финансовой информации: связанной с подозрительными доходами от преступной деятельности; которому национальным законодательством делегированы полномочия в области по борьбе с легализацией доходов, полученных преступным путем»*.

Многие государства рассматривали возможность делегирования данных полномочий уже существующим административным контрольным органам, полицейским следственным органам либо рассматривали необходимость создания для данной цели нового органа.

В соответствии с рекомендациями возникли три варианта возможного положения специального финансового государственного органа в системе органов государственной власти:

¹² Статья 21 Закона № 297/2008 «О противодействии легализации доходов, полученных преступным путем и финансированию терроризма».

¹³ Группа «Эгмонт» – международное объединение подразделений финансовой разведки, которые осуществляют борьбу с отмыванием денег и финансированием терроризма.

1. в системе полиции — *полицейская модель*;
2. в судебных органах и органах прокуратуры — *судебная модель*;
3. в системе органов финансов или иных центральных органов государственной власти — *административная модель*.

Уполномоченные органы ЕС, включая Европейскую комиссию, придерживаются мнения, что нет необходимости определять характер специального финансового государственного органа. Каждое государство должно найти наиболее подходящую ему модель, которая обеспечивала бы эффективное исполнение задач по борьбе с легализацией доходов, полученных преступным путем, и финансированием терроризма, что может быть основано на национальных традициях и обычаях. В соответствии с Директивой 2005/60/ЕС, данный орган должен иметь прямой или непрямой, но адекватный по времени, доступ к финансовой и административной информации и к информации, связанной с принудительной формой осуществления права¹⁴. Достаточно сложно определить, какое положение и какой характер специальных финансовых государственных органов является наиболее предпочтительным. Каждый из них имеет и свои плюсы, и свои минусы, но наиболее важным фактом являются коммуникация и сотрудничество данных органов с обязанными лицами, которые должны информировать о возможных действиях по легализации доходов, полученных преступным путем.

Административную модель специальных финансовых государственных органов выбрало большое количество государств, создавших относительно независимые службы, которые располагаются либо под министерствами (в частности, министерством финансов) или центральными банками, либо являются абсолютно независимыми. Такой характер специальных финансовых государственных органов представляется наиболее приемлемым для финансового сектора, так как специальный финансовый государственный орган в такой ситуации связан банковской тайной и одновременно является наиболее эффективным соединительным элементом между финансовым сектором и следственными органами, полицией и прокуратурой. Административные специальные финансовые государственные органы действуют в США, Франции, Нидерландах, Бельгии, Испании, Италии, Словении, Австралии и Чешской республике.

В случае создания специального финансового государственного органа **в системе органов прокуратуры, либо юстиции** речь идет в основном об органах прокуратуры, которые осуществляют прямой надзор за деятельностью органов, расследующих легализацию доходов, полученных преступным путем, и финансирование терроризма. Это связано с традиционной задачей прокуратуры — обеспечением конституционности и достоверности. Прокурор, который принимает сообщения о возможных случаях легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма, исключит сообщения, при которых недостаточно оснований для возбуждения уголовного дела и расследования. Если есть основания полагать, что идет речь о легализации, данные, указанные в сообщении, поступают в полицию, где проходят соответствующую проверку.

Может быть создан и специальный полицейский государственный орган, который будет осуществлять соответствующую проверку и отвечать за оперативно-розыскную

¹⁴ Статья 21 Директивы 2005/60/ЕС о предупреждении использования финансовой системы в целях отмыwania грязных денег и финансирования терроризма.

деятельность. Специальные финансовые государственные органы такого характера имеют, например, Дания, Норвегия, Исландия, Люксембург, Португалия. Например, в Португалии получателем сообщений о подозрительных операциях является прокурор, который взаимосвязан со специальным полицейским государственным органом «Центральное управление по борьбе с коррупцией, мошенничеством, экономической и финансовой преступностью». Специальный полицейский государственный орган является гарантией эффективного расследования. В действительности данная система имеет смешанный характер — прокурор представляет собой соединительный элемент между обязанным лицом, финансовыми и кредитными организациями и полицией. Спецификой данной системы представляется и то, что генеральный прокурор в Португалии имеет определенные полномочия по отношению к полицейским подразделениям.

В соответствии со степенью независимости прокуратуры данная модель является более надежной для финансового сектора, чем полицейская модель. Частично устраняются проблемы возможных последствий неправильных решений или анализа сотрудников финансовых и кредитных организаций, так как прокурор дает согласие на дальнейшее расследование только в тех случаях, когда существует достаточное количество первичных доказательств. Существенным недостатком такой системы является низкая оперативность в связи с ее централизацией и отсутствие быстрого и эффективного обмена информацией.

Специальные финансовые государственные органы, расположенные в *системе полиции*, обеспечивают эффективное использование полицейского опыта при получении и обработке информации. Для проверки возможных действий по легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, наиболее компетентными органами являются органы полиции, которые имеют большой опыт борьбы с разнообразной финансовой преступностью. Эти органы имеют достаточно хороший доступ к криминальной информации и оперируют внутренними информационными сетями, которые обеспечивают обмен полицейской информацией через системы Интерпола и Европола. Специальные финансовые государственные органы полицейского характера способны незамедлительно выполнять свои задачи и во многих случаях имеют полномочия проводить последующее расследование.

С другой стороны, следует отметить, что обязанные лица не хотят взаимодействовать с полицейскими структурами. Причина незаинтересованности может быть вызвана тем, что такое сотрудничество обязанные лица не рассматривают как партнерское, а как «доноса» на своих клиентов или коммерческих партнеров. При полицейском характере специального финансового государственного органа необходимо акцентировать внимание на абсолютной доверительности взаимоотношений с обязанными лицами, чтобы избежать различных ошибок и неправильных выводов. Нельзя допустить расследования в отношении клиентов и коммерческих партнеров, которое может оказаться необоснованным и тем самым подорвать доверие. Полицейский характер специальных финансовых государственных органов выбрали Великобритания, Канада, Швеция, Австрия, Финляндия, Япония, Швейцария, Венгрия.

В Словацкой республике также был создан специальный финансовый государственный орган полицейского характера. Основной причиной, почему выбора

именно этой формы является наличие в полицейских структурах уже существующего Подразделения финансовой полиции Полицейского Корпуса, которое имело богатый опыт проверки документации в различных случаях финансового мошенничества и собственную базу информации о субъектах, совершающих преступления. Сотрудники Подразделения имели необходимые знания о функционировании специальных финансовых государственных органов в других государствах, принимали подзаконные правовые нормы, регулировавшие вопросы борьбы с легализацией доходов, полученных преступным путем. По этим причинам (учитывая также невысокие затраты на создание действующего органа) 1 ноября 1996 г. в структуре Подразделения финансовой полиции был создан Отдел специального финансового мониторинга — специальный финансовый государственный орган, который соответствовал рекомендациям Европейского сообщества и Интерпола, как и критериям, определенным международной организацией Эгмонт Групп (Egmont Group).

Отдел специального финансового мониторинга был составной частью Подразделения финансовой полиции, а также частью Президиума Полицейского Корпуса, организационно включенного в Управление криминальной и финансовой полиции. Отдел напрямую руководил 8 исполнительными подразделениями (в каждом административном округе), которые разрабатывали соответствующие дела. При разработке использовались все полномочия, которые давал Закон № 171/1993 «О полицейском корпусе» в действующей редакции. Данный способ управления демонстрирует преемственность в комплексной проверке подозрительных операций, и обеспечивается обратная связь между специальным финансовым государственным органом и отдельными подразделениями финансовой полиции.

1 января 2004 г. в рамках Полицейского корпуса Словацкой республики были проведены организационные изменения, в соответствии с которыми Подразделение финансовой полиции было упразднено и создан Специальный орган финансовой полиции, который вошел в состав Подразделения по борьбе с организованной преступностью Президиума Полицейского корпуса. В связи с данным организационным изменением пропало прямое подчинение подразделений финансовой полиции специальному органу финансовой полиции. Появились отделения финансовой полиции, которые не подчинялись напрямую специальному органу финансовой полиции. Таким образом де-факто была потеряна возможность комплексной проверки сообщений о подозрительных операциях под непосредственным руководством специального органа финансовой полиции.

Эти организационные изменения повлекли за собой достаточно сильное ослабление финансовой полиции с профессионально-персональной точки зрения. Изменения не имели системного характера и негативным образом воздействовали на работу в области борьбы с легализацией доходов, полученных преступным путем, и финансированием терроризма. Подобное положение специального финансового государственного органа и его персональный состав были подвергнуты критике со стороны Совета экспертов Совета Европы (Moneyval). Совет экспертов в своем третьем заключительном отчете (май 2005 г.) определил, что в Словацкой республике *«отсутствует «лидерство» специального финансового государственного органа, его полномочия, положение и персональный состав являются недостаточными»*.

Главными задачами Специального органа финансовой полиции является исполнение всех обязанностей, установленных Законом № 297/2008. В упрощенной

форме задачи Специального органа финансовой полиции можно разделить следующим образом:

1. деятельность, связанная с подозрительными операциями;
2. контрольная деятельность и деятельность по применению санкций;
3. координационная деятельность, включающая международное сотрудничество;
4. другие виды деятельности.

1. Деятельность, связанная с подозрительными (необычными) операциями

К данной категории деятельности можно отнести все виды деятельности, которые имеют какое-либо отношение к работе с подозрительными (необычными) операциями, т.е. получение, анализ, оценку, обработку информации¹⁵.

После получения сообщения о подозрительной операции сотрудники Специального органа финансовой полиции должны незамедлительно его зафиксировать (и в электронном виде, и в соответствующей форме включить в базу данных сообщений о подозрительных операциях). С целью обеспечения целевого сбора, объединения и использования информации из сообщений о подозрительных операциях создана специальная самостоятельная база данных подозрительных операций.

После получения и фиксирования сообщений производятся *анализ и проверка*. При анализе подозрительной операции необходимо сначала проверить по базе данных подозрительных операций, сообщалось ли ранее о данном субъекте в сообщении от другого обязанного лица о подозрительной операции. Потом выясняется, не находится ли данный субъект в других базах данных, к которым имеет доступ Специальный орган финансовой полиции в режиме *on-line* или *через другие органы* (например, в различных реестрах и базах данных полиции оперативно-тактического характера, в открытых базах данных). В рамках проверки полицейские Специального органа финансовой полиции могут использовать и другие свои полномочия и права, которые определены в Законе № 297/2008, а также в Законе № 171/1993 «О полицейском корпусе».

В соответствии с положениями Закона № 171/1993 «О полицейском корпусе» полицейские Специального органа финансовой полиции могут использовать все полномочия, которые имеют служба криминальной полиции и служба финансовой полиции при выявлении налоговых преступлений, незаконных финансовых операций и легализации доходов, полученных преступным путем, при условии, что это не связано с таможенными и налоговыми правонарушениями (данный принцип не действует, если имеет место совокупность преступлений)¹⁶. Эти полномочия предоставляют право:

- входить в любое строение, пространство или место, которое используется в предпринимательских целях, а также в транспортные средства, используемые в предпринимательских целях;
- входить в жилые помещения, если данное жилое помещение используется для предпринимательских целей;
- просматривать базы данных, бухгалтерские документы и другие документы, дела и списки на технических носителях, создавать из них выписки и копии, требовать выдать данные вещи или арестовать их в соответствии со ст. 21. В случае на-

¹⁵ Статья 26, часть 2, пункт «а» Закона № 297/2008 «О противодействии легализации доходов, полученных преступным путем и финансированию терроризма».

¹⁶ Статья 29а Закона № 171/1993 «О полицейском корпусе» в действующей редакции

ложения ареста на вещь выдается подтверждение об аресте вещи лицу, держателю вещи и сотруднику налогового органа. Подтверждение должно содержать точный перечень арестованных вещей, печать соответствующего органа и подписи лиц;

- в письменной форме требовать от банков и отделений зарубежных банков информацию, которая связана с клиентами банков или отделений зарубежных банков, в том числе, и в случае, когда данная информация является предметом банковской тайны.

Полицейские службы финансовой полиции после получения сообщения о подозрительной (необычной) операции могут осуществлять и другие полномочия, установленные Законом № 297/2008:

- приостановить подозрительную (необычную) операцию¹⁷;
- требовать дополнительную информацию, связанную с сообщением о подозрительной (необычной) операции и соответствующие документы о такой операции¹⁸.

Действия, которые осуществляет Специальный орган финансовой полиции при проверке и анализе подозрительных операций за рубежом, определяются как финансовое расследование, финансовая проверка или оперативно-розыскная деятельность в финансовом секторе. Наименование в данной ситуации вторично, важны содержание и объем полномочий, которыми владеет специальный финансовый государственный орган при осуществлении финансового расследования и оперативно-розыскной деятельности в финансовом секторе. Именно с данной точки зрения специальный финансовый государственный орган полицейского характера значительно отличается от специального финансового государственного органа административного характера.

Специальный финансовый государственный орган полицейского характера имеет значительные преимущества, так как обладает доступом ко всей полицейской информации и может выяснить «криминальное прошлое» субъектов и лиц, о которых получено сообщение, в базах данных полиции. В Словацкой республике Специальный орган финансовой полиции имеет право и затребовать информацию, которая является предметом банковской и налоговой тайны (до возбуждения уголовного дела без согласия прокурора). Данные полномочия определены положениями ст. 29а Закона № 171/1993 «О полицейском корпусе», статьи 91, часть 4 Закона № 483/2002 «О банках» и статьи 23, часть 5 Закона № 511/1992 «Об исчислении налогов и сборов».

Деятельность, осуществляемую специальным финансовым государственным органом, можно определить как **оперативно-розыскную деятельность в финансовом секторе** (финансовый розыск). Это действия, при которых путем контроля и проверок подозрительных операций, осуществляемых в легальном финансовом секторе, выявляется уголовная деятельность в виде легализации доходов, полученных преступным путем, и уголовная деятельность по финансированию терроризма. Оперативно-розыскная деятельность в финансовом секторе является одним из самых важных средств выявления латентной преступной деятельности, осуществляемой организованными группами, которые пытаются переводить свои доходы

¹⁷ Статья 16 Закона № 297/2008 «О противодействии легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»

¹⁸ Статья 17 Закона № 297/2008 «О противодействии легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма»

от преступной деятельности в легальный финансовый сектор, применяя меры по их сокрытию, или финансировать терроризм.

Специальный орган финансовой полиции после анализа сообщения о подозрительной операции от обязанного лица и проведения оперативно-розыскной деятельности **в финансовом секторе может использовать данные сообщения несколькими способами:**

- передать правоохрнительным органам — если результаты финансового розыска (мониторинга) дают основания полагать, что имеются достаточно обоснованные подозрения в совершении конкретного уголовного преступления;
- передать документы соответствующему правоохрнительному органу к уже возбужденному уголовному делу — если после проведения финансового розыска (мониторинга) будет выявлено, что по полученным данным уже заведено уголовное дело в каком-либо органе юстиции или криминальной полиции, или таможенном органе, органе железнодорожной полиции. В таком случае документы будут переданы соответствующему правоохрнительному органу, который проводит расследование по возбужденному уголовному делу;
- передать документы налоговому органу:

1. если после проведения финансового розыска (мониторинга) будет выявлено, что информация, полученная из сообщения об обязательном информировании, дает основания для начала налогового производства или имеет значение для уже осуществляемого налогового производства, т.е. данные действия не подпадают под признаки какого-либо состава преступления, а являются административным правонарушением. Данные действия не должны поставить под угрозу исполнение задач специального финансового государственного органа по передаче документов соответствующим органам государств-членов ЕС, в соответствии с международными договорами, подписанными Словацкой республикой;

2. если после проведения финансового розыска (мониторинга) будет выявлено, что информация, полученная из сообщения, имеет международную составляющую, и определенный орган другого государства-члена ведет расследование по возбужденному уголовному делу по предикативному уголовному составу преступления или составу преступления легализации доходов, полученных преступным путем, или по данному деянию осуществляется другое производство (например, специальный финансовый государственный орган осуществляет финансовую проверку). После консультирования с данными органами специальный орган финансовой полиции передает все данные соответствующему органу, либо они совместно определяют дальнейшие действия. При консультировании о возможной передаче данных должны соблюдаться законы Словацкой республики и международные договоры, подписанные Словацкой республикой;

- сохранить в информационном фонде — если после проведения финансового розыска (мониторинга) не будут выявлены информация и данные, которые бы документально подтвердили преступную деятельность легализации доходов, полученных преступным путем, или другого состава преступления.

В соответствии с использованием сообщений о подозрительных (необычных) операциях специальным финансовым государственным органом в Словацкой республике за последние 5 лет правоохрнительным органам было передано минимальное количество сообщений, которое не превысило 3% в год от всего объема полученных

сообщений о подозрительных (необычных) операциях (в среднем эта цифра соответствовала 1% в год от всего количества полученных сообщений). Иначе выглядела ситуация с передачей информации налоговым органам, где данное количество в среднем составляло около 25% в год. Исходя из изложенного, «коэффициент полезности» сообщений в уголовно-правовом уровне выглядит недостаточным.

Данную ситуацию подтвердил и Совет экспертов Совета Европы по оценке мер по борьбе с отмыванием грязных денег (Moneyval) в своем отчете. Также в отчете была зафиксирована невозможность определения, какое количество уголовных дел в отношении конкретных лиц было возбуждено по принятым сообщениям о подозрительных (необычных) операциях. Констатировалось также, что в Словацкой республике невозможно измерить эффективность системы по противодействию отмыванию грязных денег. Данные, которые были предоставлены экспертам Moneyval, также сигнализируют о проблемах в области конфискации имущества, полученного преступным путем, поскольку было выявлено, что ни по одному уголовному делу не было конфисковано имущество в связи с легализацией доходов, полученных преступным путем.

В Чешской республике использование «коэффициента полезности» полученных сообщений о подозрительных (необычных) операциях несколько выше. Финансовый аналитический орган каждый год передает правоохранительным органам примерно 5% сообщений уже в виде заявлений о совершенных преступлениях.

2. Контрольная деятельность и деятельность по применению санкций

Для обеспечения эффективного противодействия легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, необходимо, чтобы все субъекты, участвующие в системе противодействия, ответственно относились к своим обязанностям, определенным в Законе № 297/2008. Важную роль при выявлении подозрительных (необычных) операций играют обязанные лица. Обязанные лица должны профессионально обеспечивать не только процесс выявления подозрительных операций, но и исполнение остальных задач по противодействию легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма. Чтобы данные задачи исполнялись эффективно, Закон № 297/2008 установил право специального финансового государственного органа проводить контрольные проверки исполнения и соблюдения обязанностей обязанными лицами.

Контрольные проверки могут осуществляться по договоренности с Центральным банком Словакии или Министерством финансов в отношении тех обязанных лиц, за которыми проводится надзор. Обязанное лицо должно предоставить для проведения проверки соответствующие условия, предоставить доступ к документам, средствам компьютерной техники, возможность просматривать их и т.п. При проведении контрольной проверки к ее процедуре не относятся положения Закона № 10/1996 «О контроле в системе органов государственной власти» в действующей редакции. К основным задачам, связанным с контрольной деятельностью и деятельностью по применению санкций Специального органа финансовой полиции относятся:

- требование и контроль за исполнением обязанностей обязанных лиц, определенных данным Законом¹⁹;

¹⁹ Статья 26, часть 2 Закона № 297/2008 «О противодействии легализации доходов, полученных преступным путем и финансированию терроризма».

- подготовка требования о наложении штрафа на обязанное лицо за нарушение или неисполнение обязанностей, определенных данным Законом, со стороны органа, который может или должен наложить штраф²⁰;
- подготовка требования о лишении лицензии на предпринимательскую или иную коммерческую деятельность обязанного лица при неоднократном нарушении или неисполнении обязанностей, определенных данным Законом, со стороны органа, который может принять решение о лишении лицензии²¹;
- требование разъяснения о способах выполнения поданных требований и о принятых мерах от органов, которыми данные требования были поданы; данные органы обязаны предоставить такие разъяснения²²;
- наложение штрафа²³.

3. Деятельность в области координации и международного сотрудничества

Закон № 297/2008 регулирует сотрудничество специального финансового государственного органа и соответствующих органов государств-членов ЕС, Европейской комиссии, Совета ЕС и Секретариата Совета ЕС. Данное сотрудничество возможно и с соответствующими органами других государств в объеме, определенном в международных договорах Словацкой республики или на основании принципа взаимности. Возможно сотрудничество и с международными организациями, которые действуют в области предупреждения и выявления легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма. Специальный орган финансовой полиции тесно сотрудничает и с сетью полицейских сотрудников. Специальный орган финансовой полиции имеет своих представителей в международных рабочих комиссиях и группах:

- Эгмонт Групп;
- Совет экспертов Совета Европы (Moneyval), который оценивает законодательные, финансовые, уголовно-правовые и административные аспекты борьбы с отмыванием грязных денег и финансированием терроризма;
- неформальная сеть по идентификации, выявлению, аресту и конфискации имущества — CARIN²⁴;
- FIU-платформы²⁵.

4. Другие виды деятельности

К остальным видам деятельности, которые осуществляет Специальный орган финансовой полиции, можно отнести следующие:

²⁰ Статья 26, часть 2 Закона № 297/2008 «О противодействии легализации доходов, полученных преступным путем и финансированию терроризма».

²¹ Статья 26, часть 2 Закона № 297/2008 «О противодействии легализации доходов, полученных преступным путем и финансированию терроризма».

²² Статья 26, часть 2 Закона № 297/2008 «О противодействии легализации доходов, полученных преступным путем и финансированию терроризма».

²³ Статья 32 и статья 33 Закона № 297/2008 «О противодействии легализации доходов, полученных преступным путем и финансированию терроризма».

²⁴ CARIN — Camden Assets Recovery Inter-Agency Network — неформальная международная сеть, заложенная в 2004 г., которая объединяет многие государства, не только государства-члены ЕС. Занимается идентификацией (выявлением), арестом и конфискацией имущества.

²⁵ FIU-платформы — форумы специальных органов финансовой полиции в области отмывания грязных денег государств-членов ЕС.

- предоставление обратной связи. Специальный финансовый государственный орган информирует обязанное лицо об эффективности сообщения о подозрительной операции и о процедуре, которая основана на получении сообщения о подозрительной операции, если при этом не будет поставлено под угрозу проведение подозрительной операции;
- предоставление информации и документов, которые были получены, государственным органом, реализующим задачи в области конституционного установления, внутреннего порядка и безопасности государства, для выполнения задач по борьбе с терроризмом и организованной преступной деятельностью. Предоставленная информация не должна содержать данные об их источнике;
- опубликование информации о формах и способах легализации и финансирования терроризма и о способах выявления подозрительных операций;
- ведение общих статистических данных, которые включают в себя количество принятых сообщений о подозрительных операциях, способы обработки этих сообщений и их количестве, включая количество сообщений, которые были переданы правоохранительным или налоговым органам за календарный год. Ведение статистических данных о количестве лиц, в отношении которых возбуждены уголовные дела, о количестве осужденных по статье о легализации доходов, полученных преступным путем, и о размере арестованного и конфискованного имущества. Один раз в год публикуется сводный отчет статистических данных. Составной частью отчетов специального финансового государственного органа является информация о его деятельности. Специальный финансовый государственный орган имеет право требовать от государственных органов и обязанных лиц документы и информацию, которые необходимы для ведения статистических данных. Государственные органы и обязанные лица обязаны бесплатно, в полном объеме, корректно и в соответствии с определенными сроками предоставить специальному финансовому государственному органу информацию и данные, необходимые для ведения статистики.

IV. Административные правонарушения и ответственность за ущерб

В шестой и седьмой частях Закона № 297/2008 сформулированы положения об административных правонарушениях, санкциях и ответственности за ущерб. Административные правонарушения разделены на *нарушения закона и другие административные правонарушения*.

Под нарушением закона понимается нарушение обязанности неразглашения. Данное правонарушение рассматривает специальный финансовый государственный орган, который действует в соответствии с Законом № 372/1990 «О правонарушениях» в действующей редакции. За нарушение можно наложить штраф в размере до 3319 евро.

Другие правонарушения — это действия, когда обязанное лицо (юридическое лицо или физическое лицо-предприниматель) нарушит какую-либо из установленных законом обязанностей при:

1. применении мер по основному виду контроля клиента;
2. применении мер по облегченному виду контроля клиента;
3. применении мер по повышенному виду контроля клиента;

4. выявлении подозрительной (необычной) операции;
5. отказе в установлении коммерческого сотрудничества, его прекращении или отказе в исполнении сделки (операции);
6. приостановлении подозрительной операции;
7. информировании о подозрительной операции;
8. выполнении программы собственной деятельности;
9. неразглашении информации о подозрительной операции;
10. обработке и сохранении данных;
11. выполнении иных обязанностей;
12. выполнении специальных положений о кредитных и финансовых организациях;
13. исполнении других положений Закона № 297/2008.

За правонарушение специальный финансовый государственный орган может наложить штраф или определить другую санкцию. Штраф за правонарушение может быть наложен в течение 1 года, максимально — до 5 лет со дня, когда специальному финансовому государственному органу стало известно о нарушении обязанности. Административное производство по данным правонарушениям регулируется Законом № 71/1967 «Об административном производстве» в действующей редакции.

Закон № 297/2008 дает право специальному финансовому государственному органу наложить различные санкции: штраф; подать требование о лишении лицензии на предпринимательскую деятельность или иную коммерческую деятельность.

При определении размера штрафа всегда учитываются важность, время и последствия противоправного действия и вероятность неоднократного неисполнения или нарушения обязанностей, определенных данным Законом. Штраф может быть определен в размере до:

- 66387 евро за нарушение обязанности, определенной в п. 14;
- 99581 евро за нарушение обязанностей, определенных в п. 9—13;
- 165969 евро за нарушение обязанностей, определенных в п. 1—8;
- 331939 евро за нарушение обязанностей, определенных в п. 1—14, если обязанность не исполняется или нарушается непрерывно в течение 12 месяцев, или правонарушением привело к невозможности дальнейшего ареста доходов, полученных преступным путем, либо возможный арест был подставлен под угрозу или значительно осложнен. Максимальный размер штрафа можно наложить только при неоднократных нарушениях, за которые уже в предыдущие 3 года налагались штрафные санкции.

Если специальный финансовый государственный орган выявит, что обязанное лицо в течение более чем 12 месяцев непрерывно или повторно не исполняло или нарушало обязанности, определенные Законом № 297/2008, то специальный финансовый государственный орган готовит требование органу, который уполномочен принимать решения о лишении лицензии на предпринимательскую или иную коммерческую деятельность. Данный орган обязан в течение 30 дней с момента получения требования в письменной форме проинформировать специальный финансовый государственный орган о способе исполнения требования. Специальный финансовый государственный орган сам не имеет право принимать решение о лишении лицензии на предпринимательскую деятельность или иную коммерческую деятельность.

