

**ИНСТИТУТ ГОСУДАРСТВА И ПРАВА
РОССИЙСКОЙ АКАДЕМИИ НАУК**

**Статьи аспирантов и стажеров
Института государства и права РАН**

Ответственный редактор
доктор юридических наук, профессор
Ю.Л. Шульженко

Труды Института государства и права
Российской академии наук
№ 4/2009

Москва, 2009 г.

РЕДАКЦИОННАЯ КОЛЛЕГИЯ:

член-корреспондент РАН А.Г. Лисицын-Светланов (председатель);
академик РАН В.В. Лаптев;
заслуженный деятель науки РФ, доктор юридических наук, профессор В.Е. Чиркин;
заслуженный юрист РФ, доктор юридических наук, профессор Ю.Л. Шульженко;
доктор юридических наук, профессор С.В. Максимов;
доктор юридических наук, профессор Н.И. Михайлов;
заслуженный юрист РФ, кандидат юридических наук, доцент М.М. Славин.

Главный редактор:

член-корреспондент РАН А.Г. Лисицын-Светланов

ISSN 2073–4522

ISBN 979-5–8339–0109–9

© Учреждение Российской академии наук Институт государства и права РАН, 2009 г.

О ПОЗНАНИИ СУЩНОСТИ ПРАВА *

Познание права невозможно без аксиологии, без понимания ценности права в том или ином цивилизационном контексте. При этом, как бы исследователь ни пытался «освободиться» от своих оценок, познание будет осуществляться с его ценностной позиции и под влиянием пред-знания об изучаемом объекте. Кажалось бы, решению проблемы должны способствовать такие известные принципы познания, как объективность, рациональность, интерсубъективная доказуемость, верифицируемость или фальсифицируемость, эссенциализм (в противоположность феноменализму), системность знания, историзм. Но в познании социальных явлений, всегда обладающих ценностными свойствами для субъекта, оставаться только в рамках этих принципов невозможно. Поэтому в познании права всегда есть субъективизм, обусловленный, по меньшей мере, системой ценностей субъекта. В свою очередь объект, по мере его познания, может изменять эту систему ценностей.

Невозможно познание права вне иных социальных явлений, оно имеет лишь относительную самостоятельность. Право подчиняется общесоциальным закономерностям и столь тесно переплетено с другими социальными феноменами, что может быть вычленено лишь аналитически¹. Но это не лишает право его специфического принципа, который и позволяет вычленять право в многообразии социальных явлений и определяет особый, юридический метод познания права.

В праве, рассматриваемом в качестве системы норм, привлекает внимание отношение между явлением и сущностью, или отношение между его феноменистической и эссенциалистической сторонами. Правовое явление – это форма проявления сущности

* Статья рекомендована к печати кандидатом юридических наук, профессором В.А. Четвернинным.

¹ См.: *Честнов И.Л.* Проблемы и перспективы юридической науки XXI века // Юриспруденция XXI века: горизонты развития. СПб., 2006. С. 74.

права, внешнее обнаружение сущности, внешние свойства и их системная структурированность. Сущность права – это основное, определяющее в содержании правовой системы, обуславливающее другие ее свойства.

Проявление сущности права в правовых явлениях раскрывается в нескольких планах. Наиболее значимыми из них являются взаимодействия внутри правовой системы и с другими социальными системами, развитие правовой системы, познание правовой системы.

Вне взаимодействия правовая система остается «вещью в себе», не «является», следовательно, и об ее сущности ничего узнать нельзя. Только взаимодействия системы права раскрывают ее сущность, природу, характер отношений, структуру.

Одновременно с этим правовое явление (проявление сущности права) при взаимодействии с явлениями других систем не только проявляет свою сущность, но и несет на себе печать другой сущности, отражает специфику явления и сущности другой системы, например, системы властвования, повеления-подчинения (ибо государство как организация власти правового типа включает в себе не только правовое, но и властно-иерархическое начало). Также необходимо добавить, что явление выражает лишь одну из сторон сущности, никогда полностью не совпадая со своей сущностью. В свою очередь, сущность никогда полностью не совпадает со своими явлениями, ни взятыми порознь, ни в совокупности.

Познание идет от правовых явлений к правовой сущности и от менее глубокого знания к более глубокому знанию о сущности. Однако развитие процесса познания сущности не исключает, а предполагает возможность ее объективного отражения и достижения первого ее абсолютного рубежа, основного закона или принципа, позволяющего объяснить эту сущность.

При познании сущности права субъект осознает следующие антиномии: «право есть закон, право не есть закон», «закон есть право, закон не есть право». При познании сущности права необходимо знать закономерности и динамику развития законодательства. История западноевропейского законодательства (и вообще западной цивилизации) свидетельствует о движении в направлении утверждения, защиты и развития свободы челове-

ка. Соответственно, при отождествлении права и свободы западноевропейское законодательство есть право. В данном случае история свободы дает основание эволюционно-прогрессистской концепции всемирно-правового развития. Но эта либертарная концепция должна учитывать многообразие путей и направлений развития различных народов, культурно-исторических типов и цивилизаций².

История развития восточных цивилизаций демонстрирует некоторый прогресс свободы, не достаточный, однако, для того, чтобы считать обеспечение свободы основополагающим принципом закона. Поэтому, исходя из либертарной концепции, применительно к этим цивилизациям нельзя отождествлять право и закон, так как здесь закон не признает свободу высшей ценностью.

Кроме того, нужно учитывать, что право как система норм выражается, объективируется не только в законе, но и в деятельности (система правоотношений), и в сознании большинства взаимодействующих в обществе и государстве субъектов (общественное правосознание). Например, советские конституции декларировали некоторые права человека, но фактические общественные отношения и общественное сознание были далеки от признания такой свободы (такое положение во многом сохраняется и в постсоветской ситуации).