Законодатель в Законе № 297/2008 отвел место и для ответственности за ущерб, который может возникнуть у обязанного лица при исполнении им задач, опреде-

ленных в Законе. Возможны ситуации, когда при исполнении обязанности информирования или приостановления подозрительной операции обязанное лицо подаст сообщение или приостановит операцию, которую определит как подозрительную, а в дальнейшем будет определено, что данная операция не являлась подозрительной. Подобные действия могут причинить ущерб клиенту. Законодатель в ст. 35 определил, что если обязанное лицо, сотрудник обязанного лица или лицо, которое работает на обязанное лицо на основании договорных отношений, действуют добросовестно, то ответственность за ущерб они не несут. Все сомнения трактуются в пользу обязанного лица. В данных ситуациях ответственность за ущерб несет государство. Возмещение ущерба обеспечивает Министерство внутренних дел Словацкой республики. Согласование возмещения ущерба изначально производится с МВД на основании письменного заявления пострадавшего для рассмотрения вопроса о возмещении ущерба. Если МВД не возместит ущерб или его часть в течение 3 месяцев со дня получения заявления, пострадавший может обратиться в суд с требованием возместить ущерб или его часть. Правоотношения при рассмотрении вопроса о возмещении ущерба, который возник в результате информирования о подозрительной операции или приостановлении такой операции, регулируются общими положениями Закона о возмещении ущерба²⁶.

Заключение

Принятие Закона № 297/2008 в Словацкой республике было необходимым шагом к тому, чтобы привести национальное законодательство, регулирующее противодействие легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, в соответствие с Директивой 2005/60/ЕС. Если бы Словацкая республика не реализовала бы данный шаг, то она была бы подвергнута санкциям со стороны ЕС. Необходимо при этом сказать, что данная причина не была единственной при принятии нового Закона. Опыт правоприменения непосредственно сигнализировал о необходимости произвести изменения в области противодействия легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма. При подготовке Закона № 297/2008 учитывались также замечания Совета экспертов Совета Европы по оценке мер по борьбе с отмыванием грязных денег (Moneyval), которые были приведены в подробном оценочном отчете третьего раунда о Словакии.

В целом новое правовое регулирование можно оценить положительно. При этом необходимо отметить, что Закон имеет достаточно сложную форму. Уже сейчас можно предполагать, что на практике могут возникнуть проблемы при применении его положений. В частности, положений о мерах по выявлению политического деятеля, об определении конечного выгодоприобретателя, об определении степени риска, о формах подозрительных (необычных) операций. В комментариях и мнениях обязанных лиц преобладают мнения, что Закон № 297/2008 в отдельных случаях слишком «бюрократичен» и «формализован», что на практике способно породить применение только формальное его применение. Это не даст необходимого эффекта. Уже сейчас обязанные лица по-разному трактуют некоторые положения Закона.

По нашему мнению, Закон № 297/2008 в некоторых своих частях не имеет логической структуры и в целом имеет не совсем системный характер. Например,

²⁶ Статьи 415–459 Гражданского кодекса Словакии.

определение степени риска и объема контроля по отношению к клиенту в соответствии с риском легализации доходов, полученных преступным путем, и финансирования терроризма в статье 10, часть 4 (в основном виде контроля) представляется не совсем системным. Подобная проблема имеется и в случае определения мер по выявлению политического деятеля (иностранного публичного лица), которые внесены в статью 10, часть 11, которая определяет вид основного контроля.

Неясности некоторых понятий, закрепленных в Законе, будут также создавать проблемы при его толковании. Например, понятие формы подозрительной операции, используемое в статье 20 часть 2, пункт «а», определяет подозрительную операцию, о которой обязанное лицо должно информировать, без возможности ее дальнейшего анализа — могла ли данная операция привести к легализации или финансированию терроризма. Программа собственной деятельности обязанного лица фактически будет содержать определенный перечень форм подозрительных операций, о которых необходимо автоматически информировать. Полезней было бы вместо понятия формы подозрительной операции использовать понятие «операция с признаками необычности». Данным способом была бы предоставлена возможность обязанным лицам самим анализировать, может ли данная операция с признаками необычности привести к легализации или финансированию терроризма.

Не всегда одну и ту же операцию с признаками необычности у разных клиентов можно определить как подозрительную. Как подозрительная операция она может быть определена только в том случае, когда ее реализация способна привести к легализации доходов, полученных преступным путем, или финансированию терроризма так, как устанавливает статья 4, часть 1 Закона № 297/2008. В соответствии с данной формулировкой необходимо произвести изменения и других положений Закона. На сходные ситуации обязанные лица обратили внимание еще при применении Закона № 367/2000. Новый Закон оставил неизменной формулировку «форма подозрительной операции» и не устранил уже выявленные проблемы толкования.

Закон № 297/2008 не устранил и некоторые замечания Совета экспертов Совета Европы по оценке мер по борьбе с отмыванием грязных денег (Moneyval), связанные со специальным финансовым государственным органом. Совет экспертов в подробном отчете третьего раунда о Словакии определил, что «специальный финансовый государственный орган в рамках структуры полиции деградировал и стал частью в рамках Подразделения по борьбе с организованной преступностью без активного руководства». Совет экспертов также определил, что «положение Специального органа финансовой полиции в рамках структуры полиции ослабло». В Законе необходимо четко определить его полномочия и положения в рамках организационной структуры Полицейского корпуса. Решением могла бы стать замена текста статьи 26 части 1 следующей формулировкой: «Специальный финансовый государственный орган является центральным национальным органом в области противодействия легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, который имеет особое место в системе Полицейского корпуса Словацкой республики».

Только практика применения Закона № 297/2008 покажет, будут ли возникать сложности и проблемы при противодействии легализации доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма, и необходимо ли будет их решать.

А.Ш. Маралбаева

Аспирантка кафедры теории
и истории государства и права
юридического факультета
Кыргызско-Российского
Славянского университета

Развитие системы законодательства Кыргызской Республики в условиях переходного периода

В статье рассмотрены основные этапы, тенденции и особенности развития системы законодательства Кыргызской Республики. Проанализированы фундаментальные труды ученых по проблематике права переходного периода. Исследовано влияние норм обычного права кыргызов на современную систему законодательства Кыргызской Республики. Рассмотрены практические проблемы развития системы законодательства Кыргызской Республики. Предложены пути их решения.

Ключевые слова: Кыргызская Республика, система законодательства, структура законодательства, отрасль законодательства, нормативный правовой акт, переходный период, обычное право, классификатор, информационно-правовая система.

Исследование развития системы законодательства на территории постсоветских государств на сегодняшний день является весьма актуальным. После распада СССР становление Кыргызской Республики как самостоятельного государства положило начало демократическим, экономическим, социальным и правовым реформам. Кыргызская Республика (далее — КР) в настоящее время находится на переходном этапе своего развития, на пути к демократическому, правовому, социальному государству с рыночной экономикой.

Развитие системы законодательства началось с принятием первой Конституции Кыргызской Республики 5 мая 1993 г.¹ В последующем была осуществлена кодификация основных отраслей законодательства. В настоящее время в системе законодательства КР насчитывается 17 кодексов (жилищный, воздушный, гражданский, уголовный, кодекс об административной ответственности, земельный, уголовно-процессуальный, лесной, уголовно-исполнительный, гражданский процессуаль-

¹ Конституция Кыргызской Республики от 5 мая 1993 г. // <http://student.toktom.kg/document.php?st=doc&code=305&lang=rus&ctx=#classificator:010.000.000.000>

ный и др.)². Внутренняя структура системы законодательства (горизонтальная и вертикальная плоскости) определяется Общеправовым классификатором отраслей законодательства (состоит из 45 отраслей), утвержденным указом Президента КР от 2 января 1995 г. В основе классификатора лежит предметный критерий дифференциации отраслей законодательства КР.

В теории права вопрос о критериях разграничения отраслей законодательства является дискуссионным. Например, Р.З. Лившиц признает, во-первых, предмет регулирования; во-вторых, метод регулирования; в-третьих, степень регулирования, т.е. наличие кодификационных актов. Все три критерия должны присутствовать одновременно. Критерием предмета выступает объективная потребность общества в правовом регулировании определенной группы общественных отношений³. На наш взгляд, такая позиция представляется спорной, поскольку система законодательства в большей степени подвержена субъективизму со стороны законодателя, осуществляющего дифференциацию на основании предмета регулирования. Более того, в соответствии с вышеуказанными критериями представляется невозможным выделение комплексных отраслей законодательства, сочетающих разные методы правового регулирования.

Позиция профессора С.В. Полениной представляется более оправданной. Согласно ее мнению в горизонтальной плоскости система законодательства делится на отрасли, адекватные отраслям права (уголовное, гражданское, административное и т.д.) и комплексные, формирующиеся применительно к сферам государственного управления. Сообразно этому отрасли законодательства делятся на материальные и процессуальные, частноправовые и публично-правовые, основные и комплексные⁴.

В процессе исследования системы законодательства КР мы пришли к выводу, что горизонтальная структура ее законодательства содержит отрасли, одноименные отраслям права (уголовное, гражданское, земельное и др.) и комплексные, состоящие из норм различных отраслей законодательства (административного, гражданского, уголовного). К комплексным отраслям следует отнести законодательство о сельском хозяйстве и аграрно-промышленных комплексах, о торговле, по общим вопросам народного хозяйства; отрасли законодательства, «привязан-

² См.: Жилищный кодекс Киргизской ССР от 20 мая 1983 г.; Воздушный кодекс Кыргызской Республики от 15 апреля 1994 г. № 1483-ХІІ; Гражданский кодекс Кыргызской Республики ч. I от 8 мая 1996 г. № 15; Гражданский кодекс Кыргызской Республики ч. II от 5 января 1998 г. № 1; Уголовный кодекс Кыргызской Республики от 1 октября 1997 г. № 68; Кодекс Кыргызской Республики об административной ответственности от 4 августа 1998 г. № 114; Земельный кодекс Кыргызской Республики от 2 июня 1999 г. № 45; Уголовно-процессуальный кодекс Кыргызской Республики от 30 июня 1999 г. № 62; Лесной кодекс Кыргызской Республики от 8 июля 1999 г. № 66; Уголовно-исполнительный кодекс Кыргызской Республики от 13 декабря 1999 г. № 142; Гражданский процессуальный кодекс Кыргызской Республики от 29 декабря 1999 г. № 146; Семейный кодекс Кыргызской Республики от 30 августа 2003 г. № 201; Таможенный кодекс Кыргызской Республики от 12 июля 2004 г. № 87; Трудовой кодекс Кыргызской Республики от 4 августа 2004 г. № 106; Водный кодекс Кыргызской Республики от 12 января 2005 г. № 8; Кодекс Кыргызской Республики о детях от 7 августа 2006 г. № 151; Налоговый кодекс Кыргызской Республики от 17 октября 2008 г. № 230 // <http://www.minjust.gov.kg/files/docs/kodeks.doc>

³ См.: Лившиц Р.З. Теория права. М., 1994. С. 119.

⁴ См.: Ермоленко С.В. Система законодательства Российской Федерации: вопросы теории и практики: Автореф. дисс....канд. юрид. наук. Волгоград, 2006. С. 20.

ные» к соответствующим сферам государственного управления и государственной деятельности (законодательство о транспорте и связи, об образовании).

Вертикальная структура законодательства КР состоит из подотраслей и институтов (например, законодательство об интеллектуальной собственности в составе отрасли гражданского законодательства; законодательство об усыновлении в составе законодательства о браке и семье).

Кроме этого, следует отметить тенденцию к выделению новых автономных отраслей законодательства (инвестиционной, информационной).

На сегодняшний день законодательство об иностранных инвестициях, в соответствии с Общеправовым классификатором отраслей законодательства КР, является подотраслью отраслей законодательства: международное частное право и процесс; внешнеэкономические отношения (440.000.000), а также законодательство о капитальном строительстве и капитальном ремонте (130.000.000). В данном случае во избежание дублирования, на наш взгляд, целесообразно выделить законодательство об инвестициях в отдельную автономную комплексную отрасль. Данная отрасль объединяла бы всю совокупность нормативных правовых актов, регулирующих правовые отношения в сфере инвестиционной деятельности.

В настоящее время согласно Общеправовому классификатору отраслей законодательства КР законодательство об информации и информатизации является подотраслью законодательства о культуре (210.000.000). Критерий такой дифференциации представляется совершенно неясным.

Информационное законодательство КР состоит из следующих уровней: первый – конституционный, второй – нормативные правовые акты информационного законодательства (законы⁵, подзаконные акты⁶), третий – концептуальный (концепции, временные положения⁷), четвертый – международный (международные договоры⁸). В связи с этим, мы полагаем, необходимо выделить законодательство об информации и информатизации в отдельную отрасль законодательства КР.

Стремительное развитие информационных технологий заметно влияет на систему законодательства, содержанием которой является система права. «Информационные технологии в перспективе могут радикально изменить саму форму права.

⁵ См.: Законы КР от 5 декабря 1997 г. № 89 «О гарантиях и свободе доступа к информации», от 8 октября 1999 г. № 107 «Об информатизации», от 14 апреля 2008 г. № 58 «Об информации персонального характера», от 17 июля 2004 г. № 92 «Об электронном документе и электронной цифровой подписи» и др.

⁶ См.: Указы Президента КР «О Концепции развития правовой информатизации в Кыргызской Республике» от 17 октября 1997 г. УП № 285, от 15 января 2004 г. УП № 10 «Об утверждении Временного положения о порядке распространения информации в Государственном Интернет-портале (Интернете) Кыргызской Республики», постановление Правительства КР от 23 сентября 1994 г. № 722 «О создании информационной сети в Кыргызской Республике» и др. // <http://student.toktom.kg>

⁷ См.: Концепция правовой информатизации в Кыргызской Республике, утвержденная Указом Президента КР от 17 октября 1997 г. УП № 285; Временное положение о порядке распространения информации в Государственном Интернет-портале (Интернете), утвержденное Указом Президента КР от 15 января 2004 г. № 10 и др. // <http://student.toktom.kg>

⁸ См.: Соглашение государств-участников СНГ от 21 октября 1994 г. «Об обмене правовой информацией»; Соглашение между Правительством Кыргызской Республики и Правительством Российской Федерации о взаимной защите секретной информации от 19 сентября 2003 г., ратифицированное Законом КР от 22 декабря 2005 г. № 184, и др. // <http://student.toktom.kg>

“Виртуализация” правовой среды приводит к появлению нового фактора – киберпространства, которое ломает привычные представления о действии правовых норм в пространстве и времени»⁹.

В КР информационно-правовые системы (далее – ИПС) «Токтом» и «Эдвайзер» обеспечивают быстрый доступ не только ко всей базе нормативных правовых актов, но и к архиву судебных решений, образцам деловых документов, публикациям и комментариям специалистов, законодательству стран СНГ и международно-правовым актам. Систематизация осуществляется посредством виртуальной инкорпорации нормативных правовых актов. ИПС «Эдвайзер» структурирована на основе Общеправового классификатора отраслей законодательства КР. Однако данные системы не имеют статуса государственных; зачастую пользование правовой информацией является платным и не может считаться общедоступным.

На государственном уровне также осуществляется процесс перевода нормативного массива в виртуальную сферу, например, официальный сайт Министерства юстиции КР¹⁰. Критерием дифференциации нормативных правовых актов выступают вид и год издания. Поиск затрудняется, если желающий получить правовую информацию не знает года издания определенного вида нормативного правового акта. В связи с этим представляется справедливым мнение профессора В.Б. Исакова, считающего, что как нынешняя цивилизация и культура были созданы книгопечатанием, так и следующая цивилизация и культура будут созданы электронным распространением информации. В.Б. Исаков предлагает создать в Российской Федерации единый эталонный банк данных, отвечающий за стандартизацию и классификацию правовой информации¹¹.

Поддерживая данную позицию, мы считаем возможным реализацию такой идеи и в КР. Создание эталонного банка данных с бесплатным доступом к правовой информации будет способствовать повышению правовой грамотности и правовой культуры населения КР. Наиболее целесообразным ее осуществление видится на базе официального сайта Министерства юстиции КР. Наряду с виртуальной инкорпорацией в КР осуществляется ее материальный аналог: «Ведомости Жогорку Кенеша КР (Парламента КР)», Сборник актов Президента КР, основанные на хронологическом принципе систематизации нормативных правовых актов.

Таким образом, систематизация законодательства является одной из положительных тенденций развития системы законодательства на современном этапе развития КР.

В качестве второй положительной тенденции необходимо отметить влияние международного права на систему законодательства КР, проявляющееся в виде унификации и гармонизации права. Это обусловлено активным межгосударственным сотрудничеством Кыргызской Республики, ее участием в различных международных организациях (в сфере интеллектуальной собственности, инвестиций, налогообложения¹², таможенного законодательства).

⁹ Чикеева З.Ч. Некоторые методологические аспекты изучения системы источников права Кыргызской Республики // Академический Вестник АУЦА. 2009. № 2. С. 124.

¹⁰ <http://www.minjust.gov.kg>

¹¹ <http://www.consultant.ru/about/nc/legalinfo/gosgr/>

¹² Постановление Бюро Межпарламентской Ассамблеи Евразийского экономического сообщества от 17 ноября 2005 г. № 12 «О Рекомендациях по унификации и гармонизации законодатель-

Помимо влияния внешних факторов система законодательства отражает историческое развитие КР. До вхождения в состав Российской империи на территории современного Кыргызстана действовало обычное право кыргызов (адат). После Октябрьской революции 1917 г. и образования СССР общественные отношения на территории Кыргызстана регулировались нормативными правовыми актами СССР и КССР¹³. В частности, существовали кодифицированные на республиканском уровне отрасли законодательства: гражданское, колхозное, трудовое, семейное, уголовное¹⁴.

В постсоветский период законодатель КР вновь обратил внимание на обычное право кыргызов. Так, п. 1 ст. 38 Конституции КР гласит: «В Кыргызской Республике народные обычаи и традиции, не ущемляющие права и свободы человека, поддерживаются государством»¹⁵. Эта норма детализируется в законодательном закреплении правовых институтов, свойственных системе обычного права кыргызов, например, такой вид наказания, как тройной айып¹⁶ (ст. 45 Уголовного кодекса КР (УК КР)¹⁷), уголовная ответственность за скотокрадство¹⁸ (ст. 165 УК КР)¹⁹, суды аксакалов²⁰ (ст. 59 Конституции КР)²¹. Обычаи и традиции, противоречащие законодательству КР, запрещены (например, ст. 155 УК КР устанавливает уголовную ответственность за принуждение женщины к вступлению в брак или воспрепятствование вступлению в брак)²².

Для сравнения: законодательство Республики Казахстан, Республики Узбекистан, Республики Таджикистан и Республики Беларусь не содержит аналогичных норм. Хотя правовое положение обычаев законодательно закрепляется. В законодательстве Российской Федерации такие нормы содержатся в ст. 69 Конституции

ства государств — членов ЕврАзЭС в сфере налогообложения (на основе сравнительно-правового анализа национальных законодательств)» // http://base.spinform.ru/show_doc.fwx?Rgn=16570

¹³ Киргизская Советская Социалистическая Республика.

¹⁴ См.: *Борубашов Б.И., Галиева З.И.* История государства и права Кыргызстана. Бишкек, 2004. С. 179.

¹⁵ Конституция Кыргызской Республики от 27 июня 2010 г. // http://student.toktom.kg/document.phtml?st=doc&code=98840&lang=rus&ctx=#kluch_slova:00E305

¹⁶ Тройной айып — это взыскание, налагаемое судом в трехкратном размере причиненного ущерба в денежном или натуральном выражении. Две части тройного айыпа взыскиваются в пользу потерпевшего в возмещение материального и морального ущерба, третья часть — в пользу государства.

¹⁷ Уголовный кодекс Кыргызской Республики // Электронных ресурс: ИС «Токтом» 2011.

¹⁸ Наказывается тройным айыпом либо штрафом в размере до 50 расчетных показателей либо лишением свободы на срок до трех лет.

¹⁹ Электронных ресурс: ИС «Токтом» 2011.

²⁰ Суды аксакалов — это создаваемые на добровольных началах и на основе выборности и самоуправления общественные органы, призванные осуществлять рассмотрение материалов, направляемых им в установленном порядке судом, прокурором, органами внутренних дел и другими государственными органами и их должностными лицами в соответствии с действующим

Законодательством КР, а также дела о спорах между гражданами в случаях и порядке, установленных Законом КР от 5 июля 2002 г. № 113 «О судах аксакалов».

²¹ Конституция Кыргызской Республики от 27 июня 2010 г. // http://student.toktom.kg/document.phtml?st=doc&code=98840&lang=rus&ctx=#kluch_slova:00E305

²² Наказываются штрафом в размере от 100 до 200 расчетных показателей либо ограничением свободы на срок до трех лет.

Российской Федерации, в федеральных законах, регулирующих жизнь коренных малочисленных народов (от 30 апреля 1999 г. № 82-ФЗ «О гарантиях прав коренных малочисленных народов Российской Федерации», от 20 июля 2000 г. № 104-ФЗ «Об общих принципах организации общин коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации», от 7 мая 2001 г. № 49-ФЗ «О территориях традиционного природопользования коренных малочисленных народов Севера, Сибири и Дальнего Востока Российской Федерации»)²³. В результате законодательного санкционирования правовых обычаев наблюдается преемственность в регулировании определенного круга общественных отношений.

Изучая взаимосвязь исторического генезиса Кыргызской Республики и системы ее законодательства, необходимо в этом контексте проанализировать события, произошедшие 7 апреля 2010 г. С 7 апреля по 27 июня 2010 г. Временным правительством было издано 140 декретов, 113 постановлений (некоторые из них были опубликованы в газете «Эркин Тоо»)²⁴ и 681 распоряжение. Фактически именно эти акты регулируют определенные общественные отношения, например декреты Временного правительства КР о национализации имущества. Однако в соответствии с Конституцией КР имущество может быть национализировано только путем издания соответствующего закона²⁵. Кроме того, акты Временного правительства вносят изменения и дополнения в действующее законодательство (например, в Налоговый кодекс КР внесены две поправки путем изданием соответствующих декретов)²⁶. Однако ни Конституция КР, ни Закон КР «О нормативных правовых актах Кыргызской Республики» официально не включают декреты, постановления и распоряжения Временного правительства в иерархию нормативных правовых актов.

Мы полагаем, что выход из данного положения может быть следующим: необходимо включить декреты Временного правительства в состав нормативных правовых актов, т.е. нужно либо внести изменения в Закон КР «О нормативных правовых актах Кыргызской Республики», либо Парламент КР (Жогорку Кенеш КР — Верховный Совет КР) должен принять законы по аналогичным вопросам. Однако пока данный вопрос остается без внимания со стороны Парламента КР, ввиду чего система законодательства характеризуется пробельностью и противоречивостью. Следует отметить, что в целом такое состояние обусловлено еще и переходным этапом в развитии КР.

По мнению Е.Э. Черенковой, развитие системы законодательства в переходный период происходит в два этапа. Первый — наработка необходимых норм, необходимой законодательной базы. На этом этапе первостепенное значение имеет количество. Второй этап — систематизация нормативного материала. Здесь на первое место выходит качество²⁷.

²³ См.: Сооронкулова К.С. Обычное право кыргызов и современная правовая система Кыргызской Республики: Дисс. ...канд. юрид. наук. Бишкек, 2009. С. 75.

²⁴ Правительственная общественно-политическая газета Кыргызской Республики, осуществляет официальное опубликование нормативных правовых актов КР с 1991 г.

²⁵ Конституция Кыргызской Республики от 27 июня 2010 г. // http://student.toktom.kg/document.phtml?st=doc&code=98840&lang=rus&ctx=#kluch_slova:00E305

²⁶ В статьи 167, 240, 263-1, 282, 315 Налогового кодекса КР от 17 октября 2008 г. № 230.

²⁷ См.: Черенкова Е.Э. Система права и система законодательства Российской Федерации: понятие и соотношение: Дисс. ...канд. юрид. наук. М., 2005. С. 17.

Профессор В.А. Рыбаков утверждает, что правовое строительство в переходный период осуществляется следующими способами: а) инновеллизацией (создание нового по содержанию нормативного правового материала); б) преемственностью (использование правового материала собственной страны); в) рецепцией (использование правового материала иностранного государства); г) трансформацией и имплементацией (использование норм международного права). Суть процесса состоит в том, чтобы, осознав встающие перед обществом задачи, оценить положительные и отрицательные последствия предшествующего правового развития, а затем организовать и направить свои действия в соответствии с этой оценкой²⁸.

При исследовании развития системы законодательства КР нами было выявлено два основных этапа. На первом этапе (1991–2005 гг.) происходит стремительное накопление нормативно-правового материала — число вновь принятых нормативных правовых актов превышало число нормативных правовых актов об изменениях и дополнениях законодательства. На втором этапе (2006–2011 гг.) происходит обратный процесс — число нормативных правовых актов об изменениях и дополнениях существенно превышает число вновь принятых нормативных правовых актов. Другими словами, первый этап характеризуется стремительным созданием законодательной базы, второй этап — пересмотром (ревизией) принятых нормативных правовых актов и снижением общего числа законов, утративших силу.

Динамика развития законодательства²⁹ КР за 1991–2011 гг., по данным Государственного реестра нормативных правовых актов КР³⁰, четко отражает вышеизложенные положения.

1991–2005 гг.

Общее число принятых законов		Общее число законов, утративших силу
1740 (100%)		408 (23,4%)
<i>число вновь принимаемых законов</i>	<i>число законов об изменениях и дополнениях</i>	
1132 (65,1%)	608 (34,9%)	

В период с 1991 г. по 2005 г. общее число вновь принятых законов почти в два раза превышает число законов об изменениях и дополнениях. Другими словами, осуществляется активная наработка правового массива.

2006–2011 гг.

Общее число принятых законов	Общее число законов, утративших силу
------------------------------	--------------------------------------

²⁸ См.: Рыбаков В.А. Преемственность в отечественном праве в переходный период: Дисс. ...д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 13.

²⁹ В узком смысле, т.е. как совокупность нормативных правовых актов законодательного органа. В рамках настоящей статьи рассмотрим лишь динамику развития законов КР.

³⁰ <http://www.minjust.gov.kg/index.php/ru/2009-08-17-09-35-23>

1327 (100%)		72 (5,9%)
число вновь принимаемых законов	число законов об изменениях и дополнениях	
477 (36%)	850 (64%)	

С 2006 г. по 2011 г. заметно увеличивается общее число законов об изменениях и дополнениях и уменьшается общее число законов, утративших силу.

Помимо этого, в условиях переходного периода системе законодательства свойственна нестабильность. На примере конституционного законодательства мы наблюдаем (начиная с 1993 г. и по настоящее время) многократное изменение Конституции КР³¹. Такая тенденция постепенно привела к правовому нигилизму граждан Кыргызстана.

Кроме того, за последние 20 лет многочисленные изменения и дополнения были внесены в уголовное, гражданское, административное, семейное, налоговое, трудовое и другие законодательства. В Кодекс КР об административной ответственности с 1998 г. по 2010 г. было внесено 73 поправки, в Уголовный кодекс КР с 1997 г. по 2010 г. — 62 поправки, в Гражданский кодекс КР (в I и II части) — 36, в Трудовой кодекс КР с 2004 г. по 2009 г. — 11, в Семейный кодекс КР с 2003 г. по 2009 г. — 6 поправок. На данном примере мы видим, что публично-правовые отрасли законодательства в большей степени подвержены изменениям и дополнениям, чем частноправовые.

Резюмируя вышеизложенное, необходимо отметить, что развитие системы законодательства КР тесно связано с политической трансформацией в целом. В условиях переходного периода было выявлено два этапа становления системы законодательства, наличие как положительных (виртуальная и материальная систематизация законодательства), так и отрицательных (нестабильность, противоречивость) тенденций. Третий этап видится в упорядочении нормативно-правового массива, дифференциации отраслей законодательства на базе научно обоснованных критериев. Однако о завершении переходного периода можно говорить лишь после законодательного закрепления окончания коренной трансформации государственного механизма³².

³¹ См.: Указ Президента КР от 21 сентября 1994 г. «О референдуме (всенародном голосовании) по внесению изменений и дополнений в Конституцию Кыргызской Республики»; законы КР «О внесении изменений и дополнений в Конституцию Кыргызской Республики» от 16 февраля 1996 г. № 1 и от 21 октября 1998 г. № 134; Закон КР от 24 декабря 2001 г. № 112 «О внесении изменений и дополнений в статью 5 Конституции Кыргызской Республики»; законы КР «О новой редакции Конституции Кыргызской Республики» от 18 февраля 2003 г. № 40, от 9 ноября 2006 г. № 180, от 15 января 2007 г. № 2 и от 23 октября 2007 г. № 157 // <http://www.minjust.gov.kg/minjust/files/docs/reestr/zak.doc>

³² См.: Рыбаков В.А. Преемственность в отечественном праве в переходный период: Дисс. ...д-ра юрид. наук. М., 2009. С. 26.

А.С. Касаткина

аспирантка кафедры
международного частного права
факультета права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»

Современные кодификации международного частного права в странах Юго- Восточной Азии (Китайская Народная Республика и Япония)¹

Настоящая статья посвящена комплексному анализу современных автономных кодификаций международного частного права в странах Юго-Восточной Азии. В рамках статьи проводится детальный анализ национально-правового регулирования законов о международном частном праве в Китае и Японии, анализ основных институтов международного частного права, подробно исследуются вопросы, касающиеся наследственного, брачно-семейного, деликтного, вещного и обязательственного права.

Ключевые слова: международное частное право, кодификация, унификация, Юго-Восточная Азия, Китай, Япония, автономия воли сторон, принцип наиболее тесной связи.

Современные государства, осуществившие с начала XXI столетия реформу в области международного частного права (далее — МЧП), в основном придерживаются способа автономной кодификации этой отрасли права². С 2000 по 2012 г. 15 государств произвели кодификацию МЧП, и в 11 из них приняты специальные законы о МЧП. Наличие эффективного кодификационного акта является одним из обязательных современных инструментов формирования и развития внешнеэкономического оборота, имеющего определяющее значение для экономики любого государства.

¹ В данной научной работе использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта «Кодификационные и унификационные процессы в международном частном праве», выполненного в рамках Программы «Научный фонд НИУ–ВШЭ» в 2012 году, грант № 12-05-0020.

² Автономная кодификация МЧП представляет собой принятие отдельного закона или кодекса по международному частному праву.

Автономные кодификации МЧП действуют в пяти странах Юго-Восточной Азии — в Китайской Народной республике (далее — Китай или КНР), в Южной Корее, в Японии, в Таиланде и на Тайване³. В XXI в. принципиальные изменения в свои автономные кодификационные акты о МЧП внесли южно-корейский и японский законодатели, в КНР и на Тайване практически одновременно было принято абсолютно новое регулирование. Южно-корейский закон представляет собой комплексную, полномасштабную кодификацию МЧП, включающую и нормы международного гражданского процесса (далее — МГП); китайский, японский и тайванский законы норм МГП не содержат.

Как ни странно, в отечественной доктрине МЧП автономные кодификации в странах Юго-Восточной Азии на сегодняшний день еще не получили должного освещения. Цель настоящей статьи — восполнить данный доктринальный пробел и предложить анализ современных кодификаций МЧП в странах Юго-Восточной Азии на примере Китая и Японии.

Закон КНР от 28 октября 2010 г. «О праве, применимом к гражданским правоотношениям с иностранным элементом». Секрет успехов современного Китая в различных областях общественной жизни заключается в эффективном сочетании нового и традиционного⁴. Данная тенденция к восприятию нового и сохранению старого отразилась непосредственно и на развитии МЧП Китая, роль которого как регулятора трансграничных отношений неуклонно возрастает.

Согласно ст. 18 Конституции КНР от 4 декабря 1982 г. (с изменениями от 14 марта 2004 г.)⁵ основной целью Китая на современном этапе его развития является «построение правового, демократического государства». Одним из ключевых элементов в достижении указанной цели является совершенствование гражданского законодательства, в том числе путем принятия специальных кодифицированных актов, отвечающих реальным запросам общества на этапе перехода Китая к рыночным отношениям. В современной отечественной доктрине термин «кодификация» многозначен, он употребляется, по меньшей мере, в трех разных значениях:

- для обозначения процесса работы по кодификации права;
- как название результата этих работ, т.е. как синоним слова «кодекс»;
- в качестве общей характеристики законопроектных работ, имеющих целью создание гражданского кодекса⁶.

³ Закон КНР «О праве, применимом к гражданским правоотношениям с иностранным элементом» 2010 г. // http://www.npc.gov.cn/huiyi/cwh/1117/2010-10/28/content_1602779.htm; Закон Японии «Об общих правилах применения Законов» 2006 г. // Журнал международного частного права. 2008. № 4 (62). С. 74—83; Закон о международном частном праве Южной Кореи 2001 г. // <http://www.docin.com/p-85218182.html>; Закон Китайской Республики на Тайване от 26 мая 2010 г. «О применении права к трансграничным гражданским делам» // <http://www.mpipriv.de/shared/data/pdf/ipr-gesetztaiwan2010.pdf>; Закон Таиланда «О конфликте законов» 1938 г. // Международное частное право: Иностранное законодательство / сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2000. С. 552—558.

⁴ См.: Ли Минян. Коллизионные проблемы в современном Китае: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 8, 12.

⁵ Constitution of the People's Republic of China of 1982 (with amendment of 14 March 2004) // URL: www.lawinfochina.com. Copyright Chinalawinfo Co., Ltd. Peking University Center for Legal Information.

⁶ См.: Маковский А.Л. О кодификации гражданского права. М., 2010. С.6.

Необходимо также отметить, что одним из основных инструментов, влияющим на развитие китайского МЧП, выступают Руководящие указания Верховного народного суда КНР (далее — ВНС КНР). Как отмечают китайские авторы, «обще-принятым является мнение, что судебное толкование имеет силу закона в пределах судебной системы Китая»⁷. Ответ на вопрос, на чем основано данное «обще-принятое мнение», содержится в ст. 6 Правил ВНС КНР о работе по судебному толкованию 2007 г.: «Правила ВНС КНР — это судебное толкование, направленное на формулирование норм, необходимых при разрешении споров и основанных на “духе закона”»⁸. В течение 30 дней со дня принятия Правил ВНС КНР обязан направить их на регистрацию в Постоянный совет Всекитайского Собрания Народных Представителей (далее — ВСНП) (ст. 26 Правил о судебном толковании). Целью регистрации является экспертиза Правил на предмет их соответствия действующему законодательству. Эта процедура легитимирует результаты правотворческой деятельности ВНС КНР и гарантирует их исполнимость. Правила вступают в силу со дня их принятия и являются основой для вынесения судебных решений (ст. 27 Правил о судебном толковании).

Первый проект Закона КНР «О праве, применимом к гражданским правоотношениям с иностранным элементом» (далее — Закон КНР 2010 г.) был опубликован в 2002 г. в качестве одного из разделов проекта Гражданского кодекса КНР, в который также были включены разделы о вещных правах (Закон КНР «О вещных правах» 2007 г.⁹) и об ответственности за нарушение прав (Закон КНР «Об ответственности за нарушение прав» 2009 г.¹⁰). Как указано в пояснительной записке к проекту закона, он был составлен по результатам исследования законодательства ряда стран (КНР, Германия, Швейцария, Япония), конвенций Гаагской конференции по МЧП, соглашений ЕС, а также рекомендаций Комитета ВСНП по внешним вопросам, ВНС КНР, Министерства иностранных дел КНР, Министерства коммерции КНР и специалистов в области МЧП. 28 октября 2010 г. Постоянный комитет ВСНП принял Закон КНР «О праве, применимом к гражданским правоотношениям с иностранным элементом» (Law of the Application of Law for Foreign-related Civil relations of People's Republic of China)¹¹.

⁷ *Chen Weizuo*. The Necessity of Codification of China's Private International Law and Arguments for a Statute on the Application of Laws as Legislative Model // URL: <http://www.asiansil-tokyo2009.com/pdf/A-4/CHEN%20Weizuo.pdf>.

⁸ См.: Provisions of the Supreme People's Court on the Judicial Interpretation Work // URL: <http://www.lawinfochina.com>.

⁹ Закон КНР от 16 марта 2007 г. «О вещных правах» // URL: http://cliinalawinfo.ru/civil_law/law_real_right.

¹⁰ Данный закон вступил в силу с 1 июля 2010 г. Он суммировал положения и принципы, которые были рассредоточены более чем по 40 различным законодательным актам и постановлениям (при этом некоторые из этих правил, постановлений, заключений и законов противоречили друг другу). Таким образом, вступление в силу Закона КНР «Об ответственности за нарушение прав» значительно облегчило определение ответственности за нарушение прав и может привести к общему совершенствованию нормативной правовой базы. Принятие Закона КНР «Об ответственности за нарушение прав» также является важным шагом в процессе разработки нового Гражданского кодекса КНР, принятие которого состоится в 2013 г. Перевод данного закона будет размещен на сайте «Законодательство Китая» (chinalawinfo.ru).

¹¹ URL: www.lawinfochina.com. Copyright — China law info Co., Ltd. Peking University Center for Legal Information.

При рассмотрении МЧП Китая следует также учитывать существование в составе страны таких особых территорий, как Гонконг и Макао, имеющих отличные от остальной страны правовые традиции. Принцип «одна страна — две системы» находит свое выражение, например, в том, что сделками международного характера в КНР являются коммерческие сделки между компаниями этих территорий и компаниями континентального Китая¹². Новый Закон КНР 2010 г. действует на территории последнего.

Закон КНР 2010 г. вступил в силу с 1 апреля 2011 г. Он состоит из 8 глав (общие положения, субъекты МЧП, брачно-семейные отношения, наследственные отношения, вещные права, обязательства, права интеллектуальной собственности, переходные положения), которые регламентируют и устанавливают основные правила определения применимого права в соответствующих случаях.

Общие положения. Глава I «Общие положения» включает в себя 10 статей. Согласно ст. 1 основной целью закона является, во-первых, определение применимого права к гражданско-правовым отношениям, выходящим за пределы одного государства, во-вторых, разрешение трансграничных гражданско-правовых споров. В Законе КНР 2010 г. особо подчеркивается, что одной из основных целей является защита законных прав и интересов сторон, что является несомненным достоинством и одной из отличительных черт этого акта среди других национальных кодификаций. Таким образом, сфера применения Закона КНР 2010 г. следующая: установление правовых норм, подлежащих применению к гражданским правоотношениям с иностранным элементом. Китайский законодатель исходит из узкого понимания предмета МЧП — это только гражданско-правовые отношения. Также следует отметить, что в Законе КНР 2010 г. использовано понятие «иностраннный элемент», но содержание данного понятия не раскрывается. Возможно, это сделано намеренно, для того чтобы иметь возможность трактовать как иностраннный элемент любую юридически значимую связь с иностранным правовым порядком.

Несомненным достоинством Закона КНР 2010 г. является закрепление в ст. 2 положения о принципе наиболее тесной связи, представляющего собой специальный принцип МЧП, который определяет основополагающие начала правового регулирования частных отношений, связанных с иностранным правовым порядком. Согласно ст. 2, «в случае отсутствия соглашения сторон и специального коллизионного регулирования в самом Законе или других нормативных актах правовое отношение будет подчиняться правовому порядку той страны, с которым оно наиболее тесно связано».

Особо отмечается, что если другими законами установлено иное, необходимо следовать положениям других законов. Вместе с тем Закон КНР 2010 г. имеет приоритет по отношению к ст. 146 и 147 Общих принципов гражданского права КНР¹³ (о законодательстве места совершения противоправного действия и законодательстве места заключения брака соответственно) и ст. 36 Закона КНР «О наследовании» (о законодательстве при наследовании имущества).

Как справедливо отмечает А.А. Рягузов, важной особенностью нового Закона КНР 2010 г. является «усиление защиты слабой стороны правоотношения, т.е. об-

¹² См.: Люй Цзин. Право, применимое к договорным обязательствам по российскому и китайскому международному частному праву: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 9.

¹³ http://chinalawinfo.ru/civil_law/general_principles_civil_law

ращение в определенных случаях к праву ее страны»¹⁴. Это проявляется в специфике коллизионного регулирования некоторых семейных, трудовых отношений, а также договорных и деликтных отношений с участием потребителей.

Статья 3 Закона КНР 2010 г. закрепляет принцип автономии воли, в соответствии с которым сторонам предоставляется право самим избрать применимое законодательство. Помимо договорных, в сферу действия принципа автономии воли включены также семейные, имущественные и деликтные отношения.

Проблема действия императивных норм китайского права при решении коллизионного вопроса в пользу применения иностранного права в китайском праве до принятия Закона КНР 2010 г. не регулировалась. В соответствии со ст. 4 закона, если в законах КНР существуют императивные (*mandatory*) положения, применимые к гражданским отношениям с иностранным элементом, такие положения должны быть применены. Однако закон не раскрывает понятия данных норм. По всей видимости, можно ожидать, что в ходе совершенствования судебной практики в области международного частного права ВНС КНР определит критерии таких норм.

На сегодняшний день законодательство КНР допускает применение на ее территории права иностранного государства. Однако в соответствии со ст. 150 Основных положений гражданского права КНР устанавливается ограничение данного применения. В частности, не подлежит применению право иностранного государства, если такое применение нарушает общественные интересы КНР. Понятие «общественные интересы» не конкретизировано, как и не конкретизировано понятие публичного порядка в законодательстве других государств. Следовательно, в каждом конкретном случае суд должен определять, причинит ли вред применение иностранного права на территории Китая его общественным интересам или нет¹⁵. По крайней мере, очевидно, что в соответствии с действующим правом КНР применение иностранного права, противоречащего праву КНР на территории КНР, автоматически не рассматривается как нарушение публичного порядка. Данные утверждения косвенным образом подтверждает и ст. 5 Закона КНР 2010 г., согласно которой «если применение иностранного права нанесет ущерб общественным публичным интересам Китайской Народной Республики, должно применяться право Китайской Народной Республики».

Статья 8 Закона КНР решает вопрос квалификации коллизионной нормы при помощи привязки к закону страны суда (*lex fori*), т.е. квалификация осуществляется по национальному праву того государства, чей правоприменительный орган рассматривает дело. Поскольку коллизионный вопрос решается на основе коллизионного права страны суда, то и квалификация должна производиться именно по этому закону. Основной недостаток квалификации по закону суда — игнорирование того, что правоотношение связано с территорией других государств и что коллизионный вопрос может быть решен в пользу выбора иностранного права. Квалификация по закону суда, как правило, имеет место в процессе первичной квалификации и является квалификацией коллизионных понятий страны суда. Она производится на

¹⁴ Рязузов А.А. Новый Закон КНР о международном частном праве // Международное публичное и частное право. 2011. № 5. С. 45.

¹⁵ Chinese judicial practice in private international law: 2006 // Chinese Journal of International law. 2009. 6 November // URL: [http://www.iolaw.org.cn/pdf/paper/2010/Chinese% 20Judicial% 20Practice% 20in% 20Privat20International% 20Law% 202006.pdf](http://www.iolaw.org.cn/pdf/paper/2010/Chinese%20Judicial%20Practice%20in%20Privat20International%20Law%202006.pdf).

стадии выбора права, когда еще неизвестно, в пользу какого правопорядка будет решен коллизионный вопрос.

Другой особенностью Закона КНР 2010 г. является то, что для применения иностранного права не требуется взаимности. В случае, когда подлежит применению право другой страны, суды (государственные и третейские) и административные органы обязаны устанавливать его содержание (ст. 10). Замещение иностранного права китайским допускается в том случае, если иностранное право не может быть установлено либо в нем отсутствуют необходимые положения.

Главным недостатком Закона КНР 2010 г. является полный отказ от использования дефиниций. Большая часть законодательных дефиниций в современных кодификациях МЧП размещается в разделе об общих положениях¹⁶. Нередко определение юридических понятий встречается и в последующих разделах, способствуя более точному выражению идеи законодателя по регулированию специальных правовых вопросов в рамках общего предмета нормативного правового акта¹⁷. К сожалению, данную тенденцию китайский законодатель в законе 2010 г. не отразил.

В доктрине вопрос о включении в текст нормативных правовых актов специальных дефиниций остается дискуссионным. В пользу определений высказывался еще в XIX в. английский юрист И. Бентам: «Если мы вынуждены прибегать к техническим терминам, то надо брать на себя труд определять их в самом тексте законов»¹⁸. Противники данной точки зрения говорят о банальности, спорности определений, об их способности «затормозить всякое развитие правовой мысли, жестко ограничить толкование правовых норм». По их мнению, определения — это удел доктрины, а законодателю не подобает этим заниматься¹⁹.

Закон КНР 2010 г. предусматривает коллизионное регулирование специальных институтов МЧП: 1) правовое положение субъектов международного частного права (физических и юридических лиц); 2) вещные права; 3) договорные и внедоговорные обязательства; 4) брачно-семейные отношения; 5) наследственные отношения.

Субъекты МЧП. Правоспособность и дееспособность физического лица китайский законодатель определил при помощи коллизионной привязки к закону domicilia (lex domicilii — закон места жительства). При невозможности установить постоянное место жительства применяется право страны проживания во время рассмотрения дела (ст. 11, 12, 20). Данный коллизионный принцип имеет территориальный характер, т.е. государство подчиняет своей юрисдикции всех лиц, находящихся на его территории, независимо от их гражданства.

¹⁶ См.: ст. 3, 4 Кодекса международного частного права Бельгии, ст. 1 Закона о международном частном праве Украины, ст. 1, 3, 4 Гаагской конвенции относительно соглашений об исключительном выборе суда (2005), ст. 3 Гаагской конвенции о международном взыскании алиментов и других форм семейного содержания (2007).

¹⁷ См.: ст. 15 Закона о международном частном праве Азербайджана, ст. 99, 100 Закона о международном частном праве Македонии, ст. 14 (3) Регламента «Рим I», ст. 12 Гаагской конвенции о праве, применимом к некоторым правам на ценные бумаги, находящимся во владении третьих лиц (2005).

¹⁸ Цит. по: Кабрияк Р. Кодификации / пер. с франц. Л.В. Головки. М., 2007. С. 341. См. также: Нольде А.Э. Происхождение части текста действующего Свода гражданских узаконений губерний прибалтийских. СПб., 1912. С. 4.

¹⁹ См.: Кабрияк Р. Указ. соч. С. 341–342; Пахман С.В. История кодификации гражданского права: в 2 т. СПб., 1876. Т. I. С. 71.

Правовой статус юридического лица определяется по закону основного места производственной деятельности (центра эксплуатации). Под центром эксплуатации юридического лица следует понимать место ведения его деятельности (ст. 14 Закона КНР 2010 г.). В тех случаях, когда место регистрации и место осуществления производственной деятельности не совпадают, приоритет для цели установления личного закона отдается той стране, на территории которой компания осуществляет производственную деятельность.

Согласно принципу автономии воли стороны заранее могут закрепить соответствующие положения о применимом праве в арбитражном соглашении. При отсутствии положений в соглашении о применимом праве должно применяться законодательство по месту проведения арбитража или по месту нахождения арбитражного суда (ст. 18).

Брачно-семейные отношения. Брачно-семейным отношениям посвящена гл. III Закона КНР 2010 г. (ст. 21–30), которая закрепила регулирование комплекса отношений личного неимущественного и имущественного характера, основанных на родственных связях. Согласно ст. 21 и 22 порядок заключения брака определяется правом страны общего места жительства супругов; в случае отсутствия общего места жительства применяется право страны их общего гражданства. В случае отсутствия у супругов и общего domiciliа, и общего гражданства порядок заключения брака регламентируется правом страны, где был заключен брак, но с оговоркой, что он заключается в стране проживания или гражданства одного из супругов. Таким образом, китайский законодатель предусмотрел коллизионное регулирование не всех иностранных браков, а только тех, которые заключается в стране проживания или гражданства одного из супругов.

Относительно консульских браков Закон КНР 2010 г. умалчивает, хотя доктрина китайского МЧП традиционно их признает. Консульские браки заключаются в консульствах или консульских отделах посольств между гражданами государства аккредитования, находящимися на территории данного иностранного государства. Консульские браки заключаются на основе консульских конвенций; к ним применяется законодательство государства аккредитования. В некоторых консульских конвенциях предусмотрено требование учитывать и право государства пребывания²⁰.

Расторжение брака регулируется правом, которое определяет общие последствия брака в момент возбуждения бракоразводного процесса. В принципе статут развода (расторжения брака) следует статуту общих последствий брака. Основными коллизионными привязками в Законе КНР 2010 г. являются общий личный закон супругов (ст. 26), закон места расторжения брака (ст. 26), закон страны суда (ст. 27).

Проблема выбора права, применимого к регулированию личных имущественных и неимущественных супружеских отношений, решается в Законе КНР 2010 г. при помощи цепочки коллизионных норм. В качестве генеральной коллизионной привязки выступает закон страны совместного проживания супругов; при его отсутствии — право страны общего гражданства (ст. 23, 24). К имущественным и неимущественным отношениям родителей и детей применяется право страны их совместного проживания. В случае отсутствия может быть применено право страны гражданства или обычного места жительства одного из участников данных право-

²⁰ См.: Xiao Yongping, Huo Zhengxin. Family Issues in China's Private International Law // Journal of Cambridge Studies. Vol. 4. № 4. December 2009. P. 58.

отношений, в зависимости от того, какое из них более благоприятно для слабой стороны.

Коллизионные вопросы усыновления (удочерения) в китайском законодательстве также разрешаются на основе цепочки коллизионных норм и регулируются нормами Закона КНР об усыновлении 1991 г. (в ред. 1998 г.)²¹ и Закона КНР от 2010 г. Основной коллизионной привязкой выступает личный закон усыновителя (гражданства) или усыновляемого. Прекращение усыновления регулируется правом страны проживания усыновленного (на момент усыновления) или правом страны суда (ст. 28).

Наследование. Правовой режим наследственного имущества определяется наследственным статутом: отношения по наследованию регулируются правом страны, где наследодатель имел последнее место жительства. В настоящее время наследственное право является почти единственной областью (кроме режима имущества супругов в семейном праве), где право на движимое имущество определяется личным законом. Причина такого регулирования — движимость может легко изменить свое место; например, вклады в банках могут путем банковского перевода перемещаться в другое полушарие²². Из этого правила есть исключения: наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где находится это имущество (ст. 31 закона).

Способность лица к составлению и отмене завещания, в том числе в отношении недвижимого имущества, а также форма такого завещания или акта его отмены определяются по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления завещания или акта, либо по праву страны, в которой завещание составлено. Отдельно из статута наследования выделены вопросы управления наследственной массой — они регламентируются правом страны, в которой имущество находится (ст. 32–35).

Анализ норм Закона КНР 2010 г. свидетельствует о влиянии на него Гаагской конвенции о коллизии законов, касающихся формы завещательных распоряжений от 5 октября 1961 г.²³ (далее — Гаагская конвенция 1961 г.), хотя Китай в ней не участвует. Согласно ст. 1 Гаагской конвенции 1961 г. форма завещательного распоряжения считается действительной, если она соответствует:

- праву места совершения акта;
- праву того государства, гражданином которого был завещатель в момент составления завещания или смерти;
- закону страны, в которой наследодатель проживал в момент составления завещания или смерти;
- праву страны, где наследодатель имел постоянное место жительства в момент составления завещания или смерти.

Вещные права. Унификация материально-правовых норм права собственности на международном уровне является практически невозможной. Основную роль в регулировании права собственности и других вещных прав, связанных с иностранным правовым порядком, играет коллизионное право. В КНР, помимо Общих положений

²¹ Текст закона см.: <http://www.chineselawyer.biz/ru/china-laws/27-adoption-law-of-the-peoples-republic-of-china.html>.

²² См.: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1940.

²³ См.: *Международное частное право: сб. документов.* М., 1997. С. 664–667.

ний гражданского права КНР и Закона КНР 2010 г., действует принятый в 2007 г. специальный Закон «О вещных правах» (в разных переводах его название звучит по-разному: Закон о праве собственности, Закон о защите права собственности). Общей коллизионной привязкой выступает место нахождения вещи. Право собственности на движимое и недвижимое имущество и другие вещные права регулируется законом страны, в которой находится имущество во время совершения сделки (ст. 36–37 Закона КНР 2010 г.).

По отношению к недвижимости данный принцип является господствующим. Закон места нахождения вещи определяет содержание права собственности на недвижимость, порядок и условия перехода вещных прав. Вещно-правовой статут решает вопросы классификации вещей, их деление на движимые и недвижимые, способность выступать в качестве объекта права собственности и других вещных прав, содержание права собственности и других вещных прав, порядок и способы их возникновения, перехода и прекращения, момент перехода права собственности. Если право собственности возникло по закону места нахождения вещи, оно сохраняется и признается при перемещении вещи через границу. Во всех правовых системах признается экстерриториальный характер вещных прав.

В законодательстве Китая дается определение вещных прав: «Под вещным правом в настоящем Законе понимается исключительное право правообладателя напрямую распоряжаться какой-либо собственностью; к вещным правам относятся право собственности, право узуфрукта и обеспечительное право» (абз. 2 ст. 2 Закона о вещных правах). Отрицательным моментом является то, что определен закрытый перечень вещных прав. При этом нужно отметить, что их всего три, включая право собственности. Можно предположить, что такая ситуация сложилась по причине отсутствия необходимости в разветвленной системе ограниченных вещных прав в рамках социалистического хозяйствования.

В Законе КНР 2010 г. появилось специальное регулирование отдельных видов вещных прав. Статья 40 Закона регулирует залоговые отношения («к залогоу применяется закон страны, в которой это право возникло»); ст. 39 — права на ценные бумаги («к ценным бумагам применяются законы той страны, где права из них будут реализованы, или права страны, с которой такие бумаги наиболее тесно связаны»)²⁴.