Поскольку государство в рамках юриспруденции может рассматриваться только как правовое явление (государственность в ее неправовых аспектах не входит в предмет юриспруденции), познание права включает в себя и познание правовой государственности. В этом проявляется дуализм объектов и единство предмета юриспруденции³. Как подчеркивал В.С. Нерсисянц, признание единой юридической науки о праве и государстве предполагает преодоление дуализма ее объектов на теоретико-понятийном уровне – в форме одного понятия об этих двух объектах, выражающего их сущностные свойства: «Юридическая наука возникла, развивалась и развивается как юрис-

² См.: Семитко А.П. Развитие правовой культуры как правовой прогресс. Екатеринбург, 1996. С. 138.

³ См.: Нерсисянц В.С. Общая теория права и государства. М., 2002. С. 3.

пруденция, предмет которой – понятие права и соответствующее правовое понятие государства»⁴.

Имманентное развитие права проявляется в исторических типах права и государства. Их классификация объясняет исторические проявления сущности права. Поэтому классификация исторических типов права и государства находится в прямой зависимости от того, что понимается под сущностью права. Соответственно, каждая концепция правопонимания дает свою классификацию исторических типов права и государства и свое понимание прогресса права.

В позитивистских вариантах типологии, включая марксизм, классификация исторических типов права и государства строится на основе потестарной трактовки сущности права и государства, и основное внимание уделяется именно типам политического господства⁵.

В гегелевской интерпретации, по-видимому, сказавшейся на либертарной концепции В.С. Нерсисянца, исторические типы государства выступают как проявление свободы в ее всемирно-историческом развитии – от свободы лишь одного правителя при несвободе всех остальных (восточная теократия) к свободе некоторых (демократия или аристократия в греко-римском мире) и, наконец, к свободе всех в западноевропейской конституционной монархии.

Согласно либертарно-юридической концепции, писал В.С. Нерсисянец, *типы права и государства* – это основные исторические формы признания и организации свободы людей, выражающие этапы прогресса свободы⁶. В качестве таковых были обозначены «этнический» (исторически совпадающий с рабовладельческой формацией в марксизме), «сословный» (при феодализме), «индивидуалистический» (при капитализме) и современный «гуманитарно-правовой», причем различие двух последних не вполне понятно⁷. Предполагается, что все эти истори-

⁴ Нерсисянец В.С. Указ. соч. С. 6.

⁵ См.: Четвернин В.А. Введение в курс общей теории права и государства. М., 2003. С. 111.

⁶ См.: Нерсисянец В.С. Указ. соч. С. 242.

⁷ Там же. С. 243–244.

чески разные явления должны демонстрировать одну и ту же сущность – формальное равенство (равенство в свободе)⁸.

Однако, как убедительно показал Н.В. Разуваев, для любого традиционного правопорядка – древнего или средневекового, восточного или западного – характерно множество различных, формально неравных друг другу статусов лиц, так что говорить о формальном равенстве как принципе традиционного (докапиталистического) права и государства невозможно⁹. И речь идет не о *всеобщем* формальном равенстве (равноправии), которое объективно невозможно в эпоху аграрного общества и которое, согласно либертарно-юридической концепции В.С. Нерсисянца, достигается только в эпоху индустриального общества («индивидуалистический» тип права и государства). Речь идет о том, что традиционное право и современное право – это якобы в

⁸ «История права – это история прогрессирующей эволюции содержания, объема, масштаба и меры формального (правового) равенства при сохранении самого этого принципа как основного положения не только любой системы права, но и права вообще. Разным этапам исторического развития свободы и права в человеческих отношениях присущи свой масштаб и своя мера свободы, свой круг субъектов и отношений свободы и права, словом, свое содержание принципа формального (правового) равенства. Так что этот принцип является постоянно присущим праву, имея исторически изменяющуюся сферу и меру регуляции» (Нерсисянц В.С. Философия права. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2006. С. 33).

⁹ См.: Разуваев Н.В. Субъект права как историко-культурная категория // Ежегодник либертарно-юридической теории. Вып. 1 / Под ред. В.А. Четвернина. М., 2007. С. 54–60.

Н.В. Разуваев полагает, что традиционное государство (и право) и современное государство следует объяснять не как два исторических типа проявления одной и той же сущности, а как два онтологически разных типа, демонстрирующих разную с точки зрения права сущность. Традиционное государство, в социально-типологическом отношении соответствующее аграрным (доиндустриальным) обществам, построено по принципу частного права, когда политическое господство аналогично господству собственника над вещью, проистекает из права собственности на землю, и только современное государство имеет публично-правовую природу, являясь институтом публичного властвования в современном обществе (см.: Разуваев Н.В. Традиционное государство: правовая природа, сущность и типология. СПб., 2008).

сущности разные явления и что принцип традиционного права – формальное неравенство.

Признавая большую научную ценность проведенного Н.В. Разуваевым анализа множественности правовых статусов в эпоху аграрного общества, тем не менее подчеркнем, что именно в условиях античного полиса и вообще в греко-римской античности исторически впервые достигается (хотя далеко не везде) формальное равенство – внутри круга лиц, обладающих одинаковым статусом. Можно говорить о равном правовом статусе членов одного сословия независимо от их имущественного положения или о формально равном доступе полноправных граждан к занятию публичных должностей в демократических республиках. Разумеется, именно имущественное неравенство могло быть причиной формально неравных статусов, а политическое равноправие – это скорее исключение из общего правила. Поэтому эпоху аграрного общества следует характеризовать как исторически неразвитую правовую ситуацию. Но, подчеркнем еще раз, эти проявления сущности права – равенства в свободе – впервые возникают не в современном государстве, соответствующем обществу индустриального типа, а в доиндустриальную эпоху.

Этот пример показывает, как ценностная позиция исследователя влияет на его интерпретацию фактов: внутрисословное равенство людей в их правосубъектности в сочетании с межсословным неравенством статусов можно оценивать и как формальное неравенство, и как исторически неразвитое проявление формального равенства.