Глава VII (ст. 48–50) Закона КНР 2010 г. посвящена регулированию права интеллектуальной собственности. Основной коллизионной нормой выступает право страны, в которой испрашивается охрана. Предложенная формулировка порождает проблему толкования понятия «страна, в которой испрашивается охрана» (*lex loci protectionis*). Данный термин может относиться и к государству, суд которого рассматривает дело, и к государству, в котором правообладатель желает получить защиту, и к государству, на территории которого были нарушены авторские права. Нормы Закона КНР 2010 г. не определяют юрисдикцию, не указывают, что страна, предоставляющая охрану, — это страна, на территории которой «испрашивается» защита.

²⁴ Следует также отметить, что сохраняет свою силу гл. V Закона о ценных бумагах КНР 1995 г., воспроизводящая ряд коллизионных положений Женевской конвенции о разрешении коллизий законов о векселях и чеках (1930).

Обязательства. В Китае коллизионные нормы, используемые для выбора права, применимого к договорным обязательствам, закреплены в законах, а также в руководящей судебной практике ВНС КНР. Ключевым источником коллизионно-правового регулирования договорных обязательств являются Правила 2007 г. Указанный акт ВНС КНР заменил собой Пояснения ВНС по некоторым вопросам применения Закона о внешнеторговом договоре 1987 г.²⁵, в котором содержались коллизионные нормы, направленные на регулирование договорных обязательств.

Общей генеральной коллизионной привязкой договорных обязательств в Законе КНР 2010 г. является автономия воли сторон, представляющая собой самую гибкую формулу прикрепления, применение которой в максимальной степени соответствует общему принципу свободы договора. Соглашение сторон о применимом праве направлено на определение законодательства, применимого к договору. Заключение соглашения о применимом праве не обязанность, а право сторон. Такое соглашение нельзя считать существенным условием договора. Его нельзя расценивать и как необходимое условие договора, связанного с иностранным порядком (ст. 142 Основ гражданского права КНР 1986 г., ст. 126 Закона КНР о договорах 1999 г., ст. 3–5 Правил 2007 г., ст. 41 Закона КНР 2010 г.).

При отсутствии соглашения сторон применимое право устанавливается судом на основании соответствующих коллизионных норм. Современное коллизионное регулирование договорных отношений основано на принципе наиболее тесной связи²⁶, который закреплен и в международных соглашениях, и в национальном законодательстве: «Договор подчиняется праву того государства, с которым он наруживает наиболее тесные связи» (ст. 41 Закона КНР 2010 г.). Закон КНР 2010 г. не содержит концепции характерного исполнения.

В отсутствие выбора права сторонами трудового договора применяется специальный коллизионный принцип, в соответствии с которым компетентным будет право страны основной деятельности работодателя (ст. 43). Таким образом, к трудовым отношениям применяется коллизионная привязка «закон места работы» (*lex loci laboris*).

К договорам с участием потребителей применяется право страны постоянного проживания потребителя (ст. 42). Закон КНР 2010 г. особо подчеркивает, что в случае, «если потребитель сам выбрал его, или если продавец (исполнитель) не осуществляет в стране проживания потребителя какой-либо деятельности», то к сделкам с участием потребителей может быть применен «закон места исполнения обязательства» (*lex loci solutionis*). Китайский законодатель ограничил применение права страны потребителя теми случаями, когда продавец или исполнитель имеет какую-либо связь с данным порядком. Необходимо особо подчеркнуть чрезвычайно редкое использование коллизионной привязки *lex loci solutionis* в современных автономных кодификациях МЧП.

Что касается определения применимого права к внедоговорным обязательствам, то на сегодняшний день в законодательстве большинства государств, в том

²⁵ См.: Response of Supreme People's Court to Certain Questions Concerning the Application of the Foreign Economic Contract Law // URL: <http://www.lawinfochina.com>.

²⁶ См.: Wang Hui. A Review of China's Private International Law During the 30-year Period of Reform and Opening-Up // Working Paper Series № 002. Asian Law Institute, 2009. P. 3 // URL: <http://www.law.nus.edu.sg/asli/pdf/WPS002.pdf>.

числе и в Китае, закреплён коллизионный принцип «закон места причинения вреда» (*lex loci delicti commissi*) (ст. 44).

До конца 1980-х годов ни судебная практика, ни законодательство не предусматривали возможности автономии воли сторон по обязательствам из причинения вреда. Современный подход основан на иной позиции: любое обязательственное отношение, в том числе обязательство внедоговорного характера, предполагает право сторон на выбор применимого законодательства. Некоторые государства, в том числе и Китай, закрепили право сторон самостоятельно избрать применимое право: «...после возникновения спора стороны могут избрать право, которое будет применяться к деликтным обязательствам» (ст. 44).

В вопросах выбора права по деликтным отношениям в судебной практике сформировались презумпции «общего гражданства» и «общего domicili». Они закреплены во многих современных кодификациях МЧП, в том числе и в Законе КНР 2010 г.: «Права и обязанности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, если стороны имеют место жительства или местонахождение в одном государстве, определяются правом этого государства» (ст. 44).

Анализ норм Закона КНР 2010 г. свидетельствует, что китайский законодатель пошел по пути частичной автономной кодификации МЧП: в одном законодательном акте содержатся положения, касающиеся коллизионного регулирования гражданско-правовых отношений с иностранным элементом, вопросов наследственного, семейного права, трудовых отношений. Несомненным достоинством Закона КНР 2010 г. является усиление защиты слабой стороны, более гибкий подход при решении вопроса личного закона иностранных организаций, а также возведение принципа тесной связи в общий принцип для всего коллизионного права КНР. Установлено коллизионное регулирование брачно-семейных, наследственных, трудовых отношений, вещных прав, договорных и внедоговорных обязательств. Вопросы МГП исключены из сферы действия Закона КНР 2010 г. Это можно считать недостатком китайского закона. С начала 80-х годов в мире обозначилась устойчивая тенденция принимать комплексные автономные законы о МЧП/МГП. Объединение этих вопросов в одном законодательном акте справедливо считается более удобным и грамотным.

Закон Японии «Об общих правилах применения законов» от 1898 г. № 10 (в редакции от 21 июня 2006 г.) (далее — Закон Японии 2006 г.). Основным источником коллизионного права в Японии до принятия новой редакции Закона Японии 2006 г. был Закон «Об общих правилах применения законов» от 1898 г. № 10²⁷. Первоначальный проект закона был принят еще в 1890 г. вместе с Гражданским кодексом Японии, но в силу так и не вступил. Образцом для Закона 1898 г. во многом послужил Вводный закон к Германскому гражданскому уложению²⁸. В Закон 1898 г. неоднократно вносились изменения. Наиболее существенные из них, относящиеся к брачным и семейным отношениям, были введены Законом от 28 июня 1989 г. (вступил в силу с 1 января

²⁷ См.: Рамзайцев Д.Ф. Основные нормы международного частного права, применяемые в отдельных капиталистических странах // Сборник информационных материалов. Вып. 17. М., 1965. С. 15–17.

²⁸ См.: Гражданское уложение Германии = Deutsches Buergerliches Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz: ввод. закон к Гражд. уложению; пер. с нем. / [В. Бергманн, введ., сост.]. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2008.

1990 г.). Принятие этой редакции было обусловлено ратификацией Японией Конвенции ООН 1979 г. о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин²⁹. Для того чтобы оценить данные изменения, следует учитывать, что первоначально Закон 1898 г. безусловно отдавал предпочтение личному закону мужа.

Закон 1898 г. является одним из старейших коллизионных актов в азиатском регионе. Он оказал влияние на коллизионное регулирование других стран, например на развитие коллизионного права Южной Кореи. Японский закон достаточно подробен, хотя основное внимание уделяется только вопросам личного статуса и семейным отношениям. Специфической чертой закона является расположение норм об общих институтах коллизионного права в заключительных положениях этого акта.

Необходимо также отметить, что Япония ратифицировала шесть Гаагских конвенций (в частности, Гаагскую конвенцию о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей, от 24 октября 1956 г.³⁰, Конвенцию 1973 г. о праве, применимом к алиментным обязательствам³¹, Конвенцию 1961 г. о коллизии законов, касающихся формы завещательных распоряжений³²). Наследственное право, как и брачно-семейное, — это основная область возникновения «хромяющих отношений». В доктрине отмечается, что самыми эффективными способами уменьшения числа таких отношений выступают гармонизация национального коллизионного права и унификация коллизионных норм. Между тем универсальных межгосударственных соглашений в сфере международного наследственного права принято немного.

В общем и целом Закон Японии 2006 г. воспринял структуру и содержание Закона 1898 г., но установил более детальное и современное регулирование. Особое внимание уделяется вопросам международного семейного права и обязательствам договорного и внедоговорного характера. В редакции Закона Японии 2006 г. без изменений оставлены ст. 2 (вступление закона в силу), ст. 3 (обычное право), ст. 13 (вещные права), ст. 17 (гражданское правонарушение), ст. 24–32 (коллизионное регулирование брачно-семейных отношений), ст. 36–37 (коллизионное регулирование наследования), 38–43 (дополнительные правила). Закон 2006 г. состоит из трех глав (общие правила, общие правила для законов, общие правила о применимом праве).

Глава I («Общие правила») содержит в себе всего лишь статью 1, определяющую основную цель закона: «Данный закон предусматривает общие правила для применения законов». Эта норма является новой по сравнению с ранее действовавшей редакцией. Гл. II («Общие правила для законов») состоит из двух норм (ст. 2–3), которые полностью повторяют положения Закона 1898 г. Ст. 2 Закона Японии 2006 г. закрепляет, что закон вступает в силу по истечении 20 дней после дня его официального опубликования, за исключением случаев, когда законодатель предусмотре

²⁹ Конвенция ООН 1979 г. о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин // http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/cedaw.shtml.

³⁰ См.: Гаагская конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей, от 24 октября 1956 г. // Международные акты о правах человека: сб. документов / сост. В.А. Карташкин, Е.А. Лукашева. М., 2002. С. 203–216.

³¹ См.: Гаагская конвенция о праве применимом к алиментным обязательствам от 2 октября 1973 г. // <http://www.zonazakona.ru/law/abro/282/>.

³² См.: Международное частное право: сб. документов. М., 1997. С. 664–667.

иное время для введения его в действие. Ст. 3 прямо провозглашает обычай самостоятельным источником японского МЧП, т.е. одним из оснований определения права, применимого к гражданско-правовым отношениям, связанным с иностранным правопорядком: «Обычаи, которые не противоречат публичному порядку или добрым нравам, имеют такую же силу, как и закон, постольку, поскольку они признаются положениями законов и распоряжений или относятся к вопросам, которые не предусматриваются законами или распоряжениями».

Глава III («Общие правила о применимом праве») включает в себя семь разделов: физические лица, обязательства договорного характера, права *in rem* и другие вещные права, обязательства внедоговорного характера, брачно-семейные отношения, наследование, дополнительные правила. Принципиальной особенностью структуры Закона Японии 2006 г. по сравнению с другими современными автономными кодификациями МЧП является расположение общих институтов коллизионного права в конце закона — в разд. VII гл. III (ст. 38–43). Целесообразно, однако, начать свой анализ именно с этих положений, поскольку они закрепляют регулирование основных институтов МЧП.

Общие положения. Ст. 41 Закона Японии 2006 г. предусматривает возможность применения только обратной отсылки (т.е. отсылки к японскому праву). Данное законодательное решение обусловлено практической целесообразностью. На сегодняшний день многие государства применяют институт отсылок в ограниченном объеме, чаще всего признавая только обратную отсылку и отказываясь от отсылки к праву третьего государства. Причина данного подхода — практическая целесообразность: обратная отсылка позволяет суду на законном основании применять свое собственное право, что упрощает процесс разрешения спора. Обратная отсылка по существу представляет собой легальную возможность отказаться от применения иностранного права. Отсылка к праву третьего государства, наоборот, усложняет процесс выбора соответствующего правопорядка.

Что касается оговорки о публичном порядке (*orde public*), то японский законодатель в ст. 42 закрепил негативный вариант оговорки, согласно которому «норма иностранного права, подлежащая применению, не применяется в исключительных случаях, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка Японии». Таким образом, применение иностранного права на территории Японии может быть ограничено с помощью оговорки о публичном порядке. Отказ от применения иностранного права возможен лишь в исключительных случаях, когда такое применение может привести к последствиям, явно противоречащим основам правопорядка (публичному порядку) Японии. Основы правопорядка (публичный порядок) — это основные начала, принципы японского законодательства. Само по себе различие норм японского и иностранного права не может служить основанием для отказа в применении иностранного права. Отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан только на отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы Японии. Если в результате применения оговорки о публичном порядке иностранное право не подлежит применению, то пробел в регулировании восполняет японское право.

За рамками японского Закона остались вопросы коллизионной взаимности, вопрос об обходе закона и квалификации правовых понятий, не предусмотрено регу-

лирование сверхимперативных норм. Это достаточно сложные проблемы (особенно касающиеся вопросов обхода закона и конфликта квалификаций) и отсутствие их правового регулирования, безусловно, представляет собой большой пробел в кодификации МЧП. Данный пробел «рецепирован» из Закона 1898 г. По какой-то причине японский законодатель не считал необходимым установить решение этих проблем в новой редакции закона. Необходимо отметить также, что главным недостатком Закона Японии 2006 г. является отказ от закрепления критерия наиболее тесной связи как общего принципа МЧП.

Субъекты МЧП. Согласно п. 1 ст. 4 Закона Японии 2006 г. личный закон физического лица понимается как закон гражданства (*lex patriae*), т.е. правовой статус лица определяется законодательством того государства, чье гражданство это лицо имеет. В п. 2 ст. 4 особо подчеркивается, что если физическое лицо, которое совершило юридическое действие, является полностью дееспособным согласно закону места совершения действия (*lex loci actus*), то такое лицо считается имеющим полную правоспособность, если во время совершения юридического действия все стороны находились в месте действия того же права. Данный коллизионный принцип имеет территориальный характер: государство стремится распространить действие своего права на всех лиц, находящихся на его территории, независимо от их гражданства. Таким образом, п. 2 ст. 4 закрепляет субсидиарную привязку для определения личного закона — право места совершения действия.

Положение о возможности признания лица полностью дееспособным по закону места совершения действия не применяется к юридическим действиям, входящим в сферу брачно-семейных или наследственных отношений, или к юридическим действиям, относящимся к недвижимостям, находящимся за границей (п. 3 ст. 4). В этих отношениях безраздельно господствует закон страны гражданства.

Пункт 1 ст. 38 Закона Японии 2006 г. предусматривает специальное правило для определения личного закона бипатридов³³ — это право страны его постоянного места жительства; в случае отсутствия такой страны законом гражданства лица является закон государства, с которым лицо имеет наиболее тесную связь. Привязка к закону наиболее тесной связи полностью соответствует современным тенденциям национального и международного регулирования личного статуса лиц с множественным гражданством. Согласно п. 2 ст. 38 апатриды (лица без гражданства) подчиняются юрисдикции того государства, на территории которого они имеют постоянное место жительства. По своему правовому положению апатриды приравнены к иностранным гражданам, но при этом данные лица не пользуются защитой и покровительством какого-либо государства.

В соответствии с п. 3 ст. 38, если лицо имеет гражданство в государстве, где в регионах действуют различные законы, то законом гражданства лица является закон, определяемый правилами такого государства (или закон региона), с которым лицо наиболее тесно связано в случае отсутствия таких правил. Таким образом, японский законодатель закрепил специальное регулирование интерперсональных коллизий,

³³ **Бипатриды** — лица с двойным или множественным гражданством — относятся к «промежуточной категории» лиц. Термин «множественное гражданство» является более точным, но поскольку на практике в основном распространено двойное гражданство, то чаще используется термин «двойное гражданство». Более подробно см.: *Гетьман-Павлова И.В.* Международное частное право: учеб. М., 2011. С. 160.

что представляет собой достаточно редкое явление среди современных автономных кодификаций МЧП. Внимание именно к разрешению интерперсональных коллизий в принципе свойственно законодательствам стран Азии и Африки. При этом японский законодатель обошел своим вниманием проблему интерлокальных коллизий. Представляется, что для их разрешения по аналогии должен использоваться п. 3 ст. 38 Закона.

Согласно ст. 6 Закона Японии 2006 г. суд может объявить лицо пропавшим без вести по японскому праву в случаях:

- если лицо имело место жительства в Японии или являлось гражданином Японии в то время, когда такое лицо было в последний раз признано живым;
- в отношении собственности, которое лицо имело в Японии, и только по правоотношениям лица, регулируемым японским правом или иначе связанным с Японией в зависимости от их природы, постоянного места жительства или гражданства заинтересованных лиц, или других обстоятельств.

Отличительной особенностью Закона Японии 2006 г. является отсутствие отдельной статьи, закрепляющей личный закон юридического лица. Проанализировав ст. 8 Закона 2006 г., можно прийти к выводу, что под местом нахождения юридического лица подразумевают место ведения основной хозяйственной деятельности, т.е. японский законодатель использовал теорию «эффективного места деятельности». Данный критерий оптимален для определения национальной принадлежности оффшорных компаний.

Обязательства договорного характера. Обязательствам договорного характера посвящен разд. II гл. III Закона 2006 г. Общая генеральная коллизионная привязка договорных обязательств в японском МЧП — автономия воли сторон (ст. 7). Автономия воли сторон затрагивает, прежде всего, обязательственный статут отношения. Объем обязательственного статута — это сфера действия права, применимого к договору. Как правило, обязательственный статут включает следующие вопросы (перечень открытый): толкование договора; права и обязанности его сторон; исполнение договора; последствия его неисполнения или ненадлежащего исполнения; прекращение договора; последствия его недействительности.

В отсутствие выбора права сторонами современное коллизионное регулирование договорных отношений основано на принципе наиболее тесной связи, который закреплен и в международных соглашениях, и в национальном законодательстве: «Договор подчиняется праву того государства, с которым он обнаруживает наиболее тесные связи» (п. 1 ст. 8 Закона Японии 2006 г.). В качестве основного критерия для установления наиболее тесной связи японский законодатель воспринял концепцию «характерного исполнения» (*characteristic performance*). Применяется общая презумпция: договор наиболее тесно связан с тем правопорядком, на территории которого сторона, осуществляющая характерное исполнение, имеет свое обычное место жительства (для физических лиц) (п. 2 ст. 8), или с правопорядком по месту нахождения недвижимости (п. 3 ст. 8).

Специальные частные презумпции предусмотрены только для потребительских и трудовых договоров, нормы которых являются абсолютно новыми по сравнению с Законом 1898 г.

Коллизионные правила для потребительских договоров содержатся в ст. 11 Закона Японии 2006 г. Согласно п. 1 ст. 11 потребительский договор — это договор,

заключенный между потребителем и продавцом. В случае если стороны договора выбрали или изменили применимое право в соответствии со ст. 7 и 9 или если потребитель сообщает продавцу, что он намерен руководствоваться нормами права своего обычного места пребывания, то это право подлежит применению и при решении вопросов заключения и последствий договора. Таким образом, в качестве генеральной коллизионной привязки для потребительских договоров выступает право обычного места пребывания потребителя (п. 2 ст. 11).

Что касается права, применяемого к заключению договора, то (даже если стороны выбрали право иное, чем право места обычного пребывания потребителя), если потребитель сообщит продавцу, что он намерен руководствоваться нормами права своего обычного места пребывания в части требований, предъявляемых к заключению договора, — данные нормы подлежат применению (п. 3 ст. 11). Если стороны в качестве применимого права в части заключения договора выбрали право места обычного пребывания потребителя, а потребитель сообщит продавцу, что он намерен руководствоваться нормами права своего обычного места пребывания только в части требований, предъявляемых к заключению договора, то данные нормы также подлежат обязательному применению (п. 4 ст. 11). Эти положения не применяются к потребительским договорам в следующих случаях (п. 6 ст. 11):

- когда право, действующее в месте осуществления предпринимательской деятельности, связанной с заключением потребительского договора, отличается от права места обычного пребывания потребителя, а потребитель специально прибывает туда, где действует то же право, что и в месте осуществления предпринимательской деятельности. Однако данное правило не распространяется на случаи, когда потребитель прибывает туда, где действует то же право, что и в месте осуществления предпринимательской деятельности, по приглашению продавца;
- когда право, действующее в месте осуществления предпринимательской деятельности, связанной с заключением потребительского договора, отличается от права места обычного пребывания потребителя, а потребитель получил или ему следует получить исполнение всех обязательств по договору там, где действует то же право, что и в месте осуществления предпринимательской деятельности. Данное правило не распространяется на случаи, когда потребитель прибывает туда, где действует то же право, что и в месте осуществления предпринимательской деятельности, чтобы получить исполнение по договору, по приглашению продавца;
- когда продавец во время заключения контракта не знал и не мог знать места обычного пребывания потребителя;
- когда продавец во время заключения контракта не знал и не мог знать, что заключает договор с потребителем, а не с обычным контрагентом.

Специальные правила для трудовых договоров содержатся в ст. 12 Закона Японии 2011 г. Общей генеральной привязкой трудовых договоров выступает закон места работы (*lex loci laboris*). Если стороны договора выбрали или изменили применимое право в соответствии со ст. 7 и 9 или если работник сообщит работодателю, что он намерен руководствоваться нормами права, наиболее тесно связанного с трудовым договором, то это право подлежит применению и при решении вопросов заключения и последствий трудового договора (п. 1 ст. 12).

Презюмируется, что трудовой договор наиболее тесно связан с правом того места, где должна осуществляться трудовая деятельность по договору (т.е. право ме-

ста осуществления предпринимательской деятельности, в которой занят работник, когда сама работа не выполняется в определенном месте (п. 2 ст. 12)). Если стороны не выбрали применимое право в соответствии со ст. 7, презюмируется, что правом, наиболее тесно связанным с трудовым договором, при решении вопросов заключения и последствий данного договора является право места, где трудовая деятельность должна осуществляться в соответствии с договором.

Коллизионные нормы о форме сделки содержатся в ст. 10 Закона Японии 2006 г. Эти нормы отличаются императивным характером и особой структурой. Они предполагают кумуляцию коллизионной привязки (форма сделки подчиняется праву места ее совершения, но в случае его расхождения с местным правом достаточно соблюдения требований местного права).

Наследование. Гл. VI Закона Японии 2006 г. (ст. 36–37) посвящена регулированию вопроса наследования. Данная глава полностью повторяет положения Закона 1898 г., поэтому использование коллизионных привязок, закрепленных в ст. 36 и 37, представляет собой довольно редкое явление, не характерное для современных автономных кодификаций МЧП.

Наследственное право Японии придерживается концепции наследования как универсального правопреемства. «Наследственный статут» правоотношения (статут наследования) — это определяемое на основании коллизионной нормы право, подлежащее применению ко всей совокупности наследственных отношений, связанных с иностранным правопорядком. Согласно ст. 36 «наследование регулируется правом страны гражданства наследодателя». Такая привязка, рецепированная из Закона 1898 г., в настоящее время представляется анахронизмом.

Одна из специальных проблем в области наследования — проблема завещательной дееспособности. Ее сложность связана с ее двойственностью: завещательная дееспособность — одно из проявлений дееспособности физического лица (входит в содержание его личного статута), которая в то же время относится только к сфере наследственных отношений. Общей коллизионной привязкой является личный закон наследодателя, понимаемый в соответствии со ст. 37 как закон страны гражданства наследодателя: «Совершение и последствия завещания регулируются законом гражданства завещателя, действующим на момент совершения завещания; отмена завещания регулируется законом гражданства завещателя, действующим на момент отмены». Данная норма в том числе нацелена и на разрешение мобильного конфликта — изменение гражданства во времени. Подобное регулирование также является практически уникальным для современных автономных кодификаций МЧП.

Вещное право. Гл. III Закона Японии 2006 г. состоит всего лишь из одной статьи 13, которая посвящена регулированию вещных прав. Данный раздел полностью повторяет положения Закона 1898 г. Общей коллизионной привязкой выступает место нахождения вещи: «Право собственности на движимое и недвижимое имущество и другие вещные права регулируется законом страны, в которой находится имущество» (п. 1 ст. 13). Приобретение или утрата вещных прав регулируется правом места нахождения вещи (п. 2 ст. 13).

Национальное законодательство Японии решает проблему перехода риска, используя принцип римского права: риск переходит на покупателя в момент совершения контракта независимо от того, переходит ли в этот момент на покупателя право собственности на проданный товар (*periculum est emptoris*).

Обязательства внедоговорного характера. Гл. IV (ст. 14–23) Закона Японии 2006 г. посвящена регулированию обязательств внедоговорного характера и в основном включает новые нормы по сравнению с Законом 1898 г. (за исключением ст. 17). Основной коллизионной привязкой в Законе 2006 г. является закон места наступления вреда (*lex loci damni*). Однако если проявление результатов в таком месте обычно было непредвиденным, то они регулируются правом места совершения действия, причинившего ущерб (*lex loci delicti commissi*) (ст. 17).

Установление генеральной привязки к закону места наступления вреда является оптимальным решением и демонстрирует влияние современного европейского подхода. Привязка к закону места причинения вреда содержит скрытую коллизию: что считать местом причинения ущерба — место совершения вредоносного действия или место проявления вредоносных последствий? Страны англо-американской правовой системы под местом причинения вреда традиционно понимали место совершения вредоносного действия, а страны континентальной правовой системы права — место проявления вредоносных последствий. Такое же регулирование воспринято и в общем праве Европейского союза — в Регламенте Европейского парламента и Совета 2007 г. о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам, от 11 июля 2007 г. («Рим II»)³⁴.

В большинстве государств предусмотрено дифференцированное коллизионное регулирование различных обязательств внедоговорного характера. Закон Японии 2006 г. также закрепляет нормы о праве, применимом к случаям возложения ответственности за ущерб, причиненный вследствие неосновательного обогащения (ст. 14), к ответственности за продукцию (ст. 18), и специальные правила в отношении клеветы (ст. 19).

Составление и последствия подачи иска, касающегося действия в чужом интересе без поручения или неосновательного обогащения, регулируются правом того места, где произошли события, послужившие основанием для подачи иска (ст. 14). Составление и последствия подачи иска, касающегося действия в чужом интересе без поручения или неосновательного обогащения, регулируются правом того места, с которым они имеют наиболее тесную связь с учетом следующих обстоятельств (ст. 15):

- место обычного пребывания сторон во время возникновения событий, послуживших основанием для подачи иска;
- место возникновения обязательств, вытекающих из действия в чужом интересе без поручения или неосновательного обогащения;
- существовавший между сторонами договор.

Стороны могут изменить (выбрать другое) право, применимое к обязательствам, возникшим из действия в чужом интересе без поручения и неосновательного обогащения. Однако изменение применимого права сторонами не должно быть направлено против третьей стороны, каким-либо образом ущемлять ее права (ст. 16).

Составление и последствия подачи иска, основанного на причинении вреда жизни, телу или имуществу других лиц, обусловленного недостатками полученного продукта, против производителя (лица, которое производит, обрабатывает, импортирует, экспортирует, распространяет или продает продукт в ходе торговли) или

³⁴ <http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/vnedogovornoe.htm>.

лица, которое представляет лиц, являющихся производителями продукта (именуемые далее — «производитель или подобное ему лицо»), регулируется правом места, где пострадавшее лицо получило продукт. Однако если невозможно предсказать место доставки продукта, должно применяться право основного места осуществления предпринимательской деятельности производителя или подобных ему лиц. Если указанного места не существует, то применяется право места обычного пребывания производителя или подобного ему лица (ст. 18).

Составление и последствия иска, основанного на клевете, регулируются правом места обычного пребывания пострадавшей стороны (т.е. правом основного места осуществления предпринимательской деятельности, когда пострадавшей стороной является юридическое лицо или иное лицо, наделенное правами юридического лица) (ст. 19).

В Законе 2006 г. особо подчеркивается, что составление и последствия подачи иска, основанного на гражданском правонарушении, должны регулироваться правом, наиболее тесно с ним связанным, с учетом (ст. 20):

- находились ли стороны под действием одного и того же права в месте их обычного пребывания в момент совершения гражданского правонарушения;
- являлось ли гражданское правонарушение результатом несоблюдения положений заключенного между сторонами договора.

Стороны могут изменить (выбрать другое) право, применимое к составлению и последствиям иска, основанного на совершенном гражданском правонарушении. Однако изменение применимого права сторонами не должно быть направлено против третьей стороны, каким-либо образом ущемлять ее права (ст. 21). Уступка требования и последствия уступки требования должника или других третьих лиц регулируются правом, которое применяется к самому требованию (ст. 23), т.е. используется коллизионный принцип закона существа отношения (*lex causae*).

Несомненным достоинством Закона Японии 2006 г. является наличие нормы, предусматривающей регулирование ограничений, касающихся гражданских правонарушений, обусловленных государственной политикой. Согласно ст. 22, если в соответствии с применимым иностранным правом имеет место гражданское правонарушение, но оно не является таковым по японскому праву, то убытки по нему не могут быть взысканы. Даже если гражданское правонарушение признается таковым и по применимому иностранному праву, и по японскому праву, пострадавшее лицо не может требовать предоставления ему таких средств правовой защиты (включая взыскание убытков), которые не признаются японским правом.

Брачно-семейные отношения. Попытки унификации коллизионного регулирования брачно-семейных отношений предпринимаются с начала XX в. По вопросам семейного права был разработан целый комплекс Гаагских конвенций, в ряде которых участвует и Япония. Брачно-семейные отношения регулирует гл. V (ст. 24–35) Закона Японии 2006 г. Практически все нормы, за исключением ст. 33 и 35, являются идентичными положениям Закона Японии 1898 г.

Условия заключения брака определяются в отношении каждой из сторон правом ее страны гражданства. Форма заключения брака подчиняется закону места его совершения (ст. 24).

Коллизионные вопросы расторжения брака японский законодатель включает в общий статут «прекращения брака». Если право страны гражданства обеих сторон

брака является одним и тем же, то последствия брака регулирует это право. Если право страны гражданства не является одним и тем же, но стороны брака имеют общее место обычного пребывания, то последствия брака регулируются правом этого места. Если ни одно из этих условий не применимо, то последствия брака регулируются правом места, с которым стороны наиболее тесно связаны (ст. 25). Положения ст. 25 с необходимыми изменениями применяются и к разводу. Однако развод регулируется японским правом, когда одна из сторон брака является японским лицом и имеет место обычного пребывания в Японии (ст. 27).

Право, применимое к «личным неимущественным и имущественным правам и обязанностям супругов», определяется посредством альтернативных коллизионных норм. Положения ст. 25 применяются с необходимыми изменениями к режиму брачного имущества. Муж и жена вправе определить в письменном виде, датированном и подписанном ими обоими, что режим брачного имущества определяется либо законом страны гражданства любой из сторон; либо законом обычного места пребывания любой из сторон; либо законом места нахождения недвижимости, к которой относится режим брачного имущества. Регулирование осуществляется по избранному закону, но выбор имеет силу только на будущее (ст. 26). Японский законодатель предусмотрел возможность автономии воли сторон к брачному договору, но ограничил выбор права сторонами привязкой к определенным правовым порядкам.

Коллизионное регулирование правового положения детей основано на применении закона гражданства ребенка, если ребенок и его мать или отец имеют одно и то же гражданство, а во всех других случаях — законом обычного места жительства ребенка (ст. 32). Ребенок считается законнорожденным, если в момент рождения он является законнорожденным по праву страны гражданства одного из супругов. Если муж умер до рождения ребенка, правом страны гражданства такого мужа считается право страны его гражданства на момент смерти (ст. 28).

Правовой статус внебрачных детей определяется посредством применения сложных соподчиненных альтернативных коллизионных норм. (ст. 29). Установление родства между отцом и ребенком, который является незаконнорожденным, регулируется правом страны гражданства отца на момент рождения ребенка. Установление родства между матерью и ребенком, который является незаконнорожденным, регулируется правом страны гражданства матери на момент рождения ребенка. При установлении отношений между родителем и ребенком посредством признания, если право страны гражданства ребенка на момент признания требует одобрения или согласия со стороны ребенка или третьего лица как условия признания, такое требование должно быть выполнено (п. 1 ст. 29).

Что касается признания ребенка, то в дополнение к праву, упомянутому в п. 1 ст. 29, регулирование может производиться по праву страны гражданства лица, осуществляющего признание, или по праву страны гражданства ребенка (п. 2 ст. 29).

Если отец умер до рождения ребенка, правом страны гражданства такого отца считается право страны его гражданства на момент смерти. Если лицо, осуществляющее признание, умерло до признания, правом страны гражданства считается право страны его гражданства на момент смерти (п. 3 ст. 29).

Согласно ст. 30 «узаконение» ребенка, рожденного вне брака, путем последующего брака его родителей проводится согласно статуту общих последствий брака,

т.е. либо по праву общего гражданства супругов, либо по праву их общего обычного места пребывания. В случае разного гражданства родителей альтернативной привязкой является закон гражданства одного из них.

Коллизионные вопросы усыновления (удочерения) в японском законодательстве разрешаются на основе цепочки коллизионных норм. Основной коллизионной привязкой выступает право страны гражданства приемных родителей на момент усыновления (удочерения). Если право страны гражданства ребенка требует одобрения или согласия со стороны ребенка или третьего лица либо разрешения или иного решения органа власти как условия усыновления (удочерения), такое требование должно быть выполнено (ст. 31). Прекращение отношений между ребенком и его родственниками по крови со стороны его изначальной семьи, а также прекращение отношений по усыновлению (удочерению) регулируются правом страны гражданства приемных родителей на момент усыновления (удочерения).

Нормы, касающиеся вопросов опеки и попечительства, содержатся в ст. 5 и 35 Закона Японии 2006 г. Данные нормы являются новыми по сравнению с ранее действовавшей редакцией Закона. Основная коллизионная привязка по вопросам опеки и попечительства — право страны гражданства подопечного (п. 1 ст. 35). Если опекуном выступает иностранный гражданин, судебное решение о назначении опеки или попечительства регулируется правом Японии при наличии одного из условий:

- когда не имеется лица для принятия на себя функций опекуна, даже если согласно праву страны гражданства такого иностранца существует основание для установления опеки и подобных ей процедур;
- опека и подобные ей процедуры устанавливаются над иностранцем, находящимся в Японии.

Закон Японии 2006 г. особо подчеркивает, что суд может установить опеку или попечительство в соответствии с японским правом, когда лицо, в отношении которого вводятся указанные процедуры, имеет место жительства или место постоянного пребывания в Японии или является японским гражданином (ст. 5).

Таким образом, Закон Японии 2006 г. в значительной степени воспроизводит положения Закона 1898 г., но одновременно значительно модернизирует коллизионное регулирование. Новеллы в основном касаются вопросов обязательственного права. Японский законодательный акт является достаточно подробным и в то же время компактным по структуре и содержанию. Особое внимание уделяется вопросам международного семейного права, обязательствам договорного и внедоговорного характера, в частности установлено подробное коллизионное регулирование потребительских договоров. Основным недостатком Закона Японии 2006 г. является общий подход к его структурированию, прежде всего расположение «общих институтов» МЧП в конце закона. Нормы, касающиеся МГП, в Законе Японии 2006 г. отсутствуют. Нетрудно заметить, что решения японского законодателя очень близки подходам, отраженным в законодательстве Германии.

Заключение

Предпринятый анализ позволяет сделать следующие выводы: на сегодняшний день прослеживается тенденция рекодификации МЧП, представляющая собой за-

мену новыми законами однотипных кодификационных актов автономного характера. В ходе рекодификации осуществляется реставрация национального МЧП с учетом последних требований международного гражданского оборота. В странах Юго-Восточной Азии именно сейчас происходит реформирование законодательства, в том числе и коллизионного права. Законопроектная работа ведется не только с учетом собственных традиций, но и с широким обращением к иностранному опыту, в частности к кодификации законодательства в Германии, Швейцарии, Италии.

Основная функция кодификации, на что многократно указывалось в зарубежной доктрине, проявляется в преодолении «законодательной инфляции», кризиса права путем привнесения правовой определенности в регулирование развивающихся правоотношений³⁵. Особое значение современных кодификаций МЧП в странах Юго-Восточной Азии видится в более точном формулировании норм и институтов МЧП с использованием системного подхода. Содержательное богатство современных кодификаций МЧП требует переосмысления таких институтов данной отрасли, как автономия воли сторон, принцип наиболее тесной связи, обратная отсылка, обход закона, и ряда других институтов МЧП.

³⁵ См.: Cowan Robin. The economics of codification and the diffusion of knowledge // <http://www.cgl.uwaterloo.ca/~racowan/Codification.html>.

Л.М. Белкин

старший научный сотрудник,
директор консультационной
фирмы «Аналитик» (Украина),
кандидат технических наук

Гарантии свободы творчества и границы их ограничения в решениях Европейского суда по правам человека

В статье рассматривается прецедентная практика Европейского суда по правам человека при решении споров относительно ограничений свободы творчества. Сделана попытка вывести обобщенные принципы и подходы суда к решению этих вопросов. Показано, что в демократическом обществе презумпция свободы творчества должна признаваться абсолютной, ограничения возможны относительно отдельных тем, касающихся детей, подростков, национальных меньшинств и верующих, с обоснованием необходимости таких ограничений.

Ключевые слова: права человека, свобода слова, свобода творчества, Конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г., Европейский суд по правам человека, публичный интерес, защита интересов детей и чувств верующих, границы допустимости ограничений.

Приоритет прав и свобод человека является неоспоримым принципом демократического общества. Это в полной мере касается и свободы творчества. Как указывал известный немецкий философ и социолог Ю. Хабермас, права человека — условие конституирования демократии; если вы заявляете, что являетесь демократическим обществом, то у вас должно быть гарантировано соблюдение прав человека. Если этого нет, тогда характеристика своего общества как демократического есть самообман¹.

Все современные государства, считающие себя демократическими, в той или иной мере конституционно закрепляют право на свободу творчества. Так, согласно ч. 1 ст. 44 Конституции Российской Федерации, каждому гарантируется свобода

¹ См.: *Habermas J.* Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy. Cambridge, 1996. Цит. по: *Бусова Н.А.* Проблема легитимации правового порядка // URL:<http://www.in1.com.ua/book/10109/4777/>.

литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания. В ч. 1 ст. 54 Конституции Украины указывается, что гражданам гарантируется свобода литературного, художественного, научного и технического творчества, защита интеллектуальной собственности, их авторских прав, моральных и материальных интересов, возникающих в связи с различными видами интеллектуальной деятельности. Согласно ч. 1 ст. 5 Конституции Германии каждый имеет право свободно выражать и распространять свое мнение устно, письменно и посредством изображений и беспрепятственно черпать знания из общедоступных источников. Свобода печати и информации посредством радио и кино гарантируется. Цензуры не существует². На основании ч. 2 ст. 54 Конституции Болгарии свобода художественного, научного и технического творчества признается и гарантируется законом³.

Вместе с тем очевидно, что пользование правами в обществе не может быть безграничным, поскольку общество — это не механическая совокупность индивидов, а их отношения, возникающие в процессе материального и духовного производства⁴. Например, во Франции Декларация прав человека и гражданина от 26 августа 1798 г. в качестве неотчуждаемых и священных прав человека указывала свободу взглядов, мысли, слова и прессы, которые защищаются «угрозой ответственности за злоупотребления этой свободой». В § 100 действующей Конституции Норвегии указывается: «Должна предоставляться свобода печати. Никто не может быть подвергнут наказанию за какое-либо произведение, которое он отдал в печать или опубликовал, вне зависимости от содержания, если только он сознательно или открыто не проявляет неповиновения законам, презрения к религии, к нравственности или к конституционным властям и сопротивления их приказаниям, не подстрекает к этому других, не возводит на кого-либо ложных и позорящих обвинений»⁵. Следовательно, всегда возникает проблема установления границ свободы с одной стороны и допустимости ее ограничений — с другой.

Подходы к выяснению пределов указанных ограничений формируют Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г. и Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (далее — **Конвенция**). Согласно ч. 2 ст. 19 пакта каждый человек имеет право на свободное выражение своего мнения; это право включает свободу искать, получать и распространять всякого рода информацию и идеи, независимо от государственных границ, устно, письменно или посредством печати или художественных форм выражения, или иными способами по своему выбору. Вместе с тем согласно ч. 3 ст. 19 пакта пользование предусмотренными в п. 2 ст. 19 правами налагает особые обязанности и особую ответственность. Оно может быть, следовательно, сопряжено с некоторыми ограничениями, которые должны быть установлены законом и являться необходимыми: а) для уважения прав и репутации других лиц; б) для охраны государственной безопасности, общественного порядка, здоровья или нравственности населения.

² См.: Конституции зарубежных государств: учеб. пособие / сост. проф. В.В. Маклаков. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Волтерс Клувер, 2003.

³ См.: Там же.

⁴ См.: URL: <http://www.readbookz.com/book/159/4555.html>.

⁵ См.: Конституции зарубежных государств...

Согласно ч. 1 ст. 10 Конвенции каждый имеет право свободно выражать свое мнение. Это право включает свободу придерживаться своего мнения и свободу получать и распространять информацию и идеи без какого-либо вмешательства со стороны публичных властей и независимо от государственных границ. Настоящая статья не препятствует государствам осуществлять лицензирование радиовещательных, телевизионных или кинематографических предприятий. Но, согласно ч. 2 ст. 10 Конвенции, осуществление этих свобод, налагающее обязанности и ответственность, может быть сопряжено с определенными формальностями, условиями, ограничениями или санкциями, которые предусмотрены законом и необходимы в демократическом обществе в интересах национальной безопасности, территориальной целостности или общественного порядка, в целях предотвращения беспорядков и преступлений, для охраны здоровья и нравственности, защиты репутации или прав других лиц, предотвращения разглашения информации, полученной конфиденциально, или обеспечения авторитета и беспристрастности правосудия.

Таким образом, взаимосвязь свободы творчества и ее ограничений состоит в том, что приоритет свободы творчества, безусловно, признается в демократическом обществе. Ограничения возможны исключительно при условии их надлежащего обоснования инициатором таких ограничений, должны основываться исключительно на законе и соответствовать потребностям демократического общества. Ориентиром в соблюдении этих принципов является, в частности, Конвенция (прежде всего для государств, ее ратифицировавших), а также решения Европейского суда по правам человека (далее – ЕСПЧ) как официальное толкование Конвенции (согласно ч. 1 ст. 32 Конвенции, в ведении суда находятся все вопросы, касающиеся толкования и применения положений Конвенции и протоколов к ней).

Целью данной статьи являются анализ и обобщение правовых позиций ЕСПЧ относительно гарантий свободы творчества и пределов их ограничения. Анализируя позицию ЕСПЧ при разрешении конкретных дел, можно обобщенно сформулировать ряд подходов, используемых ЕСПЧ при разрешении споров по поводу свободы творчества (самовыражения)⁶.

При рассмотрении решений ЕСПЧ как источников толкования Конвенции проблемным является вопрос: целесообразен ли учет всего массива решений ЕСПЧ или необходимо принимать во внимание только решения, касающиеся конкретной страны? По этому поводу следует отметить, что решения ЕСПЧ являются по своей сути прецедентными. ЕСПЧ считает себя связанным своими предыдущими решениями. Как указывает проф. В.А. Туманов, при решении конкретного дела суд, как правило, ссылается на свои предыдущие решения по этой или близкой категории дел, как и на решения по сопутствующим вопросам, которые возникали в процессе рассмотрения этого дела⁷. При этом в качестве прецедента берутся решения по всему массиву рассмотренных дел, независимо от того, относительно какой страны рассматривается конкретное дело. Объективность обобщения правовых позиций обеспечивается именно широтой охвата анализируемых дел.

⁶ Некоторые принципы относительно этих подходов рассматривались автором в печати, напр.: *Белкін Л.М.* Свобода творчості в рішеннях Європейського суду з прав людини: Головні принципи та проблема обмеження // Юридическая газета. 2011. № 7(272). С. 16–17.

⁷ См.: *Туманов В.А.* Европейский суд по правам человека. Очерк организации и деятельности. М.: Норма, 2001.

Необходимо отметить, что свое время на Украине был издан фундаментальный труд С. Шевчука⁸, в котором сделаны важные обобщения прецедентной практики ЕСПЧ, используемые, в том числе, и автором данной статьи. Однако от момента издания этой книги ЕСПЧ приняты новые решения, которые позволяют углубить представления по обсуждаемому вопросу. Рассмотрим принципы, используемые ЕСПЧ при рассмотрении споров относительно ограничений в свободе творчества.

1. Запреты, направленные на ограничение демократических основ общества, являются заведомо неприемлемыми для демократической правовой традиции. В Решении от 27 февраля 2001 г. в деле *Jerusalem v. Austria* ЕСПЧ отметил: «Тест необходимости в демократическом обществе требует от Суда определить, соответствует ли оспариваемое вмешательство “настоятельной общественной потребности”, является ли оно пропорциональным правомерной цели, которая преследуется, и являются ли основания, на которые ссылаются национальные власти, соответствующими и достаточными».

Как указано в подп. «а» п. 41 Решения ЕСПЧ от 10 августа 2006 г. по делу «Ляшко против Украины», свобода выражения мнения имеет исключения, которые, однако, должны четко толковаться, и необходимость в таких ограничениях должна быть убедительно установлена.

В Решении от 8 июля 2008 г. по делу «*Vajnai v. Hungary*» ЕСПЧ также указал, что ст. 10 Конвенции устанавливает узкие рамки возможностей применения ограничений на политические речи или публичные дебаты. Более того, когда право на свободу слова реализуется в виде политической речи, применение ограничений оправдано лишь тогда, когда для этого есть четкая, неотложная и определенная социальная потребность.

2. Ограничения должны основываться исключительно на законе. В деле *Gsell v. Switzerland* ЕСПЧ рассмотрел жалобу на то, что в пути следования на «Общественное око в Давосе» (мероприятие, организованное антиглобалистскими организациями) полиция задержала автобус на въезде и проверила у пассажиров удостоверения личности. Несмотря на то что заявитель показал полиции свое удостоверение журналиста, ему не позволили попасть в Давос на том основании, что он мог принять участие в несанкционированной демонстрации и возможных беспорядках. В Решении от 8 октября 2009 г. по этому делу ЕСПЧ указал, что законодательство Швейцарии не имеет четких правовых оснований, чтобы помешать заявителю попасть на форум. Кроме того, согласно швейцарской судебной практике полицейские ограничения не могут применяться органами власти в предполагаемых и повторяющихся (типовых) случаях, а правомерны только в «чрезвычайных ситуациях», чтобы предотвратить «очевидную и реальную угрозу». Более того, меры по ограничению свободы собраний должны применяться только к лицам, инициирующим беспорядки, что отнюдь не касалось истца. Итак, компетентные органы не имели полномочий прибегать к применению полицейского оговора, чтобы не позволить заявителю попасть на форум. Следовательно, вмешательство в свободу выражения мнения не было предусмотрено законом, а потому нарушало ст. 10 Конвенции.

⁸ См.: Шевчук С. Судовий захист прав людини: Практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції. Київ: Реферат, 2006.

В Решении от 17 июня 2008 г. по делу «Meltex LTD and Mesrop Movsesyan v. Armenia» ЕСПЧ отметил, что хотя право государств на лицензирование телерадиовещания предусмотрено ст. 10 Конвенции, а также законодательством Армении, это законодательство не обязывало Национальную телерадиовещательную комиссию обосновывать свои решения относительно выдачи лицензии. Так, комиссия просто объявляла компанию-победителя без предоставления каких-либо объяснений относительно преимуществ предложения этой компании над предложениями других компаний; комиссия не сообщала мотивы своих решений даже несмотря на то, что собиралась на заседания во время проведения конкурса. Поэтому компания-заявитель, как и широкая общественность, не могла знать об основаниях, на которых комиссия реализовывала свою свободу усмотрения при принятии решения об отказе в предоставлении лицензии. Отсутствие законодательного обоснования отказов является вмешательством в свободу заявителя распространять информацию и идеи, что нарушает ст. 10 Конвенции.

В Решении от 17 июля 2001 г. по делу Association of Ekin v. France ЕСПЧ обратил внимание на то, что запрет издания, распространения или продажи во Франции книги «Война Эускади» (которая была издана во многих европейских странах и посвящена историческим, культурным, лингвистическим и социополитическим аспектам баской проблемы) основывался на законодательстве, которое не содержало перечня случаев, когда можно применять такой запрет. Существующий судебный контроль со стороны национальных судебных органов за наложением административных запретов также не создавал достаточных гарантий от злоупотребления властью со стороны соответствующих должностных лиц. Содержание оспариваемой книги не является столь угрожающим для общественной безопасности или порядка, чтобы оправдать запрет ее распространения. Кроме того, ЕСПЧ еще раз подчеркнул, что применение административного запрета по данному делу не обуславливалось острой необходимостью, а также не было пропорциональным цели, которая преследовалась. Поэтому ЕСПЧ пришел к выводу, что вмешательство в свободу выражения заявителя не было необходимым в демократическом обществе, следовательно, имеет место нарушение ст. 10 Конвенции.

3. Должны обеспечиваться широкие возможности для обсуждения и критики субъектов властных полномочий. В п. 41 Решения от 29 марта 2005 г. по делу «Украинская Пресс-Группа против Украины» ЕСПЧ отмечает, что предел допустимой критики в отношении политика, который выступает в своем публичном качестве, является более широким, чем предел допустимой критики в отношении частного лица. Публичный политик неизбежно и сознательно открывает каждое свое слово и поступок для тщательного внимания журналистов и всего общества и поэтому должен проявлять большую терпимость.

В п. 41 Решения по упомянутому делу «Ляшко против Украины» ЕСПЧ вновь подчеркивает, что свобода политической дискуссии находится в самом сердце построения демократического общества, насквозь пронизывает Конвенцию. Допустимость критики, соответственно, шире, когда речь идет о политике, чем когда речь идет о рядовом гражданине. В отличие от последнего, каждое слово и действие первого неизбежно и сознательно становятся объектом тщательного изучения со стороны журналистов и общественности, и, следовательно, он должен проявлять высокую степень толерантности. Допустимость критики в определенных обстоятельствах мо-

жет быть более широкой, когда речь идет о государственном служащем, который выполняет свои полномочия, чем когда речь идет о физических лицах.

Следует при этом отметить, что к освещению жизни частных лиц ЕСПЧ подходит гораздо строже. Так, в Решении от 16 апреля 2009 г. по делу «Egeland and Hanseid v. Norway» ЕСПЧ обратил внимание на то, что публикация фотографий женщины, осужденной за убийства, составляла грубое вмешательство в ее частную жизнь, а цель запрета опубликования соответствующих фотографий преобладала над общественным интересом к этому делу. То есть в данном случае ЕСПЧ пришел к выводу, что важнее было защитить право частного лица, не являющегося субъектом властных полномочий, на невмешательство в его личную жизнь, чем удовлетворять общественный интерес к личным проблемам данного частного лица.

4. Приоритет публичных интересов. Эта тема также находит свое отражение в упомянутых решениях. Так, в п. 41 Решения по делу «Украинская Пресс-Группа против Украины» ЕСПЧ отмечает, что согласно п. 2 ст. 10 Конвенции сфера для ограничения политических высказываний или дебатов по вопросам, представляющим общий интерес, очень мала. В п. 56 Решения по делу «Ляшко против Украины» ЕСПЧ указывает, что все четыре журналистские статьи были изложены в чрезвычайно жестких терминах. Однако, учитывая тот факт, что они были написаны по вопросам серьезного общественного интереса и касались публичных лиц и политиков, суд считает, что примененная терминология не может считаться избыточной.

В Решении по делу «Kucuk v. Turkey» ЕСПЧ признал, что запрет и конфискация книги «Интервью в саду курдов» и уголовное наказание ее автора нарушили право общественности получать альтернативную информацию и отслеживать ситуацию на юго-востоке Турции. Кроме того, ЕСПЧ еще раз подчеркнул, что цель запрета должна быть оправданной в демократическом обществе. Суд считает, что, учитывая интересы общественной безопасности и общественного порядка, содержание книги не вызывало необходимость столь жесткого вмешательства в свободу выражения, которое имело место в отношении заявителя. Осуждение заявителя и конфискация тиража книги не обусловлены насущной социальной потребностью и не были пропорциональными законной цели, которая преследовалась. Таким образом, вмешательство в свободу выражения заявителя не было необходимым в демократическом обществе и имело место нарушение ст. 10 Конвенции.

В Решении по делу «Thorgerisson v. Iceland» ЕСПЧ отметил, что заявитель в своих произведениях коснулся вопроса жестокости полиции в своей стране, а эта тематика имеет общественное значение. Юридическая ответственность за распространение такой информации может помешать свободному обсуждению вопросов, представляющих общественный интерес.

5. Обязанность государства доказывать законность и целесообразность ограничений. Поскольку ограничение свободы в демократическом обществе, в том числе и свободы творчества, должно быть обосновано, обосновывать такие ограничения должно государство. Подобный подход проходит через все решения ЕСПЧ. Украинский исследователь В.М. Подгородинский⁹ отмечает позицию ЕСПЧ, согласно которой обязанность доказывания необходимости любых вмешательств и ограни-

⁹ См.: Підгородинський В.М. Значення для кримінального права України рішень Європейського суду з прав людини з питань честі і гідності людини (щодо прав ЗМІ) // Юридичний вісник. 2009. № 3. С. 53–58 // URL: http://www.nbuv.gov.ua/portal/soc_gum/Yurv/2009_3.pdf.