ПРОБЛЕМА РАЗУМНОСТИ В ЛИБЕРТАРНО-ПРАВОВОМ ДИСКУРСЕ*

Понятие разумности, на первый взгляд очевидное, при ближайшем рассмотрении оказывается весьма неопределенным. Неопределенность эта вызвана тем, что разумным зачастую пытаются поименовать все то, что, по мысли именующего, заслуживает положительной оценки. Так разумность превращается всего лишь в указатель отношения использующего названный термин к предмету рассмотрения.

Преодоление означенной неопределенности возможно лишь посредством выяснения правовой природы разумности, ее собственного содержания. Эта задача требует для своего решения наличия вполне твердого теоретического фундамента. В качестве такового выступает тот или иной тип правопонимания.

Каждый тип правопонимания не только предоставляет в руки исследователя метод¹, но и в известном смысле очерчивает возможный круг вопросов и способ их постановки. Одни и те же, казалось бы, вопросы приобретают различное звучание в зависимости от того, в рамках какого взгляда на существо права они задаются. Сказанное справедливо и применительно к проблеме разумности.

В литературе принято выделять три принципиально различных типа правопонимания: позитивистский (легистский), естественно-правовой (юснатуралистский) и либертарно-

* Статья рекомендована к печати доктором юридических наук, профессором Д.В. Дождевым.

¹На единство предмета и метода юридической науки указывает В.С. Нерсисянц: «...специфическое понятийно-юридическое знание (т.е. юрико-теоретическое, понятийно-правовое знание о праве и государстве) – это одновременно и предмет научно-юридического познания права и государства, и метод их юридического познания (тип, форма, результат юридического метода познания данных объектов)» (Нерсисянц В.С. Общая теория права. М., 2001. С. 10).

юридический². В рамках каждого из перечисленных способов правопонимания проблема разумности может быть поставлена совершенно самостоятельным образом.

Позитивистский тип правопонимания в различных своих формах постулирует тождество права и закона. Строго говоря, позитивизм интересуется лишь данность (наличествующий закон, обычай, прецедент)³. Разумность здесь, по определению, может рассматриваться лишь в соотнесении с этой данностью. Осмысление разумности в строго позитивистском ключе приводит в итоге лишь к отождествлению разумности и целесообразности. Такое отождествление, впрочем, несколько не добавляет ясности, поскольку отсутствуют надежные критерии для определения того, что же является целью (будь то цель нормы позитивного права или цель поведения субъекта).

Места для разумности в рамках позитивистского подхода не находится потому, что ее роль здесь не специфична, вместо разумности можно использовать множество других категорий (что и происходит сплошь и рядом, когда, например, разумность смешивается с добросовестностью, а добросовестность – с разумностью)⁴, поскольку целью и смыслом использования указанных категорий выступает всего лишь стремление получить инструмент, позволяющий в случае необходимости (практиче-

²См., например: Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 2002. С. 136–138.

³ «Здесь право сводится к принудительно-властным установлениям, к формальным источникам так называемого позитивного права (законам, указам, постановлениям, обычному праву, судебному прецеденту и т.д.), т.е. к закону (в собирательном смысле) – к тому, что официально наделено в данное время и в данном месте законной (властно-принудительной) силой» (Проблемы общей теории права и государства / Под ред. В.С. Нерсесянца. М., 2002. С. 137).

⁴Так, О.А. Папкина пишет: «...следует говорить о взаимосвязи справедливости, добросовестности и разумности в следующем соотношении: справедливость является общим правилом, разумность – его конкретизацией. Разумность соотносит поведение конкретного лица с действиями среднего человека и представляет собой сочетание субъективных и чужих интересов, основанное на добросовестности» (Папкина О.А. Усмотрение суда. М., 2005. С. 179–180).

ской целесообразности) так или иначе корректировать применение закона⁵.

Иная ситуация складывается, когда разумность анализируется с естественно-правовых позиций. В этом случае разумность может рассматриваться как некое свойство права, как то, что может обосновать и в каком-то смысле «оправдать» право. Но и здесь разумность представляет собой внешнюю характеристику, значение которой как раз и состоит в том, чтобы выступать надправовым критерием.

Так, в действующем гражданском законодательстве понятие разумности вводится в ст. 10 Гражданского кодекса РФ, озаглавленной «Пределы осуществления гражданских прав», где сам термин «пределы осуществления» подразумевает необходимость как-то ограничить право, задать ему определенные рамки.

Подобный подход, в отличие от позитивно-правового подхода, позволяет хотя бы ставить вопросы о взаимосвязи правового и разумного. Тем не менее и указанный подход исключает саму возможность исследования разумности в исключительно правовой плоскости. Естественно-правовая разумность, выполняющая для права роль ориентира, сама может находиться только в какой-то иной, внешней по отношению к праву сфере.

В известном смысле природа права как самодостаточного явления, самого являющегося формой (мерой)⁶, а потому не нуждающегося в каких-либо внешних определителях, здесь также отрицается.

На наш взгляд, разумность как правовая проблема обретает наиболее полное выражение в рамках либертарно-юридического подхода.

Само интуитивное представление о разумности связывает последнюю с проблемой выбора. Разумность может осуществляться лишь в акте выбора, никакого иного способа проявления разумности нельзя даже вообразить.

⁵Некоторые авторы прямо указывают, что нормы, содержащие упоминание о разумности суть «каучуковые нормы» (см., например: *Брагинский М.И. Витрянский В.В.* Договорное право. Общие положения. М., 1997. С. 110).

⁶См., например: *Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства. М., 2001. С. 53–59.

Идет ли речь о разумном законодательстве или разумном лице, подразумевается некое поведение, реализующее одну из альтернатив. В первом случае – это поведение законодателя, который предпочел один вариант регулирования другому, а во втором – лица, тем либо иным образом осуществляющего свои права и исполняющего обязанности.

Выбор возможен тогда и только тогда, когда совершающий выбор имеет перед собой альтернативы. Чтобы при этом вести речь о разумности (о проявлении разума), надо, чтобы эти альтернативы не были бесконечны. Для выполнения этого условия требуется наличие определенных «правил игры». Только конкретные нормы, содержащие определенные правила поведения, предусматривающие варианты поведения, а также их последствия могут предоставить принципиальную возможность оценивать текущую ситуацию и прогнозировать ее развитие, в том числе в зависимости от собственных выборов. Такие «правила игры» содержит в себе позитивное право.

Вопрос, следовательно, в том, необходимо ли, чтобы закон был правовым, соответствующим критерию формального равенства?

На наш взгляд, только наличие двух условий в совокупности позволяет утверждать наличие возможности разумного поведения. Первое условие, о котором было сказано выше, состоит в том, что лицо должно иметь выбор. Второе – от его выбора должен (пусть лишь в известной степени) зависеть результат совершаемых им действий. Соответствует ли этим условиям закон, лишенный качества правового, т.е. не удовлетворяющий критерию формального равенства? Очевидно, что нет.

Для правового закона принципиальным является, чтобы правоотношение оставалось тождественным при перестановке участников. Инвариантность регулирования относительно участников – это отличительная черта правового закона.

Не отдавая предпочтения ни одному из участников, но задавая при этом определенные рамки, такой закон как раз и создает предпосылки для разумного поведения, т.е. поведения не просто свободного, но и осмысленного (в противоположность поведению, от которого ничего не зависит).

Неправовой закон имеет совершенно иную природу. Целью установления правила поведения здесь является не создание для сторон возможности выстраивать свои взаимоотношения на основе свободных действий, а утверждение однозначного алгоритма, обеспечение того, чтобы одно лицо получило нечто за счет другого. В повелении неправового закона имплицитно уже присутствует результат регулирования. Как бы лицо, которому закон отдает предпочтение, ни поступало, оно всегда получает свое, ибо в этом и состоит цель закона. Но там, где результат определен заранее, выбор бессмыслен. Неправовой закон принципиально исключает разумность.

В указанном контексте следует, на наш взгляд, понимать «разумность» права. Это не внешнее, внеправовое качество, а возможность, порождаемая правом. В.С. Нерсисянц пишет, что «свобода как смысл и содержание правовой формы и правовой меры равенства» имеет «корень в разумной природе человека, во всеобщности, общезначимости и равнозначности смысла и форм познания, свойств разума и разумной деятельности людей»⁷. Можно, впрочем, утверждать и обратное – как свобода имеет свой корень в разумной природе человека, так разумная природа человека имеет свой корень в свободе.

Однако мало сказать, что для разумности необходима свобода. Этот тезис определяет сферу существования разумного, но не дает ключа к ответу на вопрос, что такое разумность. Наличие выбора – это условие. Одного его явно недостаточно, чтобы утверждать наличие разумности (в противном случае любое поведение в рамках правового закона следовало бы признать разумным, что нелепо).

Разумность проявляется в осуществлении выбора: предпочитая одну из имеющихся альтернатив, лицо демонстрирует либо разумность, либо неразумность. Здесь встает вопрос о критерии. Всякое осознанное поведение имеет какую-то цель. Достижение или недостижение цели может служить определению того, разумны или неразумны были те выборы, которые на пути к этой цели совершало лицо. Но если вести речь о цели вообще, о

⁷Нерсисянц В.С. Философия права. М., 2004. С. 329.

произвольной цели каждого конкретного лица, окажется, что разумность вновь уступает свое место целесообразности.

Либертарно-правовой подход позволяет избежать подобной редукции. Формальное равенство состоит в том, что участники правоотношения рассматриваются безотносительно своих индивидуальных различий всего лишь как субъекты этого самого правоотношения. Согласно В.С. Нерсесянцу, «правовой тип (форма) взаимоотношения людей – это отношения, регулируемые по единому абстрактно-всеобщему масштабу и равной мере (норме) дозволений, запретов, воздаяний и т.д.»⁸.

Субъект в такой системе тоже оказывается формальным. Применение абстрактно-всеобщего масштаба предполагает вменение каждому интересов и целей, обусловленных правовой нормой. Цели субъектов, таким образом, перестают быть произвольными (случайными) и обретают правовую всеобщность⁹. Только такие цели могут выступать ориентирами разумного поведения.

Можно сказать, что субъект, которому адресовано требование разумного поведения, – это юридический субъект, модельный субъект, возникающий и реализующий себя как функция правовой нормы. Интересы и цели такого субъекта заданы нормой. Лицо утрачивает индивидуальное (фактическое, случайное) и в то же время приобретает саму возможность действовать разумно, т.е. обретает социально значимую роль разумного лица.

Существование разумности как таковой в качестве необходимого условия предполагает наличие свободы, возможности совершать выбор. Именно свобода как проявление принципа

⁸*Нерсесянц В.С.* Сравнительное правоведение в системе юриспруденции // Государство и право. 2001. № 6. С. 7. См. также: *Нерсесянц В.С.* Философия права: либертарно-юридическая концепция // Вопросы философии. 2002. № 3 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://www.libertarium.ru/libertarium/1957>.

⁹В этой связи В.С. Нерсесянц пишет: «Свобода индивидов и свобода их воли – понятия тождественные. Воля в праве – свободная воля, которая соответствует всем сущностным характеристикам права и тем самым отлична от произвольной воли и противостоит произволу» (*Нерсесянц В.С.* Общая теория права и государства. М., 2001. С. 59–60).

формального равенства лежит в основе либертарного правопонимания. Различение права и закона и соответствующее разграничение закона правового от закона неправового позволяют определить пространство, в котором только и существует разумность. Следовательно, сама постановка вопроса о содержании разумности возможна, по существу, лишь в рамках либертарного типа правопонимания.