чений в осуществлении права на свободу высказываний возлагается на государство. Отсутствие соответствующих доказательств означает отсутствие пропорциональности (соразмерности) государственных мер, направленных на ограничение свободы самовыражения. Если государство (национальный суд) не предоставит доказательств пропорциональности (соразмерности) вмешательства, т.е. доказательств обоснованности признания определенных действий правонарушением, то такое признание будет незаконным, а соответствующее деяние (например, распространение публикации) должно рассматриваться как законное.

Вместе с тем ЕСПЧ определился со случаями, когда ограничение свободы творчества (свободы самовыражения) может быть оправдано. Например, по делу *Wingrove v. the United Kingdom* ЕСПЧ не нашел нарушения принципа свободы творчества в факте ограничения показа спорной киноленты, поскольку вмешательство государства в данном случае имело легитимную цель (защита прав других, особенно права на свободу вероисповедания) и было необходимым в демократическом обществе. ЕСПЧ пришел к выводу, что эротические фантазии главной героини спорной киноленты, определенной в титрах как Св. Тереза Авильская (известная монахиня XVI в.), наносят оскорбление религиозным чувствам христиан, учитывая способ, которым это «сугубо эротическое произведение» показывает фигуру Христа.

К аналогичному выводу ЕСПЧ пришел и по другому делу — *Otto-Preminger-Institut v. Austria*. Это дело касалось запрета на распространение фильма, в котором искажалась доктрина римско-католической церкви. ЕСПЧ, в частности, указал, что в контексте религиозных убеждений и вероисповедания на художника можно правомерно возложить обязанность избегать, по возможности, выражения взглядов, которые являются безосновательно оскорбительными для других и, таким образом, нарушают их права.

В деле *Handyside v. the United Kingdom* ЕСПЧ отметил, что целесообразность ограничения на издание для детей книги «Маленький красный учебник» зависит от аудитории, для которой прежде всего было предназначено это издание, — детей и подростков в возрасте от 12 до 18 лет. ЕСПЧ определил, что при определенных обстоятельствах «Учебник» может иметь пагубное влияние на нравственность многих детей и подростков, которые его будут читать. В связи с этим ЕСПЧ не установил нарушений свободы творчества в факте ограничений на издание этого учебника.

Как правило, ЕСПЧ считает соответствующие ограничения свободы творчества правомерными, если они направлены на предотвращение оскорблений чувств национальных меньшинств или верующих; на защиту наиболее уязвимых категорий аудитории — детей и юношества; если существует опасность, что такие категории могут получить доступ к информации, материалам, идеям и/или взглядам, которые могут повредить их нравственному развитию.

Этот же подход прямо закрепляется в некоторых европейских конституциях. Так, например, согласно ч. 2 ст. 5 Конституции Германии границы прав на свободу слова, печати и информации указываются предписаниями общих законов, законодательных положений об охране молодежи и правом на честь личности. Следует признать, что такая конституционная детализация вопросов, на освещение которых могут быть наложены ограничения, является полезной, поскольку ограничивает стремление власти ограничить все, что только возможно.

Таким образом, произведенный анализ и обобщение позволяют прийти к выводам.

1. Ключевым принципом оправдания правомерности ограничений прав и свобод, в том числе свободы творчества, является необходимость таких ограничений именно в демократическом обществе. При этом, безусловно, признается приоритет прав. Например, ограничения на митинги могут вводиться только в «чрезвычайных ситуациях», чтобы предотвратить «очевидную и реальную угрозу», а не тогда, когда это просто неудобно властям (на то и существует полиция, чтобы обеспечивать безопасность граждан в типовых ситуациях, не ущемляя при этом их прав).

2. Бремя доказывания необходимости ограничений свободы самовыражения возлагается на их инициатора, в первую очередь — на государство. Такие ограничения должны основываться исключительно на законе и соответствовать потребностям демократического общества.

3. Практически не признаются ограничения на критику органов власти и/или их должностных лиц, а также политических деятелей, поскольку их деятельность всегда представляет публичный интерес. Не может ограничиваться обсуждение общественно значимых тем, например злоупотребления силовых структур.

4. ЕСПЧ считает ограничение свободы творчества правомерным в очень узком круге случаев: если они направлены на предотвращение оскорблений чувств национальных меньшинств или верующих; на защиту наиболее уязвимых категорий аудитории — детей и юношества; если существует опасность, что такие категории могут получить доступ к информации, материалам, идеям и взглядам, которые могут повредить их нравственному развитию; в случаях защиты частной жизни от неоправданного вмешательства, если пострадавшие не осуществляют публичных функций.

А.Н. Козырин

Профессор, заведующий
кафедрой финансового права
факультета права Национального
исследовательского университета
«Высшая школа экономики»,
доктор юридических наук

Преподавание финансового права в магистратуре¹

В статье рассмотрены особенности преподавания финансового права и дискуссии о предмете финансового права. На примере магистерской программы «Финансовое, налоговое и таможенное право», открытой в Национальном исследовательском университете «Высшей школе экономики», показаны новые реалии, которые следует учитывать при формировании концепции преподавания финансового права в магистратуре, а также содержание магистерских программ финансово-правовой направленности.

Ключевые слова: Финансовое право, предмет финансового права, преподавание финансового права, магистратура

Вопросы, связанные с преподаванием финансового права в магистратуре, возникают и множатся как в связи с объективными сложностями перехода российского юридического образования на двухуровневую систему образования, так и из-за проблем, с которыми сталкивается само финансовое право и которые связаны с участвовавшими в последнее время попытками пересмотреть его предмет и место в системе юридической науки.

Об особенностях преподавания финансового права в магистратуре в связи с переходом российского высшего образования на двухуровневую систему уже появились первые публикации². Однако все они носят характер предварительных рекомендаций, поскольку до сих пор нечеткими остаются контуры самой магистратуры, воссоздаваемой в России после 90-летнего перерыва. Магистратура, как второй, высший уровень университетского образования, на сегодняшний день

¹ В основу данной статьи положены тезисы доклада, сделанного автором в декабре 2011 года в Финансовом университете при Правительстве РФ на научно-методологическом семинаре «Проблемы методики преподавания юридических дисциплин по программам магистратуры».

² В частности: Козырин А.Н. Переход на двухуровневое высшее образование и изучение финансового права в высших учебных заведениях // Финансовое право. 2009. № 8. С. 2–8; Он же. Экономическая компонента публичного права: концепция магистерской программы «Финансовое, налоговое и таможенное право» в Высшей школе экономики // Реформы и право. 2010. № 1. С. 64–73.

законодательно восстановлена. Однако остается открытым вопрос, какое место она будет занимать в единой системе российского образования. В частности, не до конца понятно, станет ли обучение в магистратуре периодом получения первой ученой степени (и в этом случае акцент неизбежно смещается в сторону научно-исследовательской составляющей магистерской программы) или магистратура будет рассматриваться как завершающий этап высшего образования, когда студент, получивший диплом бакалавра, выбирает специализацию в соответствующей области знаний. В последнем случае акцент смещается в сторону освоения учебных планов, изучения предусмотренных в этих планах учебных дисциплин.

В условиях дифференциации статуса высших учебных заведений под вопросом оказывается сама схема, в соответствии с которой магистратура «следует» за бакалавриатом и открывается всюду, где существует бакалавриат. Проводимое ныне ранжирование вузов, прежде всего по критерию вовлеченности в научно-исследовательский процесс, может привести к тому, что право открывать магистерские программы сохранится только за теми университетами, которые смогли подтвердить свой высокий исследовательский потенциал (МГУ, СПбГУ, национальные исследовательские и федеральные университеты и т.д.).

Наконец, вопрос о «судьбе» магистратуры зависит от итогов реформирования послевузовского высшего образования. Отвечая на вопрос, что представляет собой современная российская магистратура, нельзя абстрагироваться от ее взаимосвязей с послевузовским профессиональным образованием, от современного облика аспирантуры. В этом направлении возникает ряд проблем, требующих скорейшего разрешения, важнейшей из которых является соотношение магистерской и кандидатской степеней.

Таким образом, на поставленный в подзаголовке вопрос о том, что собой представляет современная магистратура, точный и исчерпывающий ответ получить сегодня едва ли удастся. Ответить на него можно будет после окончательного завершения всех начатых преобразований в российском высшем образовании³.

Новые реалии, которые необходимо учитывать при формировании концепции преподавания финансового права в магистратуре

Несмотря на незавершенность организационно-правовых процессов перехода на двухуровневую систему высшего образования, магистратура в России «работает» уже с 1990-х годов. Юридическое образование одним из последних завершило формальный переход на систему «4+2», но уже сейчас магистерские программы открыты практически на всех крупных юридических факультетах. Растет и число магистратур финансово-правовой направленности, а вместе с этим актуальным становится обсуждение концепции преподавания финансового права на втором уровне высшего образования.

³ Надеемся, что эти ответы найдут свое отражение в новом Законе об образовании, который должен прийти на смену действующему Закону Российской Федерации «Об образовании» от 10 июля 1992 г. Проекты нового Закона об образовании размещены на сайте Минобрнауки России: <http://mon.gov.ru/dok/proj/7786>.

При ее формировании важно учесть ряд вновь появившихся обстоятельств. Во-первых, на окончательный вид современной магистерской программы по финансовому праву не могут не влиять стандарты бакалавриата «третьего поколения»⁴. Новые государственные образовательные стандарты предусматривают изучение бакалаврами на юридических факультетах в качестве обязательных дисциплин двух курсов финансово-правового блока — финансового и налогового права⁵. До этого налоговое право включалось в учебные планы в качестве вузовского компонента и не было обязательным университетским курсом. В ряде вузов на юридических факультетах «налоговая компонента» включалась составной частью в общий курс «Финансовое право».

Очевидно, что сейчас одна из первоочередных задач, которую предстоит решить в связи с этим, состоит в определении предмета (границ) курса «Финансовое право» при условии, что параллельно с ним читается курс «Налоговое право». Решение этой задачи — не из легких, поскольку в настоящее время налоговое право по-прежнему включается в программу по финансовому праву в качестве одного из его основных разделов.

Еще одна проблема, с которой неизбежно столкнутся разработчики магистерской программы по финансовому праву, связана со стандартами магистратуры «третьего поколения»⁶. Дело в том, что новые стандарты, включив в основную образовательную программу в качестве обязательных дисциплин курсы по философии права, истории правовых учений, истории и методологии юридической науки, сравнительному правоведению и др., фактически закрывают доступ в магистратуру для лиц, не имеющих диплома бакалавра (специалиста) юриспруденции⁷. При этом возможность смены образовательной траектории в магистратуре традиционно рассматривается как одно из преимуществ двухуровневой системы высшего образования, активно используемое на Западе.

Справедливости ради следует заметить, что в отношении ряда отраслей юридической науки⁸ принцип смены образовательной траектории в магистратуре едва

⁴ Приказ Минобрнауки России от 4 мая 2010 года № 464 «Об утверждении и введении в действие федерального государственного образовательного стандарта высшего профессионального образования по направлению подготовки 030900 Юриспруденция (квалификация (степень) «бакалавр»)» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2010. № 26.

⁵ Следует отметить, что ряд университетов (например, МГУ, СПбГУ, национальные исследовательские университеты) наделяются в соответствии с законодательством об образовании правом разрабатывать и принимать собственные образовательные стандарты, отличающиеся от федеральных стандартов, утвержденных приказом Минобрнауки России. Это касается как бакалавриата, так и магистратуры.

⁶ Приказ Минобрнауки России от 14 декабря 2010 г. № 1763 «Об утверждении и введении в действие федерального государственного образовательного стандарта высшего профессионального образования по направлению подготовки 030900 Юриспруденция (квалификация (степень) «магистр»)» // Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2011. № 14.

⁷ Пререквизитами перечисленных учебных дисциплин являются дисциплины историко- и теоретико-правового блоков бакалавриата по направлению «юриспруденция». Поэтому изучение данных дисциплин в магистратуре студентами — «неюристами», т.е. не прослушавшими дисциплины историко-правового и теоретико-правового блоков в бакалавриате, приводит к очевидному нарушению логической последовательности в построении образовательного процесса. Компенсировать подобные изъяны не сможет даже введение в учебные планы магистратуры адаптационных курсов.

⁸ По нашему мнению, это замечание может быть отнесено к гражданскому, уголовному, процессуальному и некоторым другим отраслям права.

ли применим (в крайнем случае, его допущение в этих отраслях юриспруденции сопряжено с «космическими» перегрузками для студентов). Однако для некоторых отраслей юриспруденции смена направлений не только возможна, но и при грамотном построении магистерской программы способна дать дополнительный эффект «перекрестного опыления». Последнее в полной мере относится к финансовому праву. Принцип последовательности получения юридического образования не является абсолютным для финансового права, которое на протяжении двух столетий развивалось в неразрывном единстве с финансовой наукой⁹. В случае с финансовым правом важно, с какого направления осуществляется это переключение: если в магистратуру по финансовому праву приходит филолог или инженер, то риски будут велики, однако если в магистратуру по финансовому праву приходит выпускник экономического факультета или факультета государственного управления, то существующие риски могут быть устранены, например, за счет организации специальных адаптационных курсов¹⁰.

Наконец, формирование концепции магистерской программы по финансовому праву напрямую зависит от результатов реформирования аспирантуры и разрабатываемых государственных стандартов послевузовского образования. Если аспирантура действительно станет послевузовским *образованием*, т.е. аспиранты будут не только писать кандидатскую диссертацию, но и учиться, осваивать новые учебные дисциплины, то встанет вопрос о неизбежном пересмотре преподавания ряда дисциплин финансово-правового блока в магистратуре. Например, в магистратуре можно будет оставить сокращенный курс истории финансового права, а в аспирантуре читать уже годовой, а может, и двухлетний курс истории науки финансового права; скорее всего, придется переформатировать магистерский научно-исследовательский семинар в магистратуре с учетом его «продолжения» в аспирантуре и т.д.

Только учитывая все перечисленные обстоятельства, разработчики магистерской программы по финансовому праву смогут «вписать» магистратуру в единый образовательный процесс: бакалавриат — магистратура — аспирантура.

Форматы преподавания финансового права в магистратуре

Как уже отмечалось, студенты знакомятся с финансовым правом еще в бакалавриате. На втором уровне высшего образования изучение финансового права может быть продолжено в двух основных форматах — через поступление на магистерскую программу финансово-правовой специализации, а также через включение в учебные планы иных магистерских программ отдельных спецкурсов финансово-правового блока. В последнем случае спецкурсы по финансовому праву могут включаться в учебные планы не только юридических магистратур: бюджетное право, например, может быть включено в учебные планы магистерских программ

⁹ То же самое можно сказать и о некоторых других отраслях юридической науки, у которых также найдутся свои «пары» в непрофильных отраслях знаний: конституционное право и политология, административное право и государственное управление, экологическое право и экология и т. д.

¹⁰ Опыт, полученной за первые годы существования в НИУ—ВШЭ магистерской программы по финансовому праву позволяет назвать еще один способ решения этой проблемы — организация дистанционных подготовительных курсов (в НИУ—ВШЭ такие курсы уже третий год существуют при поддержке Фонда образовательных инноваций).

по направлению «государственное и муниципальное управление», спецкурсы по налоговым процедурам и налоговым правонарушениям могут быть востребованы на экономических факультетах по специализации «налогообложение».

Перспективы открытия магистерской программы по финансовому праву очевидны. Они определяются не только интересом студентов к дисциплинам финансово-правового блока, но и самим форматом преподавания финансового права

Преподавание финансового права в бакалавриате нацелено на знакомство студентов с одной из государствоведческих дисциплин (наряду с конституционным (государственным) и административным правом), которая даст им общее представление о финансовой основе государственной власти, системе государственных доходов, которые, в свою очередь, трансформируются в государственные расходы, обеспечивающие жизнедеятельность государства и выполнение им своих функций.

Профессиональное изучение финансового права потребует изучения весьма внушительного по объему массива нормативных правовых актов — двух кодексов, десятков иных федеральных законов, большого числа подзаконных актов. Кроме того, активизирующаяся в последнее время роль источников международно-правового характера при регулировании финансовых отношений добавит к этому многочисленные договоры и соглашения (акты МВФ, ВТО, органов экономического и таможенного союза ЕврАзЭС, договоры об избежании двойного налогообложения и т.д.). Если к этому добавить административную и судебную практику, без которой невозможно обойтись практикующему юристу и которая имеет особое значение в сфере публичных финансов, налогового и таможенного регулирования, то становится понятным, что изучение только позитивного финансового права (не говоря о доктринальных источниках) займет не один год.

Очевидно, что студент, делающий свой профессиональный выбор в пользу финансового права, «обречен» на продолжение образования в магистратуре, выбирая специализированную магистерскую программу.

Есть ли будущее у финансового права?

Этим провокационным вопросом нам хотелось бы не столько удивить читателя, сколько обратить его внимание на участвовавшие в последнее время попытки «модернизировать» финансовое право, придать ему «инновационный» характер и т.п.¹¹ Формируя ультрамодные концепции, некоторые авторы предлагают свои рецепты, как поступить с одной из базовых государствоведческих дисциплин, которая на протяжении более двух столетий преподается во всех европейских университетах, в том числе и в России. В поисках «новых форм» предлагаются различные варианты. Одним из последних стало предложение перейти от финансового права к «экономическому праву»¹².

¹¹ Очевидно, что дискуссии о понятии и предмете финансового права составляют сюжет самостоятельного научного исследования. Однако не затронуть этот вопрос в настоящей статье мы не можем, поскольку он напрямую связан с содержанием магистерских программ по финансовому праву.

¹² Ашмарина Е. М. От финансового права — к экономическому праву // Государство и право. 2011. № 11.

За псевдооригинальностью таких идей чаще всего скрывается неспособность их авторов правильно оценить природу новых явлений в сфере публичных финансов, связанных с усложнением взаимосвязей между публичными и частными финансами, взаимопроникновением финансовой и кредитной систем. Активизировавшаяся в последние годы практика государственного вмешательства в экономику, государственного администрирования финансовых рынков, находящая свое отражение в научных исследованиях западных исследователей (которые проводятся, как правило, в русле административного экономического права), у некоторых российских исследователей вызывает желание пересмотреть границы финансового права, переоценить его понятие, функции и место в правовой системе.

Причины подобных «инновационных» наступлений на финансовое право коренятся, на наш взгляд, в том, что их инициаторы оказались во власти доктринальных заблуждений — якобы все, имеющее денежное выражение, следует относить к финансовому праву. Подобные рассуждения стали появляться в публикациях по финансовому праву в начале 1990-х годов¹³.

Так, в вышедшем в 1996 году учебнике «Финансовое право» под редакцией О. Н. Горбуновой можно прочесть: «К финансовому праву относятся нормы, регулирующие банковскую деятельность в государстве и вопросы банковского кредита. Это и понятно, так как именно через банковскую систему, во главе которой стоит Центральный банк РФ, аккумулируется и перераспределяется вся реальная физическая масса денег, функционирующая в государстве как по наличному, так и по безналичному расчету»¹⁴; «Нормами финансового права... регулируются вопросы страхования, значение которого увеличивается в нашем полном катаклизмов мире»¹⁵; «Поскольку в основе всей этой деятельности лежат деньги и денежное обращение, то к нормам финансового права... относятся также нормы, регулирующие денежное обращение, валютное законодательство, законодательство о расчетах и ценные бумаги, роль которых в условиях рынка резко возрастает»¹⁶.

В предмет финансового права были включены расчетные правоотношения и все ценные бумаги. В учебнике по финансовому праву появилась глава «Расчетные правоотношения», состоящая из следующих параграфов: «Основы расчетных отношений», «Юридическое оформление счетов юридических лиц в банке», «Счета предпринимателей», «Переоформление и закрытие счетов», «Депозит предприятия в банке», «Правила совершения безналичных расчетов», «Беспспорное списание средств со счетов», «Факторинг, лизинг, вексель», «Ответственность банков и предприятий за нарушение расчетной дисциплины». Глава «Ценные бумаги» того же учебника включает параграфы: «Общая характеристика ценных бумаг», «Акции, облигации», «Государственные краткосрочные облигации», «Чек», «Вексель и депозитные сертификаты». Очевидно, что для изучения такого «финансового права» студенту понадобится один-единственный источник — Гражданский кодекс.

¹³ Возможно, поэтому зарождение финансового права стали относить к ... началу 1990-х гг. (!!!). В упомянутой статье Е. М. Ашмаиной читаем: «Такой доктринальный подход видится аналогичным выделению финансового права на рубеже 90-х годов прошлого века» (С. 67).

¹⁴ Финансовое право: Учебник / Под ред. О.Н. Горбуновой. М., 1996. С. 9 (автор цитируемых положений — О. Н. Горбунова).

¹⁵ Там же. С. 8.

¹⁶ Там же. С. 9.

Прочитируем еще одну сентенцию из этого учебника, которая, на наш взгляд, все расставляет на свои места: «Нет более, если так можно выразиться, рыночной науки, чем предмет и наука финансового права, особенно ее прикладные аспекты»¹⁷. Оставив само утверждение на совести его автора, ограничимся лишь одним замечанием: самой «рыночной» наукой, по нашему убеждению, было, есть и будет право гражданское, но никак не финансовое.

По иронии случилось так, что курс на присоединение к финансовому праву всех «денежно-расчетных отношений» был взят именно в то время, когда в российской правовой науке особо влиятельные позиции занимали цивилисты. Им бы, казалось, и следовало «заступить» за страховое и банковское право, инвестиционные и лизинговые операции, ценные бумаги и другие разделы, «директивно» включенные тогда в границы «обновленного» финансового права. Однако, к сожалению, этого не произошло, и огромный массив частного права путем «самозахвата» был включен в предмет финансового права¹⁸.

Обратимся к документу — «Государственный образовательный стандарт высшего профессионального образования. Специальность 021100 — Юриспруденция. Квалификация — юрист. Регистрационный № 260гум/сп»¹⁹. В соответствии с разделом 4 этого документа, в котором определены требования к обязательному минимуму содержания основной образовательной программы подготовки юриста по специальности 021100 — Юриспруденция, основными разделами учебной дисциплины «Финансовое право»²⁰ являются: «банковское право», «инвестиционное право», «страховое право», «безналичные расчеты» и т.д.

Негативные последствия такого «санкционированного» изменения границ финансового права сохраняются до сих пор. В вышедшем в 2009 году учебном пособии по финансовому праву, на титульном листе которого размещен гриф Минобразования России, три из шести глав особенной части (ровно половина!) посвящены банковскому, страховому и инвестиционному праву соответственно²¹. В качестве иллюстрации, позволяющей понять, что в данном случае речь не идет о финансово-правовых аспектах банковского, страхового или инвестиционного регулирования, а обо всем массиве правовых норм, регулирующих данные сферы отношений (многие из которых имеют частноправовую природу), приведем структуру главы 6 «Инвестиционное право». Она состоит из пяти лекций: лекция 19 «Понятие и виды инвестиций. Инвестиционная политика современной России», лекция 20 «Правовое регулирование инвестиционной деятельности осуществляемой в форме капитальных вложений», лекция 21 «Правовое регулирование иностранных инвестиций в Российской Федерации», лекция 22 «Правовое регулирование инвестиций,

¹⁷ Там же. С. 7.

¹⁸ Включение институтов страхования, ценных бумаг, банковского кредитования и т.д. в систему курса финансового права, конечно же, не привело к изъятию этих тем из курса гражданского права. Просто теперь студенты знакомятся с перечисленными институтами как минимум дважды — изучая гражданское, а затем — финансовое право.

¹⁹ Утв. Минобразованием России 27 марта 2000 г. // СПС «КонсультантПлюс».

²⁰ В упомянутом государственном образовательном стандарте дисциплина «Финансовое право» размещена под индексом ОПД.Ф.19: 19-я по порядку дисциплина федерального компонента общепрофессиональных дисциплин.

²¹ Коровяковский Д. Г., Пономоренко В. Е. Финансовое право: курс лекций / Под ред. А. Ю. Ларина. М., 2009. 208 с.

осуществляемых в форме концессионных соглашений», лекция 23 «Правовое регулирование лизинга в Российской Федерации». А вот план лекции по правовому регулированию инвестиций, осуществляемых в форме концессионных соглашений: «1. Понятие и объекты концессионных соглашений. 2. Стороны и содержание концессионного соглашения. 3. Порядок заключения, изменения и прекращения концессионного соглашения»²².

Наступление современного «финансового права» на позиции гражданского права продолжается по сегодняшний день. В другом учебном пособии, вышедшем в 2011 году, авторы представляют страхование в качестве одного из институтов финансового права, при этом сама глава «Правовые основы страхования» практически полностью воспроизводит структуру соответствующей главы из учебника по гражданскому праву: «1. Понятие страхования. Законодательство в сфере страховой деятельности. 2. Страховые правоотношения. 3. Договор страхования и его условия. 4. Страхование, сострахование, перестрахование»²³. В главу «Правовые основы денежного обращения и расчетов» включены параграфы «Расчетные правоотношения и банковский счет», «Права и обязанности сторон договора банковского счета», «Порядок списания денежных средств со счета. Расторжение договора банковского счета», «Формы безналичных расчетов», «Обмен электронными документами при безналичных расчетах».

Справедливости ради следует заметить, что «финансовое право третьего поколения» наступает не только на цивилистику. По ходу отхватываются «куски» от административного права и некоторых других отраслей права. Так, например, в уже упоминавшемся учебном пособии по финансовому праву с грифом Минобрнауки России в систему финансового права включен институт «государственного надзора за деятельностью субъектов страхового дела». Одноименная лекция в этом учебном пособии включает в себя две части: «1. Цели и содержание государственного надзора за деятельностью страхового дела. 2. Полномочия органа страхового надзора в сфере лицензирования страхового дела»²⁴.

Читая такие учебные пособия, студенты неизбежно сталкиваются с эффектом «дежа вю»: они без труда находят разделы-«клоны», которые уже изучали в курсах гражданского, административного, международного частного права, и у них возникает справедливый вопрос — существует ли собственный предмет у финансового права?

Конечно, все приведенные примеры (к сожалению, подобные учебники и учебные пособия не ограничиваются только теми, что упомянуты в настоящей статье) можно было бы отнести к числу «недоразумений», «авторской позиции, отличной от общепринятого понимания финансового права», если бы не «официальная» позиция, выраженная в государственных образовательных стандартах²⁵ и подтверждаемая министерскими грифами на подобных учебных пособиях.

²² Указ. соч. С. 194.

²³ Евстигнеев Е. Н., Викторова Н. Г. Финансовое право: учебное пособие. СПб., 2011. С. 4, 130–143.

²⁴ Коровяковский Д. Г., Пономоренко В. Е. Финансовое право. С. 164–170.

²⁵ Несмотря на то, что государственные образовательные стандарты «третьего поколения» по направлению «юриспруденция» не содержат требований к обязательному минимуму содержания основной образовательной программы, о неизменности «официальных взглядов» на предмет фи-

В последнее время обнаружился еще один способ «модернизации» финансового права и «обновления» его предмета — «комиссионный». О том, как он применяется, можно прочесть, например, в публикациях, посвященных изменениям, которые предлагалось внести в номенклатуру научных специальностей²⁶. В одной из таких публикаций читаем: «Новой в номенклатуре является специальность 12.00.04 — Финансовое право; налоговое право; бюджетное право; банковское право. Идея о выделении финансового права в самостоятельную специальность в целом юридической общественностью поддержана и не вызвала отторжения. Дискуссия возникла по поводу содержания данной специальности. Высказаны предложения: в специальность 12.00.04 также включить финансовое право; таможенное право; банковское право; финансовый контроль (Российская академия правосудия, Академия ФСИН России, Академия управления МВД России). Между тем Е. Ю. Грачева, зав. каф. финансового права МГЮА, высказала мнение о том, что перечисление наряду с финансовым правом двух его наиболее крупных подотраслей — бюджетного и налогового права — вызывает ряд вопросов и вряд ли является обоснованным. По ее мнению, после слов «финансовое право» вообще можно оставить двоеточие и перечислить все его активно развивающиеся подотрасли и институты, и этот перечень будет велик, а специальность станет необъятной. Рабочая группа остановилась на наиболее часто встречающихся предложениях — это финансовое право; налоговое право; бюджетное право»²⁷.

Мы намеренно воспроизвели полностью фрагмент статьи, касающейся места финансового права в номенклатуре научных специальностей. Сформулировав содержание финансового права таким образом: «финансовое право; бюджетное право; налоговое право», рабочая комиссия, с одной стороны, «уберегла» нас от «декретного» присоединения к финансовому праву банковского права²⁸, но, с другой стороны, поставила вопрос, на который не сможет ответить ни один учебник

финансового права можно судить, например, по паспорту научной специальности 12.00.14 «Административное право, финансовое право, информационное право», в котором к предметам научных исследований по финансовому праву отнесены все то же «страхование», «правовой режим банковского кредита», «основы расчетов», «законодательство о ценных бумагах» // Официальный сайт Минобрнауки России // URL: <http://www.mon.gov.ru/work/nti/dok>

²⁶ Речь идет о новой редакции Номенклатуры специальностей научных работников, утвержденной Приказом Минобрнауки России от 10 января 2012 г. № 5 (вводится в действие 1 июня 2012 г. в соответствии с Приказом Минобрнауки России от 24 февраля 2012 г. № 133).

²⁷ Власенко Н.А. Об итогах работы комиссии по составлению номенклатуры научных специальностей по юриспруденции // Юридическое образование и наука. 2011. № 2. С. 7–12 // СПС «КонсультантПлюс». Прочитанный абзац впоследствии был включен в еще одну публикацию: Мацкевич И.М., Власенко Н.А. Новая номенклатура научных специальностей в сфере юриспруденции // Журнал российского права. 2011. № 8. С. 84–93.

²⁸ Отметим, что в ходе обсуждения новой редакции Номенклатуры научных специальностей не раз упоминалось банковское право в качестве составной части финансового права. Так, в статье О.А. Иванюк и Е.Е. Рафалюк «Модернизация номенклатуры специальностей научных работников в сфере юриспруденции» (Журнал российского права. 2011. № 6. С. 124–129) читаем: «Ю.А. Тихомиров предложил новый методологический подход к изменению Номенклатуры специальностей, в рамках которого усиливается взаимодействие различных научных направлений и «вызревают» новые научные специальности, например «Теория права и сравнительное правоведение»; «Административное право и процесс» (как опора всего публичного права); «Финансовое право» (с выделением его составных частей «Бюджетное право», «Банковское право», «Налоговое право» и т.п.)...».

по финансовому праву, изданный за последние полвека — что представляет собой предмет финансового права, из которого исключены бюджетное и налоговое право? Возможно, кто-то из членов рабочей комиссии или упомянутая в статье юридическая общественность, на мнение которой комиссия опиралась, ответят на этот вопрос, а еще лучше — изложат свои представления о новом формате финансового права (без бюджетного и налогового права) в монографиях и учебниках, по которым новое поколение аспирантов будет сдавать кандидатский экзамен по специальности 12.00.04 «Финансовое право; налоговое право; бюджетное право»²⁹.

Случай с решением рабочей комиссии по номенклатуре научных специальностей в сфере юриспруденции, в соответствии с которым из системы финансового права были выведены бюджетное и налоговое право, заставляет задуматься — а есть ли вообще будущее у такого «финансового права», которое по аналогии с нашим календарем и временем можно было бы назвать «декретным»?

Однако (выбирая из двух зол меньшее) нам представляется, что подобные решения рабочих комиссий об «урезании» предмета финансового права, создают для разработчиков магистерских программ по финансово-правовой тематике все же меньше проблем, чем стремление некоторых коллег присоединить к финансовому праву банковское, страховое, инвестиционное право, правовое регулирование расчетных отношений и рынка ценных бумаг.

Желая быть правильно понятым, автор хотел бы отметить, что у него нет ни малейшего сомнения относительно важности и особой практической востребованности сложных процессов, объективно происходящих на стыке финансового права и смежных с ним отраслей права — гражданского, административного, международного и т.д. Однако изучение комплексных правовых образований, формирующихся на границе финансового и иных отраслей права, применение к исследованию этих процессов междисциплинарных подходов, не может и не должно привести к отрицанию самого финансового права, к констатации факта его преобразования в некое аморфное образование наподобие «экономического права»³⁰.

²⁹ Нельзя не отметить, что в ходе дискуссии о новой редакции Номенклатуры научных специальностей в сфере юриспруденции были сформулированы, по крайней мере, два предложения по сохранению бюджетного и налогового права в системе финансового права.

Е.Ю. Грачева предложила заменить точку с запятой (еще раз к вопросу о значении знаков препинания...) после упоминания финансового права на двоеточие (см.: *Власенко Н.А.* Об итогах работы комиссии по составлению номенклатуры научных специальностей по юриспруденции // Юридическое образование и наука. 2011. № 2. С. 7—12). Однако ее предложение в итоге не было поддержано.

В ходе обсуждения новой редакции Номенклатуры на совместном заседании ученых советов Института законодательства и сравнительного правоведения и Московской государственной юридической академии заведующая отделом бюджетного и налогового законодательства Е. И. Спектор также выступила с ценным и взвешенным замечанием, которое, как и предложение Е. Ю. Грачевой, было проигнорировано рабочей комиссией: «Ставить финансовое право в один ряд с бюджетным и налоговым неверно, так как последние являются подотраслями финансового права... Таким образом, выступающая предложила сформулировать название специальности как «Финансовое право»» (См.: *Иванюк О.А., Рафалюк Е.Е.* Модернизация номенклатуры специальностей научных работников в сфере юриспруденции // Журнал российского права. 2011. № 6. С. 124—129).

³⁰ Заметим, что во многих зарубежных странах вопросы правового регулирования вмешательства публичной власти в сферу экономики на протяжении десятилетий изучаются в рамках административного права. В западных университетах традиционно читаются курсы «Административного экономического права» (Франция, Испания и др.), «Административного хозяйственного права» (Германия). Соответствующая деятельность государства на международном уровне изучает-

Появление бюджетного кредита не позволяет утверждать, что бюджетное право перестало иметь публично-правовой характер; изучение правовых аспектов налогового планирования не «отменяет» налогового права; исследование национальной платежной системы не ставит под сомнение существование эмиссионного права и т.д. Точно так же, как появление прикладных направлений — биофизики, астрофизики, химической физики и т.д. — не означает «заката» самой физики. Ценность фундаментальных знаний не подлежит сомнению.

Вот почему мы полагаем, что в бакалавриате должен читаться базовый курс, который знакомил бы студентов с основами финансового права и давал бы им представление о правовом регулировании публичных доходов и публичных расходов, составляющих финансовую основу публичной власти и являющихся финансовыми гарантиями реализации конституционных прав и свобод. Что касается различного рода спецкурсов, производных от финансового права и отражающих правовое регулирование сложных экономических процессов в сфере публичных финансов, а также на стыке публичных и частных (в том числе корпоративных) финансов, то они могут составить разнообразные авторские магистерские программы. Такие программы позволят на втором уровне высшего образования познакомить студентов, избравших финансовое право в качестве своей профессиональной специализации, со всеми «тонкостями» избранной отрасли права, наделить их современными научными знаниями и необходимыми профессиональными компетенциями, которые они впоследствии смогут:

- применять на службе в государственных и муниципальных органах, осуществляя правовое обеспечение финансовой деятельности государства и муниципальных образований;
- использовать для оказания консалтинговых и экспертных услуг, юридического сопровождения бизнеса по вопросам взаимодействия публичных и частных финансов, налогообложения, валютного регулирования и т.д.;
- реализовать при проведении юридических и междисциплинарных научных исследований в сфере публичных финансов, финансового права и пограничных с ними областях;
- внедрять результаты проведенных исследований как фундаментального, так и прикладного характера в практическую деятельность государственных и муниципальных органов, частного бизнеса, применять их в педагогическом процессе в высших учебных заведениях.

Содержание магистерской программы по финансовому праву

Особым преимуществом магистратуры, на наш взгляд, является возможность создания на базе состоявшихся научных школ авторских программ. Наличие не одной стандартной магистерской программы по финансовому праву, а сразу нескольких различных программ позволяет максимально учесть преимущества и особенности каждой научной школы, создает атмосферу состязательности, позволяет

ся в рамках международного экономического права. Однако нам неизвестно, чтобы в каком-нибудь европейском университете ставился вопрос об актуальности преподавания финансового права, его трансформации в иную учебную дисциплину.

максимально учесть интересы потенциальных работодателей. Студентам это дает возможность выбора той из магистерских программ, которая в максимальной степени отвечает его представлению о будущей профессиональной деятельности.

За короткий срок, прошедший со времени перехода российского высшего юридического образования на двухуровневую систему, уже появилось несколько оригинальных магистерских программ по финансовому праву: в Национальном исследовательском университете «Высшая школа экономики» — программа «Финансовое налоговое и таможенное право» (научный руководитель — А. Н. Козырин)³¹, в Финансовом университете при Правительстве РФ — «Юрист в сфере публичных и корпоративных финансов» (научный руководитель — Р. Е. Артюхин)³², в Российской академии правосудия — «Юрист в сфере бюджетно-финансовой деятельности и налогообложения»³³ и т.д.

Очевидно, что содержание магистерской программы определяющим образом зависит от ее авторской концепции. При этом любая магистерская программа, включая авторскую, должна соответствовать общим принципам построения.

Магистерская программа отличается, в первую очередь, комплексным, междисциплинарным характером исследования актуальных проблем современного финансового права. В ее основу должен быть положен такой подход, который позволит показать финансовое право как составную часть публичного права, находящуюся в постоянном взаимодействии с другими элементами системы российского права. Поэтому практически во всех учебных курсах изучаются теоретические и научно-практические проблемы, возникающие на стыке финансового и смежных отраслей как публичного, так и частного права. Процессы конвергенции финансового права и «пограничных» отраслей права четко проявляются, например, на стыке налогового и таможенного права (проблематика правового регулирования таможенных платежей), налогового и природоресурсного права (правовое регулирование природоресурсных платежей). Изучение бюджетного права строится исходя из его тесной связи с проблемами государственного управления и административными реформами (бюджетирование, ориентированное на результат), валютного права — с соответствующей проблематикой гражданского и банковского права и т. д.

Кроме этого, содержание магистерской программы должно характеризоваться сочетанием академической составляющей и практико-ориентированным характером многих спецкурсов. Обеспечивая востребованность и конкурентоспособность магистерских программ, их разработчики, конечно, не забудут про спецкурсы, пользующиеся у студентов особым «конъюнктурным» спросом (финансовый контроль, налоговое планирование, налоговые споры, валютный контроль, таможенные платежи и т.п.). Однако следует учитывать, что магистратура должна быть органично вписана в непрерывный образовательный процесс и участвовать в реа-

³¹ Страница магистерской программы на официальном сайте НИУ–ВШЭ: http://pravo.hse.ru/fnt_pravo.

³² Страница магистерской программы на официальном сайте Финансового университета: <http://www.fa.ru/chair/fp/education/macourse/Pages/default.aspx>.

³³ Страница «Юридическая магистратура» на официальном сайте Российской академии правосудия: http://www.raj.ru/magistr_vurisprudencii.html#3. Информация о научном руководителе магистерской программы на официальном сайте отсутствует.

лизации высокой миссии европейского университета. В любой магистерской программе в обязательном порядке должна присутствовать так называемая академическая компонента. Параметры такой компоненты, скорее всего, будут находиться в обратно пропорциональной зависимости от степени ориентированности магистерской программы на конкретные проблемы правоприменения в финансовой сфере.

Академическая составляющая магистерской программы должна быть нацелена, прежде всего, на освоение студентами исторического и сравнительного (компаративного) методов изучения финансово-правовых явлений и представлена соответственно курсами «История финансового права» и «Финансовое право зарубежных стран».

Один из самых сложных вопросов — «поиск меры», установление оптимальной пропорции между академической и практикоориентированной компонентами магистерской программы. Думается, что возможность сделать этот выбор в магистратуре следует предоставить самим студентам.

В этом смысле перспективными, на наш взгляд, являются магистерские программы смешанного типа, объединяющие учебные курсы как академической, так и прикладной направленности. Такие программы позволяют студентам выбрать дисциплины специализации в зависимости от их исследовательских интересов и (или) потребностей будущей профессиональной деятельности и тем самым определить характер собственного индивидуального учебного плана как преимущественно академического или преимущественно прикладного.

Еще один принцип построения магистерской программы состоит в том, что изучение финансового права должно вестись параллельно с исследовательской деятельностью, на которую в магистратуре должно отводиться не менее половины учебного времени. Постигая тонкости финансового права, студент одновременно знакомится с техникой проведения научного исследования, приобретает компетенции и навыки исследовательской работы, которые затем сможет использовать при реализации индивидуальных и коллективных научно-исследовательских проектов, в том числе при подготовке магистерской диссертации. Кроме того, исследовательская составляющая магистерской программы создает необходимые предпосылки для продолжения образования в аспирантуре и тем самым содействует непрерывности образовательного процесса.

Исследовательская компонента важна не только для академических, но и для практико-ориентированных магистерских программ. Ценность «готовых знаний», передаваемых от профессора к студенту, сегодня уже не так велика, как прежде, особенно в финансовом праве, для которого характерна нестабильность и стремительная «обновляемость» нормативно-правовой базы, особое значение судебной и административной практики при регулировании финансовых отношений.

Вот почему ни один из существующих учебников по финансовому праву не в состоянии точно и в полной мере отразить состояние нормативно-правовой базы и правоприменительной практики, относящихся к сфере публичных финансов. Учебная литература просто не поспевает за быстро меняющимся финансовым законодательством, формированием правовых позиций судов по налоговым и бюджетным спорам. Поэтому выпускнику сразу же по окончании магистратуры придется самому заниматься «производством новых знаний», постоянно проводить самостоятельные «мини-исследования», анализируя изменения в действующем

законодательстве, новую судебно-арбитражную практику, разъяснения финансовых, налоговых и таможенных органов и т.п.

Основной формой организации исследовательской работы в магистратуре является научно-исследовательский семинар, призванный решить одновременно три задачи:

1) *ориентационную* — помочь студентам выявить наиболее актуальные и перспективные направления научных исследований по финансовому праву, определиться с выбором тем курсовой работы и магистерской диссертации, а также тематики исследовательской деятельности на долгосрочную перспективу (кандидатская диссертация, самостоятельное монографическое исследование и т.д.);

2) *методологическую* — познакомить студентов с основами академической работы, методикой организации и проведения исследований в области финансового права, требованиями к написанию и оформлению научных работ различных форматов, основными приемами формирования эмпирической и информационной базы исследования, содействовать привитию у них навыков научной дискуссии и презентации исследовательских результатов;

3) *организационную* — стать площадкой для обсуждения научных замыслов, проектов и уже готовых исследовательских работ студентов, первичной апробации результатов исследовательской деятельности, коллективной творческой лабораторией для подготовки результатов исследовательской деятельности к публикации.

То, как основные принципы построения магистерских программ отражаются в конкретных учебных планах, проиллюстрируем на примере магистерской программы «Финансовое, налоговое и таможенное право», открытой в НИУ ВШЭ в конце 2009 года.

Оригинальность и новизна подхода к изучению актуальных проблем финансово-правового регулирования отражены в самом названии программы. Необходимость обособления налогового права обусловлена, на наш взгляд, во-первых, расширением предмета налогового права, в который включаются теперь многочисленные «стыковые» темы (на границе с частным правом — налоговое планирование, с процессуальными отраслями права — налоговые споры, с уголовным правом — налоговые преступления, с административным правом — налоговое администрирование). Во-вторых, это связано со стремительным разрастанием нормативной базы, административной и судебной практики по налогообложению, сделавшим практически невозможным профессиональное изучение налогового права в рамках общего курса финансового права.

Современная практика налогового консультирования и налогового сопровождения бизнеса требует детальной специализации налоговых знаний. Едва ли «универсальный» налоговый консультант возьмется за работу, например, с налогом на добычу полезных ископаемых или таможенными платежами. В этом случае обращаются, как правило, к специализированным консультантам.

Новизна преподавания налогового права, впервые нашедшая свое отражение в магистерской программе «Финансовое, налоговое и таможенное право» НИУ ВШЭ, состоит также в одновременном, параллельном изучении налогового и таможенного права. Такой подход представляет собой на деле один из оптимальных способов изучения российского налогового права и налоговой системы в части косвенных налогов.

Правовой режим косвенных налогов (НДС и акцизов), которые взимаются с ввозимых товаров, невозможно изучить без основательных знаний в области таможенного права и прежде всего таких его разделов, как таможенные платежи, таможенная стоимость, таможенные процедуры.

Взаимосвязь налогового и таможенного регулирования в Российской Федерации очевидна: в форме таможенных платежей в федеральный бюджет поступает свыше трети всех его доходов. Кроме того, таможенная проблематика близка не только к налоговому праву, но и к другим разделам финансового права — бюджетному и валютному праву (например, в связи с осуществлением таможенными органами полномочий агентов валютного контроля, администраторов таможенных доходов федерального бюджета и т.д.). Тот факт, что подготовка налоговых и таможенных консультантов предполагает изучение большого количества общих учебных курсов (примерно 60–70% общего объема всех учебных дисциплин), делает объединение налогового и таможенного направлений в рамках магистратуры по финансовому праву одной из оптимальных форм организации профессионального образования.

Создание таможенного подраздела магистерской программы в полной мере соответствует тому значению, которое внешняя торговля имеет для российской экономики и которое характеризуется стабильно высокой долей внешнеторговых контрактов в общем объеме договорных отношений на российском рынке, а также учитывает знаковые события последних лет — создание экономического и таможенного союза ЕврАзЭС и вступление России во Всемирную торговую организацию.

В качестве еще одной особенности обучения в магистратуре следует упомянуть значительные права, которыми студенты наделяются для создания собственной уникальной финансово-правовой специализации. Они сами формируют свои индивидуальные учебные планы. Учебным планом предусмотрены всего лишь по три обязательные учебные дисциплины для каждого года обучения: на первом курсе — «Бюджетное право России», «Налоговое право России», «Таможенное право»³⁴, «Сравнительное финансовое право», и на втором — «История финансового права», «Современные проблемы науки финансового права». Остальные курсы студенты выбирают самостоятельно. Из числа спецкурсов по выбору, предлагаемых кафедрой финансового права, студент может сформировать для себя одну из двух специализаций:

1) *налоговое право и налоговое консультирование*: спецкурсы «Налоговые споры», «Международное налоговое право»;

2) *таможенное право и таможенное консультирование*: спецкурсы «Государственное регулирование внешнеторговой деятельности в таможенном союзе ЕврАзЭС», «Международное таможенное право».

В вариативную часть своего индивидуального учебного плана студент может включить также спецкурсы, которые читаются на других магистерских программах, в том числе открытых и не по направлению «юриспруденция». Руководитель магистерской программы готовит для студентов перечень рекомендуемых спецкурсов, однако последнее слово в выборе таких спецкурсов остается за самим сту-

³⁴ В рамках курса «Таможенное право» изучаются таможенное законодательство Таможенного союза ЕврАзЭС, законодательство о таможенном регулировании государств-членов Таможенного союза, а также таможенное законодательство Европейского Союза, США, Китая и Японии.

дентом, который «дописывает» свою персональную образовательную траекторию в магистратуре исходя из представлений о будущей профессиональной деятельности, своих научно-исследовательских и познавательных интересов.

Таким образом, специфика преподавания финансового права в магистратуре состоит в том, что освоение догматики финансового права, истории финансово-правовых учений и современных доктрин должно сочетаться с практико-ориентированным подходом при изучении моделей правового регулирования бюджетных, налоговых, эмиссионных, валютных и иных отношений, возникающих в сфере публичных финансов. Такой подход, предполагающий активное использование знаний правовой и экономической науки, проведение междисциплинарных исследований, анализ современных тенденций судебной и административной правоприменительной практики, позволит не сводить изучение в магистратуре финансового права исключительно к штудированию основных предписаний Бюджетного и Налогового кодексов РФ, важнейших законодательных и подзаконных актов в сфере публичных финансов.

На магистратуру мы вправе возложить задачу по подготовке высококлассных специалистов по финансовому праву, которые умели бы не только оперировать статьями и параграфами правовых актов, но и, используя современные научные знания, могли бы самостоятельно анализировать различные ситуации, складывающиеся в процессе правового регулирования финансовых отношений, грамотно строить отношения с финансовой, налоговой и таможенной администрацией, планировать финансовые обязательства перед государством, оптимизировать налоговую нагрузку бизнеса, осуществлять защиту прав и законных интересов налогоплательщика.

Магистерская программа, фокусируя внимание на наиболее сложных проблемах применения финансового права, позволяет в максимальной степени использовать преимущества научной школы, на базе которой она открыта, дает магистранту не только ценные знания и компетенции, которыми он сможет воспользоваться в своей профессиональной деятельности практикующего юриста, но и навыки проведения самостоятельного исследования, необходимые не только тем, кто планирует связать свое будущее с академической карьерой, но и всем без исключения практикующим юристам, которым рано или поздно придется самим исследовать не «изучавшиеся в магистратуре» новые реалии финансового права.

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. Авторитетные 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, ориентировавшиеся 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.

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

² См.: *Robert Traer.* 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

Ситуация мало изменилась даже после провозглашения в 1948 г. Всеобщей декларации прав человека. Правда, в первой половине 60-х гг. 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 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.

³ См.: Robert Traer. *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.

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.

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 немыслимо. 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. К примеру, в своем обращении по поводу 60-ой 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 сво-

⁵ См.: Robert Traer. Buddhists and Human Rights.

⁶ См.: Saneh Chamarik. 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>

бно 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 закабалает человека, то мудрость его освобождает. Говоря об отношении к современной концепции прав человека, буддийский лидер заявляет: «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»,

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

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

¹⁰ См.: Robert Traer. Buddhists and Human Rights.

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

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 степени 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

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

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

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. 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, вызванного 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

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

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 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 соответ-

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

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

ствии 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.

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 полувека, 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

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

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

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 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 subsidiarности (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

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>

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 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, что 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 абортam 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 религиоз-

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

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>

ными 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 фундаментальный 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 об поиске баланса между прогрессом в сфере соблюдения прав лично-

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. 26.05.

сти 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 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 воли 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 межличностным 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,

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. 16–17.02.2000.

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, 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 — «Основ 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 Божиим 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.

³¹ См., напр.: *Вениамин Новик*. 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; *Он 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, Институт государства и права РАН, Институт философии РАН, 2009.

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 подхода, сторонники которого отмечают тенденцию к сближению исламской концепции с международными стандартами, упоминая лишь некоторые расхождения 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 крупней-

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

шего 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 религиозно ориентированное поведение или определенные религиозные ценности, 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 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 как бы 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, мусульманских странах подобные конституционные ссылки все равно воспринимаются как под-

³⁴ См.: Аль-Байан. 1999. 26.11.

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

тверждение 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 такая ориентация 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, касающихся, 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 закреплён 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 № 18 от 1978 г. 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 гг. 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 публико-

вать 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 все 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 правоведение 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 принимае-

мое 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 показательно, 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, есть основания констатировать, что 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.

О.В. Романовская

*Профессор кафедры частного
и публичного права
Пензенского государственного
университета, доктор
юридических наук*

Г.Б. Романовский

*Доктор юридических наук,
доцент, Зав. кафедрой
уголовного права Пензенского
государственного
университета*

Рецензия

на монографию А.А. Ялбулганова,
А.В. Пашенко, В.В. Хрешковой
«Правовое регулирование
использования лесов в Российской
Федерации» / под ред.
А.А. Ялбулганова¹
(М.: Институт публично-правовых
исследований, 2011. 180 с.)

Российская Федерация, бесспорно, является крупнейшей лесной державой, о чем свидетельствуют хотя бы сухие цифры статистики. Леса занимают почти половину территории России и составляют около одной четверти мировых лесных ресурсов. Лесные ресурсы влияют на экономическое положение почти половины субъектов Российской Федерации. При всем этом использование лесов весьма далеко от совершенства: только 2,5% ВВП и около 4% экспортной выручки. Эксперты постоянно заявляют, что переработка леса находится на примитивном уровне, весь экспорт заключается в вывозе кругляка, который возвращается в страну в переработанном виде и с высокой стоимостью. Многие видели решение проблемы в принятии нового Лесного кодекса, который вступил в силу с 1 января 2007 г. (далее — Лесной кодекс РФ). Но и он, как оказалось, не стал панацеей. Для примера: лесовосстановление в 1994 г. охватывало 1561,8 тыс. гектаров, в 2010 г. — 811,5. Защита лесов от вредных организмов в 1994 г. биологическим методом охватывала 1174,6 тыс. гектаров, в 2010 г. — 226,6². Анализ причин лесных пожаров лета 2010 г. теперь всегда заканчивается критикой Лесного кодекса РФ.

Несмотря на актуальность проблем правового регулирования отношений в области лесопользования, большинство работ в указанной сфере нацелены на определение режима предпринимательской деятельности, в рамках которой частноправовые аспекты превалируют над публично-правовыми. Представляется, что данный пробел восполняется познавательной монографией «Правовое регулирование использования лесов в Российской Федерации» / под ред. А.А. Ялбулганова, авторами которого являются А.А. Ялбулганов, А.В. Пашенко, В.В. Хрешкова. Дан-

¹ В данном научном издании использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта № 11-04-0026 «Леса России — сбережение через рациональное использование и охрану: совершенствование правового регулирования», выполненного в рамках Программы «Научный фонд НИУ ВШЭ» в 2011 году.

² Федеральная служба государственной статистики: [Электронный документ] : http://www.gks.ru/free_doc/new_site/business/sx/les1.htm.