Формальное определение субъекта позволяет не только определить сферу, в которой разумность возможна, но и установить критерии разумного поведения. В разумном поведении лицо наиболее полно актуализирует себя в качестве субъекта правового общения.

Таким образом, именно в рамках либертарного правопонимания проблема разумности может быть адекватно выражена и разрешена.

*О.А. Короткова**

ПРИНЦИПЫ ЭКСПЕРТИЗЫ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА: ПОНЯТИЕ, СОДЕРЖАНИЕ И КЛАССИФИКАЦИЯ

В современной юридической науке не проводилось предметного исследования принципов экспертизы законодательства, хотя исследований видовой классификации экспертиз и их принципов в целом существует много. Представляется, что вопрос о принципах экспертизы законодательства имеет важное значение в силу того, что с определением общих направлений и идей построения российского государства, исходя из Конституции России, и значимости стабильности и правильного вектора развития для правовой системы Российской Федерации, необходима регламентация законодательной экспертизы, которая не может быть осуществлена качественно без теоретического исследования, в частности вопроса о принципах экспертизы законодательных актов. В связи с этим разработка вопроса, касаю-

* Статья рекомендована к печати доктором юридических наук, профессором С.В. Полениной.

щегося базовых начал, при реализации которых достигается жизнеспособность и эффективное построение законодательной базы российского государства, имеет огромное значение.

Изучение монографических работ, затрагивающих вопросы классификации принципов различных видов экспертизы, таких авторов, как В.Я. Колдин, Е.Р. Россинская, Р.С. Белкин, А.А. Разуваев, И.А. Закиров и других, дает возможность произвести анализ основных принципов в данной сфере, а также сформулировать собственное (авторское) понятие принципов экспертизы законодательства и дать их классификацию. В качестве нормативной модели закрепления принципов экспертизы законодательства представляется целесообразным использование юридических конструкций, предложенных в модельных законах «О государственной экспертизе»¹, «О научной и научно-технической экспертизе»² и Федеральном законе «Об экологической экспертизе»³.

Итак, под принципами экспертной деятельности А.А. Разуваев предлагает понимать общие, руководящие, исходные положения, определяющие наиболее существенные стороны этой деятельности, содержание всех видов экспертизы, правовое положение участников экспертной деятельности, обеспечивающие достижение ее целей⁴.

Другой автор – И.А. Закиров – считает, что под принципами правовой экспертизы, которая в большинстве случаев является одним из главных видов экспертизы законодательных актов, следует понимать систему взаимосвязанных основополагающих начал, идей, реализация которых в процессе экспертного исследования направлено на достижение единой цели – получение

¹ Модельный закон «О государственной экспертизе» // www.cis-exp.ru/legal-sup/law_s_mod1.php.

² Модельный закон о научной и научно-технической экспертизе // www.cis-exp.ru/legal_sup/law_s_mod2.php.

³ Федеральный закон от 23 ноября 1995 г. № 174-ФЗ «Об экологической экспертизе» // СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4556.

⁴ См.: Разуваев А.А. Экспертиза как средство повышения эффективности процесса правореализации (вопросы теории и практики): Дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2006. С. 84.

качественного результата, используемого в юридическом процессе⁵.

Любая экспертиза относительно проектов или вступивших в законную силу правовых актов имеет общие черты (признаки), которые можно использовать для построения дефиниции принципов законодательной экспертизы.

Во-первых, любая экспертиза, в частности и экспертиза законодательства, это деятельность (процесс), которая состоит из ряда последовательных стадий, различающихся своими существенными особенностями. При этом каждая стадия в свою очередь обладает рядом присущих ей черт: длительность (временная характеристика), инструментарий (совокупность способов и приемов), материальная составляющая (затраты на проведение экспертизы) и т.д. Именно эти особенности и должны быть учтены при определении принципов законодательной экспертизы.

Во-вторых, принципы законодательной экспертизы должны быть согласованы между собой, так как предъявляются в совокупности к единому процессу – экспертизе.

С учетом вышеизложенного *под принципами экспертизы законодательства представляется возможным понимать совокупность взаимосвязанных базовых начал, при реализации которых достигается юридически значимый результат в виде экспертного заключения по проекту или вступившему в законную силу нормативному правовому акту.*

Для проведения классификации принципов экспертизы законодательства следует учитывать, что существуют принципы, распространяющиеся на всю экспертную деятельность, например принципы законности и соблюдения прав и свобод человека и гражданина, прав юридического лица и другие – их можно отнести к группе основных принципов.

Принципы, применимые в основном к экспертизе законодательства, к примеру, принцип достаточности, состязательности, можно отнести к дополнительным принципам.

⁵ См.: Закиров И.А. Правовая экспертиза: Дисс. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2008. С. 57.

Итак, к числу *основных* принципов законодательной экспертной деятельности, следует отнести:

- 1) принцип законности экспертизы законодательства;
- 2) принцип ответственности;
- 3) принцип соблюдения прав и свобод человека, гражданина и юридического лица;
- 4) принцип научности и информационной обеспеченности;
- 5) принцип системности;
- 6) принцип своевременности;
- 7) принцип полноты экспертного исследования;
- 8) принцип финансовой обеспеченности;
- 9) принцип независимости результата экспертизы от заказчика;
- 10) принцип объективности экспертного исследования.

К числу *дополнительных* принципов экспертизы законодательства следует отнести:

- 1) квалификационный принцип;
- 2) принцип состязательности;
- 3) принцип достаточности.

Рассмотрим основную и дополнительную классификацию принципов экспертизы законодательства в контексте их содержания.

Принцип законности экспертизы законодательства. В теории государства и права под законностью понимают и общеправовой принцип, и признак общеобязательности права, и метод государственного управления, и особый режим общественной жизни, и результат правового регулирования и т.д.⁶

Соблюдение принципа законности при осуществлении экспертизы законодательства означает точное исполнение требований федерального и регионального законодательства, составляющего основу этой деятельности, а также выполнение как органом или лицом, назначившим экспертизу, так и руководителем экспертного учреждения, а также экспертом всех предписаний

⁶ См.: Общая теория государства и права. Академический курс: В 2 т. / Под ред. проф. М.Н. Марченко. М., 1998. С. 506–508; Теория государства и права: Курс лекций / Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 550.

ведомственного характера (например, Регламенты палат Федерального Собрания Российской Федерации).

Требование законности распространяется не только на фактически осуществляемые действия и решения, но и на документы, отражающие содержание, результаты исследования, а также их оценку.

Одной из ключевых особенностей данного принципа выступает то, что он охватывает своим содержанием все другие принципы.

Считаем, что нарушение принципа законности в виде несоблюдения норм российского и международного законодательства при осуществлении экспертизы законодательства должно влечь за собой ответственность, установленную законодательством Российской Федерации. В силу этого *принцип ответственности эксперта* за полноту проведенного исследования, обоснованность и достоверность представленного заключения является одним из основополагающих наравне с принципом законности.

В настоящее время действующее законодательство Российской Федерации не устанавливает ответственности экспертов за предоставление заведомо ложных заключений в целях осуществления законодательной деятельности парламента российского государства, полномочий Президента или Правительства РФ, министерств и иных федеральных органов исполнительной власти. Это явный пробел в законодательстве, а отсутствие в нормативных документах соответствующих наказаний за данное деяние может повлечь халатность со стороны эксперта или экспертного учреждения в отношении проводимого исследования. Поэтому введение реестра как добросовестных экспертов (экспертных учреждений), так и заказчиков с точки зрения финансовой дисциплины последних представляется обоснованным; необходимо также, внести изменения в Кодекс об административных правонарушениях, предусмотрев высокую материальную и дисциплинарную ответственность за недобросовестную экспертизу.

Необходимость закрепления принципа ответственности эксперта обуславливается правовым значением фактов, устанавливаемых с помощью правовой экспертизы.

Особенная роль экспертизы законодательства заключается в том, что она призвана служить элементом защиты охраняемых законодательством интересов личности, общества и государства. Поэтому *принцип соблюдения прав и свобод человека и гражданина* является важнейшим государственным и общеправовым принципом, закрепленным в ст. 2 Конституции РФ. При организации и производстве экспертизы законодательства экспертная деятельность должна быть ориентирована на неуклонное соблюдение конституционных прав граждан, предусмотренных ст. 21 и 22 Конституции РФ, согласно которым каждый имеет право на свободу, личную неприкосновенность, охрану достоинства личности⁷.

Содержание провозглашенного конституционного и общеправового принципа применительно к экспертной деятельности законодательства заключается в требовании соблюдения прав человека, а также прав юридического лица, которые могут быть затронуты в ходе осуществления экспертной деятельности.

Принцип научности и информационной обеспеченности предполагает, что экспертиза законодательства должна проводиться с учетом имеющихся научных разработок, существующих достижений в конкретной области научных познаний, а также экспертное исследование должно быть основано на использовании широкого круга информации.

Эффективность экспертной деятельности предполагает также осуществление ее в соответствии с достижениями правовых и других наук (как гуманитарных, так и естественных), позволяющих выявить, определить и сформулировать основные факторы развития определенной сферы правового регулирования.

Принцип системности предполагает организацию экспертной деятельности с использованием комплекса методов, согласованных и дополняющих друг друга. Любая экспертиза законодательства конечной целью имеет повышение его эффективности, что может быть достигнуто путем сокращения излишней множественности нормативных актов, восполнения их пробель-

⁷ Разуваев А.А. Указ. соч. С. 89–90.

ности, устранения противоречивости между законами и тем самым упрочения системности законодательства.

Принцип своевременности экспертизы законодательства предполагает проведение исследования в установленные временные рамки в силу того, что результаты исследований подтверждают качество проектов нормативных правовых актов, а законотворческий процесс имеет фиксированную в законодательстве временную процедуру.

Р.К. Надеев, в частности, под своевременной экспертизой понимает такую, которая проводится заблаговременно по каждому законопроекту. Это, по мнению ученого, является одной из важных гарантий качества законопроекта. В настоящее время на законодательном уровне не решен вопрос о сроках проведения экспертиз. На наш взгляд, в этом и нет необходимости, так как быстрота проведения исследования ставится в зависимость от его сложности. Однако подобные попытки на практике имели место. В свое время была предпринята попытка принять федеральный закон «О порядке проведения правовой экспертизы в законодательном процессе». Предполагалось установить, что правовая экспертиза законопроекта должна проводиться в течение пяти дней со дня его регистрации в Государственной Думе и в то же время до завершения указанной экспертизы законопроект не считался внесенным в Государственную Думу⁸.

Принцип полноты и всесторонности экспертного исследования предполагает, с одной стороны, требование осуществления всего комплекса необходимых исследований, с другой – представление ответов на все вопросы. Проводимое исследование должно осуществляться в границах поставленных перед экспертом задач. Полнота экспертного исследования предполагает исследование такой совокупности свойств представленных материалов, которая позволяет полно и объективно ответить на поставленные перед экспертом вопросы.

Ни один из поставленных перед экспертом вопросов не должен остаться без ответа и не может быть просто пропущен. Общая теория экспертизы законодательства, которую также

⁸ См.: Надеев Р. Правовая экспертиза законопроектов // Российская юстиция. 1998. № 1. С. 40.

можно применить и к законодательной экспертизе определяет, что если эксперт не в состоянии ответить на поставленный вопрос, то он обязан дать мотивированное сообщение о невозможности проведения исследований и дачи заключения⁹.