ный труд решает еще одну важную задачу — пропагандирование правовых знаний о лесопользовании, которые могли бы быть востребованы не только среди юридической общественности (ученые, студенты, практикующие юристы), но и, что не менее важно, среди правоприменителей, непосредственно участвующих в правоотношениях, урегулированных лесным законодательством (служащие Рослесхоза, управлений (департаментов, отделов, иных подразделений) лесами субъектов РФ, сотрудники государственных учреждений лесного хозяйства субъектов РФ и т.д.).

В монографии представлена общая характеристика правовых основ использования лесов, вводящая читателя в круг рассматриваемых проблем. Практически сразу видна заявка авторов на уход от простого повествования (или пересказа) на тему регулирования лесных правоотношений. С первых же страниц виден критический вывод, что нормы Лесного кодекса РФ не просто не решили ряд насущных задач, а усугубили ситуацию, «внеся путаницу в вопросы управления лесным хозяйством, организации защиты лесов и лесопользования» (с. 5). Данный тон (при этом лишенный критиканства) сохраняется на протяжении всего исследования, что заставляет держать внимание читателя, даже если он не искушен в правовых основах исследуемой проблемы.

Обращает на себя внимание значительное число нормативных источников субъектов РФ, позволяющих представить полную картину о развитии регулирования лесопользования в регионах, его тенденциях, о сопоставлении тех или иных моделей. При этом федеральный уровень правовых актов также не остался без внимания и раскрыт авторами применительно к каждому вопросу, вынесенному в заглавие параграфа. Авторы не побоялись «утонуть» в муниципальном уровне нормотворчества и выбрали наиболее характерные документы, прекрасно иллюстрирующие практику реализации полномочий местного уровня публичной власти. Более того, в монографии представлена определенная систематизация компетенций публичных органов различных уровней власти. В некоторых случаях анализируются такие источники, которые часто остаются вне поля видения ученых-юристов (например, официальные письма органов государственной власти). Данный подход, позволяющий читателю сформировать целостную картину по представленной проблеме, можно наблюдать при разборе принципа платности лесопользования (с. 28–29). Несмотря на столь обширный охват источников, работа написана легким доступным языком. Она формирует полное представление о лесопользовании, его основных институтах, а также тех проблемах, которые вытекают из природы регулирования правоотношений в рассматриваемой области.

В работе подробно исследуется общее понятие «законодательство», как оно используется в Лесном кодексе РФ, в сопоставлении с понятиями, закрепленными в аналогичных кодексах (Жилищном, Земельном, Водном). Изначально констатируется отсутствие единообразия, во-вторых — представление лесного законодательства в виде открытого списка законодательных актов, что, по мнению авторов, обусловлено отсутствием в Лесном кодексе РФ определения лесных отношений — предмета лесного законодательства. Следует согласиться с авторами, что подобное положение вещей является следствием отсутствия определения лесных отношений, что представляет собой серьезный концептуальный изъян. Понятно, что при таком видении лесного законодательства со стороны депутатского корпуса усложнена вообще какая-либо его систематизация: нет предмета регулирования. В работе правильно отмечается, что лесное законодательство находится на стыке

многих «непрофильных» отраслей законодательства (гражданского, земельного, административного). Это приводит к определенным коллизиям, в рамках которых отсутствие предмета регулирования в Лесном кодексе РФ отодвигает его на второстепенные правовые «рубежи» (с. 9–10).

Авторы пытливно разбирают правовые «дебри» лесного законодательства, указывая на его болевые точки и неточности в формулировании отдельных понятий. Так, подвергается разбору ст. 1 Лесного кодекса РФ, имеющая наименование «основные принципы лесного законодательства». Однако при ее внимательном прочтении оказывается, что речь идет не о правовых принципах, а о принципах вообще (с. 24). Вывод о том, что граждане не могут получать в частную собственность лесные участки, следует лишь из «витиеватых» и порой противоречивых норм кодекса (с. 27). Статья 36 Лесного кодекса РФ не учитывает свободный порядок охоты в целях обеспечения ведения традиционного образа жизни и осуществления традиционной хозяйственной деятельности (с. 73). Выделены противоречия в порядке проведения аукциона при заключении договора аренды лесного участка для осуществления видов деятельности в сфере охотничьего хозяйства (с. 75); констатируется недостаточность регламентирования использования лесов в целях осуществления охоты на уровне Лесного кодекса РФ (с. 83).

Авторами систематизированы проблемы правового регулирования лесопользования при осуществлении охоты на уровне регионального законодательства, к которым они относят: отсутствие единообразия в юридической технике различных субъектов РФ, различия в детализации регламентации правоотношений. В Лесном кодексе РФ не упомянуты особенности размещения объектов охотничьей инфраструктуры. Авторами представлена рекомендация по совершенствованию правового регулирования: необходимо как внести изменения на федеральном уровне (в части более полного и комплексного регламентирования использования лесов в целях осуществления деятельности в сфере охотничьего хозяйства), так и принять в этих же целях модельный региональный закон (с. 84). Упоминание о модельном региональном законе следует поддержать, хотя именно такая форма взаимодействия органов законодательной власти различных уровней вызывает некое настороженное отношение. Принятие модельного закона органом исполнительной власти может расцениваться как вмешательство в прерогативы парламента (хотя сам по себе такой процесс нельзя отметить с ходу). В юридической науке уже высказывались мнения, что функции по разработке модельных региональных законов мог бы взять на себя Совет Федерации Федерального Собрания РФ. Это также заслуживает отдельного внимания со стороны юридической науки.

Авторы исследования детально изучили принцип платности лесопользования, в рамках которого, в частности, подробно представлена классификация нормативных правовых актов органов государственной власти субъектов РФ, регулирующих договор купли-продажи лесных насаждений для собственных нужд. Кстати, понятие «собственные нужды» (которое в Лесном кодексе РФ носит открытый характер) не осталось без внимания. Для всеобъемлющего анализа этого понятия привлекается региональный опыт регулирования, например, закон Ленинградской области (с. 50–51). При этом подчеркивается, что в ряде регионов отсутствует законодательное закрепление понятия «собственные нужды», что создает дополнительные сложности, в первую очередь, для самих граждан (с. 114).

В рецензируемой работе подробно исследуются основания и порядок привлечения к административной ответственности за нарушения лесного законодательства. Представлена классификация наиболее частых нарушений некоторых правил. Так, нарушениями установленных правил заготовки древесины, в первую очередь, являются нарушение сроков вывоза древесины; оставление деревьев, предназначенных для рубки, и недорубов; неудовлетворительная очистка мест рубок от порубочных остатков; невыполнение требований по сохранению и приведению в надлежащее состояние нарушенных дорог, мостов и просек, а также осушительной сети, дорожных, гидромелиоративных и других сооружений, водотоков, ручьев, рек (с. 49). Таким образом, читатель имеет полную картину регулирования использования лесов — от знакомства с системой нормативных актов до перечня противоправных деяний в указанной сфере.

Последующие главы исследования освещают порядок использования лесов в определенных целях: для осуществления видов деятельности в сфере охотничьего хозяйства и для ведения сельского хозяйства (глава 3), в целях заготовки и сбора недревесных (живицы, ягод, лекарственных растений и др.) лесных ресурсов (глава 4), для деятельности, не связанной с заготовкой, сбором, воспроизведением лесных ресурсов (глава 5). Так, в третьей главе систематизированы особенности охотничьих ресурсов, дана классификация видов охоты, охотничьих угодий (с. 65 и др.). Представлена обширная таблица (с авторскими пояснениями), наглядно показывающая взаимосвязь виды охоты, вида охотничьих угодий и категории лесопользователя. Нельзя также не согласиться с авторами, что заготовка лесных пищевых ресурсов — это сложная проблема, поскольку, с одной стороны, позволяет гражданам для собственных нужд собирать пищу, с другой — распространенность лесных заготовок может привести к истощению ресурсов.

Отталкиваясь от данного центрального посыла, в исследовании проведена некая нить, показывающая, как лесное законодательство пытается совместить столь противоречивые интересы. В работе специально отмечается, что лесное законодательство не всегда с этим справляется, имеются серьезные пробелы, коллизии. Например, при классификации нормативных актов субъектов РФ, затрагивающих порядок заготовки некоторых лесных ресурсов для собственных нужд, констатируется: «Отсутствие единообразия в юридической технике различных субъектов Российской Федерации приводит к определенным трудностям при поиске нормативных правовых актов, регулирующих отношения по сбору пищевых лесных ресурсов и сбору лекарственных растений. Законы субъектов различаются по степени детализации регламентации правоотношений. Например, в Ивановской области, Кировской области законы достаточно краткие и регламентируют отношения лишь в общих чертах, причем данные акты в основном калькируют федеральные нормы. В других случаях законодатель на уровне субъекта Российской Федерации консолидировал нормы ЛК РФ и Правил заготовки пищевых лесных ресурсов и сборов лекарственных растений в законодательный акт субъекта» (с. 118). В итоге высказывается сомнение в возможности эффективного контроля за соблюдением правил заготовки пищевых лесных ресурсов и сбора лекарственных растений (с. 119). Подтверждением данного вывода служит судебная практика, поставившая заслон попыткам установить предельные нормативы сбора лесных ресурсов для собственных нужд (с. 120).

Особой заслугой авторов следует признать стыковку понятий из различных отраслевых актов. Например, применительно к использованию лесов обращается внимание на особенности правового положения (закрепленного в Водном кодексе РФ) водохранилищ и иных искусственных водных объектов, а также гидротехнических сооружений (закрепленного в Федеральном законе от 21 июля 1997 года № 117-ФЗ «О безопасности гидротехнических сооружений») (с. 140–142). При характеристике использования лесов для осуществления научно-исследовательской и образовательной деятельности, для осуществления религиозной деятельности привлекаются соответствующие нормативные акты: законы «Об образовании», «О свободе совести и о религиозных объединениях», «О науке и государственной научно-технической политике». Стыковка понятий происходит в различных формах. Например, в приложениях приведены глоссарий специальных терминов, схемы, в которых систематизированы основные источники регулирования отношений, возникающих при отдельных видах использования лесов. В качестве таблицы классифицированы права и обязанности лиц, осуществляющих использование лесов для выращивания лесных плодовых, ягодных, декоративных растений, лекарственных растений (с. 123). Подобные формы изложения материала наглядны, понятны, доступны.

В качестве пожеланий авторам можно отметить следующее. В исследовании подробно анализируется принцип платности использования лесов. В дальнейшем указывается, что при активном использовании лесов следует помнить и другие основные начала лесного законодательства. Приводится их перечень (с. 36–37): принцип устойчивого управления лесами, сохранения биологического разнообразия лесов, повышения их потенциала; сохранение средообразующих, водоохраных, защитных, санитарно-гигиенических, оздоровительных и иных полезных функций лесов в интересах обеспечения права каждого на благоприятную окружающую среду и др. Однако не ясно, почему эти принципы остались за кадром исследования. Учитывая научный потенциал авторов, можно надеяться, что данная работа будет продолжена, в том числе и при освещении содержания указанных принципов. Кроме того, по ходу исследования присутствуют повторы в понятии предпринимательской деятельности (с. 40, 93, 102, 113), что представляется излишним.

Подведем итог. Богатство правового материала, обстоятельность его анализа делают научное исследование чрезвычайно ценным источником для всех, кто изучает проблемы использования лесов. Монография, несомненно, послужит развитию отечественной юридической науки.

А.Э. Жалинский
17.10.1932 – 18.04.2012

18 апреля 2012 года на 80-м году ушел из жизни Заслуженный деятель науки Российской Федерации, доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» **Жалинский Альфред Эрнестович**.

Ординарный профессор НИУ ВШЭ Альфред Эрнестович Жалинский — был видным ученым, признанным авторитетом в области отечественного материального и процессуального уголовного права, социологии права, криминологии и сравнительного правоведения. Он подготовил более 300 научных работ, в числе которых монографии и учебники, комментарии к УК РФ, а так же фундаментальные труды по немецкому праву, в том числе уголовному. Ряд его работ издан за рубежом. Под его руководством защищено почти два десятка кандидатских диссертаций.

Родился Альфред Эрнестович в г. Ростове-на-Дону. В 1955 г. с отличием закончил юридический факультет Ростовского государственного университета. В июне 1960 г., после двухлетней следственной практики и около 3-лет ней преподавательской работы в Новочеркасской школе милиции он, успешно выдержав конкурсные испытания, был зачислен аспирантом по кафедре уголовного права, процесса и криминалистики Львовского государственного университета. Кандидатская диссертация на тему «Освидетельствование в советском уголовном процессе» защищена в диссертационном совете юридического факультета МГУ им. М.В.Ломоносова в 1964 г. 1963–1975 гг. Альфред Эрнестович Жалинский работал в качестве ассистента, доцента кафедры, избирался заместителем декана, а с 1966 г. два года исполнял обязанности декана юридического факультета указанного университета. Уже в этот период проявились незаурядные способности организатора учебного процесса и исследователя проблем зарождавшейся криминологии: подготовлены и прочитаны её курс и спецкурс «Теория предупреждения и изучения преступности в СССР», опубликована монография «Освидетельствование в советском уголовном процессе» (Львов, 1964), завершено фундаментальное монографическое исследование «Специальное предупреждение преступлений в СССР (вопросы теории)» (Львов, 1976).

Значительный период научно-педагогической деятельности Альфреда Эрнестовича связан с его работой в ведущих научных и учебных центрах МВД СССР (1975–1990 гг.): Всесоюзном научно-исследовательском институте, Академии управления МВД России (в первом защищена докторская диссертация «Теоретические основы профилактики преступлений» (1980), во втором — получено ученое звание профессора (1985), в последующие годы в Финансовой Академии, МИЭППе. В это время им были написаны новаторские, интересные и до сих пор актуальные научные работы — «Условия эффективности профилактики преступлений» (М., 1978); «Эффективность профилактики преступлений и криминологическая информация» (Львов, 1980) (в соавт.); «Причины экологических преступлений» (М., 1980) (в соавт.); «Социально-правовое мышление: проблемы борьбы с преступностью» (М., 1980); «Социальная профилактика правонарушений: советы, рекомендации» (М., 1989); «Основы про-

фессиональной деятельности юриста» (Смоленск, 1995); «Профессиональная деятельность юриста. Введение в специальность» (М., 1997) и др.

Как автор многочисленных научных трудов в области юриспруденции Альфред Эрнестович Жалинский сочетал в себе талант неординарного ученого, самозабвенного служения науке, редчайшую способность мыслить нестандартно, эрудита в полном смысле, в подлинном, высоком значении этого понятия, педагога и воспитателя молодежи. Особый расцвет эти качества проявились во время его работы в НИУ ВШЭ. Альфред Эрнестович был замечательным лектором и пользовался большим уважением студентов и аспирантов, прививая им глубокие знания, передавая многое от своего деятельного и оригинального ума, от своей широкой культуры; они могли учиться у него любить уголовно-правовую науку и людей, быть критическими и ироничными, требовательными и благородными. В это время им выпущены такие работы как «Введение в немецкое право» (М., 2001) (в соавт.); «Правовые механизмы предупреждения коррупции в управлении государственными ресурсами» (Хабаровск, 2002); «Современное немецкое уголовное право» (М., 2004); «Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ» (М., 2008), множество научных статей по дискуссионным вопросам уголовного права, криминологии и уголовной политологии, вызвавших повышенный интерес академической общественности. Был членом диссертационных советов по уголовному праву в ИГП РАН и МГЮА им. О.Е. Кутафина. Являлся председателем диссертационного совета по юридическим дисциплинам факультета права, членом Ученого Совета НИУ ВШЭ, входил в состав Совета программы «Научный фонд НИУ ВШЭ», в редакционные коллегии многих академических журналов.

Альфред Эрнестович деятельно участвовал в разработке УК РФ, поправок к нему, давал заключения в Конституционном Суде РФ по вопросам уголовного закона. Его экспертная работа касалась деятельности Государственной Думы, Совета по развитию институтов гражданского общества и правам человека при Президенте РФ, членом которого он являлся, Союза адвокатов России, рабочей группы Общественной палаты по содействию реформам правосудия, Экспертного совета ВАК России.

Альфред Эрнестович широко известен и за рубежом. Он был стипендиатом Общества Макса Планка (ФРГ), Министерства юстиции ФРГ, принимал участие в исследовательских проектах Института международного и иностранного уголовного права Фрайбурга (ФРГ), университетов Бремена и Билефельда (ФРГ). Являлся членом Постоянной международной группы проектирования уголовного законодательства в Центре исследований европейского и международного уголовного права при Университете Оснабрюк (ФРГ). Представлял интересы российской уголовно-правовой науки, выступая на конференциях в Германии, Польше, Болгарии, Китае, Таиланде и других странах.

Альфред Эрнестович был человеком прекрасной души, взыскательным и добροжелательным Учителем, его научное наследие еще долго будет служить новым поколениям.

Светлая память навсегда сохранится в сердцах его коллег, студентов и многочисленных учеников...

LEGAL THOUGHT: HISTORY AND MODERNITY

G.A. Gadzhiyev

CONCEPTUAL SPACE OF CONSTITUTIONAL LAW AND ITS VALUES

Constitutional law conceptual space is part of conceptual space. The ontological structure of constitutional law consists of three layers – legal principles, positive constitutional law, traditions and practice. The third layer contains inter alia constitutional law ethics. Constitutional law conceptualism is a kind of legal positivism. Constitutional law conceptualism presupposes some limited influence in law and non exaggeration of significance of conceptual reality represented in signs and symbols as the text of the RF Constitution.

Keywords: legal space, constitutional law ontology, axiology of constitutional principles, traditions and constitutional law ethics, internalist and externalist approaches.

T. Endicott

PERSPECTIVES OF LAW IN HUMAN RIGHTS

In this article, the author analyses the controversial results of the application of the European Convention on Human Rights (ECHR) in the UK. At that, two sensitive for British justice issues are emphasized, i.e. national rules on immigration and the voting rights of prisoners, and shown that the deportation of illegal immigrants suspected of a crime without taking into account the negative impact on their family life, as well as a blanket ban on voting by prisoners are incompatible with art.8 of the Convention and art.3 of Protocol 1 thereto. The decisions of the European Court of Human Rights on the matter aggravate the tension not only between Strasbourg and London, but also between the legal system and politicians. At the end, the author comes to the conclusion, that the “tension between courts and the politicians will grow...However, this tension does not serve as a reason *per se* to derogate the role of judicial branch.”

Keywords: The European Convention on Human Rights, the European Court of Human Rights, the United Kingdom, blanket ban on voting by prisoners, deportation of illegal immigrants, tension between judges and politicians.

I.V.Get'man-Pavlova

FRENCH DOCTRINE OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN XVIIITH CENTURY

The law analyses the French school of private international law in the 18th century. This was the last “pure” doctrinal law school of private international law the research of which had emerged before adopting first normative acts in this area and which developed the theory of statutes. French legal academics **Frolan, Bullnoir and Bouye** completed the development of theory of statutes which had been the only private international law theory since the 14th century.

Keywords: private international law, 18th century, France, theory of statutes, **Frolan, Bullnoir and Bouye**, Italian school of private international law, French school of private international law.

RUSSIAN LAW: CONDITION, PERSPECTIVES, COMMENTARIES

V.A.Sivitskiy

DYNAMICS IN TYPOLOGY OF DECISIONS TAKEN BY RF CONSTITUTIONAL COURT

This article discusses recent changes in the typology of the decisions of the Constitutional Court in the context of its more than 20 year activity. The subject-matter of the research is the types of decisions taken by the Constitutional Court. The types in question involve both recent and those applied earlier.

Keywords: Constitutional Court, decision of the Constitutional Court, ruling of the Constitutional Court, order of the Constitutional Court, constitutional law interpretation of norm, rejection to accept the recourse to the Constitutional Court, termination of correspondence, Constitutional Court rules.

T.A.Polyakova, I.V.Zimin

TOPICAL PROBLEMS OF LEGAL SUPPORT OF JURIDICAL SIGNIFICANCE OF ELECTRONIC DOCUMENTS

In this paper, we study the problem of legal security of electronic documents, including the definition of «electronic document», «legal relevance of electronic document» and «the legal regime of electronic documents» required to form a single information space in the Russian Federation, to settle public relations in providing public and municipal services in electronic form, as well as provide electronic interaction between public authorities, judicial authorities, carry out a preliminary investigation, as well as notary, organizations and citizens.

Keyword: electronic document, legal regime, relevance in law, information society, single information space, electronic interaction, state and municipal services.

A.B.Panov

ON INSIGNIFICANCE IN ADMINISTRATIVE OFFENCES

In this article, the author deals with the problem of applying by courts the provision of insignificance and analyzes examples from judicial practice. The author makes a synthesis based on processed court cases. It is proposed to include the norm concerning insignificance in Code of Administrative Offences of the Russian Federation.

Keywords: insignificance, Code of Administrative Offences of the Russian Federation, administrative responsibility, judicial practice, government regulation, administrative offenses.

LAW IN MODERN WORLD

S. Yu.Danilov

LEGAL REGULATION OF “SPECIAL STATUS” FOR FEDERATION SUBJECT: LEGAL DIFFERENTIATION. QUEBEC CASE-STUDY

The article is devoted to general and specific qualities of the former and current status of the Quebec province in Canada. The author analyzes the correlation between constitutional and national components of Quebec (French Canadian) problem, remaining the most significant problem of the Canadian federal state. The article points to the further differentiation of legal norms regulating the status of the province.

Key words: federalism, Quebec province in Canada, center, subject, constitutional act, statute, constitutional convention, resolution, competence, separatism, language.

J. Stieranka, O. Busarova

COUNTERACTING LEGALIZATION OF CRIMINALLY RECEIVED PROFITS AND FINANCING TERRORISM IN SLOVAK REPUBLIC

This article presents the most recent form of legal regulation in the Slovak Republic to prevent money laundering. It describes the reasons for its adoption and its compliance with Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 On the Prevention of the Use of the Financial System for the Purpose of Money Laundering and Terrorist Financing. The body of the article is devoted to the duties of financial credit organizations and a special financial monitoring authority, which are established by Law of Slovakia No. 297/2008. This article also specifies and defines the key terms used in the above mentioned law, namely: suspicious transaction, fictitious bank, politician – a foreign public person, end beneficiary, operation (transaction), commercial cooperation, identification and identification verification. The conclusive part of the article describes the sanctions, which applied in case of non-performing the established duties.

Keywords: legalization, financing terrorism, obliged persons, suspicious operation, politician – foreign public person, identification, basic control, facilitated control, scrupulous obligatory control, special body of financial monitoring

A. Sh. Maralbaeva

DEVELOPING LEGISLATION SYSTEM IN KYRGYZ REPUBLIC DURING TRANSITIONAL PERIOD

The article is devoted to the main stages, features and tendencies of the Kyrgyz Republic's legislative system development. For this purpose, fundamental works of legal scholars on the transitional period law have been examined; the influence of Kyrgyz common law norms on modern Kyrgyz Republic's legislation system has been researched; and some practical problems of the legislation system development have been examined and some solutions have been suggested.

Keywords: Kyrgyz Republic, legislation system, structure of legislation, branch of law, legal act, transitional period, common law, classifier, automated databank of legal information.

A. S. Kasatkina

MODERN CODIFICATIONS OF PRIVATE INTERNATIONAL LAW IN THE COUNTRIES OF SOUTH EAST ASIA (THE CHINESE NATIONAL REPUBLIC AND JAPAN)

This article is devoted to the complex analysis of governing modern independent codifications of private international law in the countries of South East Asia. Within the framework of the article, the detailed analysis is implemented as to the national-legal regulation of laws in the field of private international law in China and Japan. The analysis has included the major institutes of private international law, and questions concerning hereditary, family, tort, property and liability law.

Keywords: private international law, codification, unification, South East Asia, China, Japan, autonomy of will of the parties, principle of the most close connection.

L. M. Belkin

GUARANTEES OF FREEDOM OF ARTISTIC EXPRESSION AND ITS LIMITS IN DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The article features the case practice of the European Court of Human Rights when resolving disputes on restricting freedom of artistic expression. The author tries to specify

general principles and approaches of the court to solving these issues. The article shows that in democratic society, the presumption of the freedom of artistic expression should be deemed absolute, restrictions subject to their justifications may concern certain themes concerning children, teenagers, national minorities and believers.

Keywords: human rights, freedom of speech, freedom of artistic expression, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms(1950), the European Court of Human Rights, public interest, protection of interests of children and feelings of believers, criteria for restrictions.

LEGAL EDUCATION REFORM

A.N.Kozyrin

TECHING LLM STUDENTS FINANCIAL LAW

The article discusses specific features of teaching financial law and the subject of financial law. The master programme Financial, Tax and Customs Law launched in the National Research University Higher School of Economics represents the new reality which should be taken into account when shaping the curriculum for financial law master students specializing on financial law.

Keywords: financial law, subject of financial law, teaching financial law, master programme

DISCUSSION CLUB

Siukiyainen L.R.

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 on 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.

REVIEWS

O.V.Romanovskaya

G.B.Romanovskiy

Review of the book Yalbulganov A., Pashchenko A., Hreshkova V. Legal Regulation of Forest Management in the Russian Federation. Yalbulganova A. (ed.) (Moscow, Institute of public law research, 2011. 180 p.)

Требования к оформлению текста статей

Представленные статьи должны быть оригинальными, не опубликованными ранее в других печатных изданиях.

На первой странице следует указать название статьи, ФИО автора, ученую степень, ученое звание, место работы, должность, контактные телефоны, e-mail.

Объем статей — от 1 до 1,5 усл. п.л., рецензий, обзоров зарубежного законодательства — до 0,5 усл. п.л.

При наборе текста необходимо использовать шрифт «Times New Roman». Размер шрифта для основного текста статей — 14, сносок — 11; нумерация сносок сплошная, постраничная. Текст печатается через 1,5 интервала.

Сноски оформляются согласно ГОСТ Р 7.0.5-2008 «Система стандартов по информации библиотечному и издательскому делу. Библиографическая ссылка. Общее требование и правило составления», утвержденному Федеральным агентством по техническому регулированию и метрологии, введен в действие 01.01.2009 г.

Статьи должны сопровождаться краткой аннотацией и ключевыми словами на русском и английском языках.

Рукописи направляются по адресу: 109017, Москва, ул. Малая Ордынка, д. 17, оф. 212 (с приложением файла на носителе) или по e-mail: lawjournal@hse.ru.

Рукописи не возвращаются.

Статьи рецензируются. Авторам предоставляется возможность ознакомиться с содержанием рецензий. При наличии замечаний рецензента рукопись и файл возвращаются автору на доработку. При отрицательном отзыве рецензента автору предоставляется мотивированный отказ в опубликовании материала.

Плата с аспирантов за публикацию рукописей не взимается.

Позиция редакции необязательно совпадает с мнением авторов.

Перепечатка материалов только по согласованию с редакцией.

Редактор *И.В. Гетьман-Павлова*

Художник *А.М. Павлов*

Компьютерная верстка *Н.Е. Пузанова*

Корректор *Н.О. Федорова*

Подписано в печать 12.03.2012. Формат 70×100/16

Усл. печ. л. 16,25. Тираж 600 экз.