Всесторонность экспертного исследования предполагает выяснение всех значимых для разрешения задач экспертизы конкретных вопросов, поставленных перед экспертом на основе исследования материалов, представленных на экспертизу. Всесторонность предполагает исследование всех объективно возможных вариантов при осуществлении экспертизы, тем самым предотвращая односторонность и субъективизм экспертного исследования.

Несоблюдение принципа полноты и всесторонности экспертизы законодательного акта служит основанием для производства дополнительной или повторной экспертиз.

Принцип финансовой обеспеченности (вознаграждения) – требование финансирования любого экспертного исследования. Работа экспертов должна оплачиваться в соответствии с договорными обязательствами независимо от того, удовлетворяют ли заказчика выводы и рекомендации экспертизы, их обоснованность, справедливость и т.п.

Другим важнейшим принципом, гарантирующим эффективность экспертной деятельности законодательства, является *принцип независимости результата экспертизы от заказчика*. Только независимый эксперт, проводя исследование при производстве экспертизы, может вынести в полной мере объективное заключение, тем самым способствуя достижению поставленной перед экспертной деятельностью задачи – оказание содействия лицам, назначившим экспертизу.

Независимость заключается в полном отсутствии каких-либо посторонних влияний на формирование внутреннего убеждения эксперта по предмету экспертизы.

Поэтому проведение экспертизы в экспертном учреждении имеет ряд положительных моментов. Например, во-первых, вли-

⁹ Процессуальное законодательство рассматривает это действие эксперта как его право отказаться от дачи заключения в двух случаях: некомпетентности и недостаточности представленных материалов для дачи заключения. См. ст. 85 ГПК РФ, ст. 45 АПК РФ, ст. 57 УПК РФ.

яние заказчика или иных лиц, заинтересованных в даче заключения по законодательному акту, затрудняется; во-вторых, при комиссионном подходе к проведению экспертизы уменьшается фактор коррупционности, а также повышается качество экспертизы.

Формально принцип независимости провозглашается во всех действующих нормативных актах и концепциях экспертизы. Однако фактически в практике экспертных учреждений правоприменительной и управленческой деятельности этот принцип игнорируется, ущемляется или грубо нарушается. Эксперт, находящийся в какой-либо иной зависимости от заказчика, это уже не эксперт, а в лучшем случае научный консультант или технический представитель интересов той или иной стороны в споре по предмету экспертизы¹⁰.

Независимость экспертизы также заключается в возможности проведения альтернативных экспертиз, в конкуренции государственных и негосударственных экспертных учреждений.

Принцип независимости эксперта должен быть прежде всего, обеспечен строгим нормативным разграничением процедур управленческой и экспертной деятельности, автономией источников экспертной информации, методов их получения и исследования, а также рядом требований, исключающих личную заинтересованность эксперта и возможность посторонних влияний на формирование его выводов.

Независимость эксперта должна гарантироваться запретом для руководителей экспертных учреждений давать эксперту указания, предрешающие содержание выводов по конкретной экспертизе. Экспертиза законодательства – это публично-правовая деятельность, тем не менее государственный эксперт как должностное лицо в силу российской специфики построения вертикали власти чаще всего административно зависим, но эта зависимость, как представляется, не должна распространяться на производство конкретных экспертиз и дачу по ним заключения. При установлении уполномоченными органами (прокуратурой,

¹⁰ См.: Колдин В.Я. Экспертиза как инструмент права // Проблемы юридической техники: Сб. статей / Под ред. В.М. Баранова. Н. Новгород, 2000. С. 686.

Министерством юстиции) фактов зависимости экспертизы следует предусмотреть как дисциплинарную ответственность (вплоть до запрета заниматься экспертной деятельностью), так и материальную ответственность должностных лиц, так как деньги, потраченные на проведение экспертизы (как правило, выделяемые из бюджетных средств), использовались неэффективно.

Принцип объективности в экспертизе законодательства означает требование от эксперта проводить исследования и формулировать выводы строго на научно-методической и практической основе, которая соответствует современному уровню развития той области знаний, которую он представляет. Эта основа должна базироваться на положениях, дающих возможность проверить обоснованность и достоверность сделанных выводов на базе общепринятых научных и практических данных. Не менее важное условие объективности экспертизы законодательства – это объективность самого автора данной деятельности – эксперта. Считаем, что если есть сомнения в беспристрастности эксперта, к примеру, если он ранее был замечен в лоббировании политических интересов¹¹; особенно внимательно стоит относиться, когда экспертизу проводит эксперт или экспертное учреждение, зависимые от организаторов экспертизы законопроекта (финансовая зависимость, членство в политической партии, вынесшей на рассмотрение законопроект, и т.д.), то такие эксперты также подлежат отводу.

Экспертиза законодательства – эта сфера, в которой важную роль играет субъективный фактор, а именно лицо, производящее экспертизу. Поэтому индивидуальные (частные) принципы, относящиеся косвенно к самому процессу экспертной деятельности, но тесно связанные с конкретно взятой экспертизой законодательства, можно объединить в группу частноправовых (дополнительных) принципов и обозначить ее как принципы, используемые экспертом (экспертным учреждением).

¹¹ Эта проблема неоднократно рассматривалась многими учеными: См., например: *Любимов А.П.* Лоббизм как конституционно-правовой институт. М., 1998; *Автономов А.С., Захаров А.А., Любимов А.П.* Законодательный процесс в России: граждане и власть. М., 1996; *Любимов А.П.* История лоббизма в России. М., 2005.

Первый из дополнительных принципов, который необходимо рассмотреть, это *квалификационный принцип*.

Осуществление экспертизы экспертом в пределах своей специальности (квалификации) является неременным условием качества проводимого им исследования. Вполне очевидно, что эксперт не в состоянии дать объективное заключение в том случае, если необходимые для производства экспертизы исследования выходят за рамки его специальных знаний.

Заказчик экспертизы законодательства должен иметь четкое представление о том, эксперту какой специальности она должна быть поручена. Критерии оценки законодательства в рамках экспертизы не могут выходить за пределы специальных знаний эксперта, которые приобретаются в результате профессиональной подготовки и накопления практического опыта (на это может указывать диплом об образовании эксперта, стаж экспертной работы).

Квалификационный принцип требует от эксперта браться за решение только тех вопросов, по которым он профессионально осведомлен и для решения которых (дачи квалифицированного заключения) он в достаточной степени владеет методами теоретической и практической работы. Между тем в Российской Федерации до сих пор не сформирована государственная система гарантий обеспечения этого важного принципа экспертной деятельности. В условиях постоянно растущей потребности в экспертных кадрах в стране отсутствует должная государственная система подготовки и усовершенствования экспертных кадров.

Квалификационный принцип должен быть обеспечен, во-первых, системой аттестации и лицензирования научных экспертных учреждений и сотрудников, работающих в них; во-вторых, свободой выбора экспертов, приглашаемых для выполнения экспертизы; в-третьих, системой конкурсов по отбору учреждений и экспертов для производства экспертиз законодательства по наиболее значимым для государства и общества проектам законов.

Другим важнейшим принципом, гарантирующим эффективность экспертной деятельности, является *принцип состязательности*. Суть его в том, что эксперт должен быть готов доказывать аргументированность своего заключения в диспуте с дру-

гими экспертами, а состязательность экспертных организаций обуславливается системой конкурсов на проведение экспертиз законодательных актов.

И наконец, *принцип достаточности* означает, что лучший выбор определяется выбором среди возможных альтернатив. В философской интерпретации принцип достаточности означает, что для решения задач важно осознать выявленные закономерности, чтобы принять единственно верное решение. В юридическом осмыслении экспертиза законодательства должна быть эффективна и сбалансирована как в отношениях временных показателей, так и со стороны финансирования.

В целом важность принципов экспертизы законодательства заключается как в обеспечении качественного исследования нормативных правовых актов, так и в принятии правильных решений со стороны организаторов экспертизы. Проведенный анализ принципов экспертиз законодательства показывает, что часть из них свойственна всем без исключения экспертным исследованиям, а часть характерна для экспертизы законодательства, что позволяет классифицировать принципы экспертизы законодательства на две группы: основные (общие) и дополнительные (частные).

М.С. Смольянов

О ЦЕННОСТИ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПРОЦЕДУРЫ*

В современном обществе активно используются процедурные механизмы регулирования отношений. При этом люди, сталкивающиеся с юридической процедурой, чаще всего воспринимают ее как некую формальность, которой необходимо следовать лишь в силу закона; другими словами, большинство людей не видят в процедуре и следовании ей какого-либо смысла. Подобная реакция имеет под собой разные причины. С одной стороны, это вызвано низким уровнем правосознания и пра-

* Статья рекомендована к печати кандидатом юридических наук, доцентом Е.Г. Лукьяновой.

вовой культуры общества, в силу чего человек не осознает ценность и преимущества процедуры. С другой стороны, можно говорить о низком качестве самой процедуры, что делает ее значимость незаметной.

К сожалению, приходится констатировать, что установленная законом юридическая процедура далеко не всегда отвечает необходимым требованиям и своему действительному назначению. Ведь закон, предписывающий исполнение процедуры, не должен являться единственным двигательным началом для ее соблюдения. В результате этого можно столкнуться не только с непониманием ценности юридической процедуры, но и с отрицательной реакцией в обществе как к самой процедуре, так и к закону, который ее устанавливает, что, безусловно, является недопустимым. Именно поэтому при осуществлении процедурного регулирования внимание должно быть направлено не только на формальную сторону процедуры, но и на ее содержание, для чего необходима надлежащая теоретическая база. В данной статье будет предпринята попытка выяснить, в чем состоит ценность юридической процедуры, каково ее значение в обществе.

В теории права встречаются отдельные работы, посвященные юридической процедуре, но их содержание, как правило, ориентировано только на ее общую характеристику. При этом вопрос о ценности процедуры довольно часто остается без внимания. Данное обстоятельство делает затруднительным получение целостного представления о юридической процедуре, ее сущности и назначении. В рамках данной статьи мы будем исходить из понимания ценностей как порождаемых культурой и (или) задаваемых трансцендентно содержаниям, вплетаемых в изменчивое многообразие социальной жизни, ее инвариантов, неких смыслов, связывающих времена и пространства. Поэтому выявить ценность юридической процедуры – значит найти ее инвариант, смысл, который несет это социальное явление в любые времена и любом обществе. Термин «процедура» в этимологическом плане идет от латинского «*procedere*» («*procedo*») – «шествовать», «идти», «продвигаться», «иду вперед»¹. Также процедуру определяют как «официально установленный порядок дей-

¹ Юридическая энциклопедия / Под ред. М.Ю. Тихомирова. М., 2002. С. 722.

ствий при обсуждении, ведении какого-либо дела»². Исходя из филологической герменевтики, процедура воспринимается еще и как «всякое длительное, последовательное дело, порядок, обряд»³.

Исследуемый вопрос требует рассмотрения сфер применения и времени появления юридической процедуры. Является ли юридическая процедура достоянием современного общества или она появляется на ранних этапах развития человечества? Исторические данные свидетельствуют о том, что у всех народов на самых ранних этапах развития процедуре изначально отводилось весьма значительное место⁴. Несмотря на то что в древний период истории процедура не обладала качеством формальной определенности, тем не менее человек исправно следовал ей.

Процедурные механизмы с самого начала связывались с нормативным регулированием. Реализация практически всех разновидностей социальных норм нуждается в процедурах и процедурных нормах. Ритуалы, церемониалы, обряды – все это виды процедур, связанные с социальной регуляцией⁵. Потому процедура – древнейший социальный регулятор. Однако юридическая процедура как социальный регулятор начинает использоваться лишь на более поздних этапах развития общества. Рассмотрим наиболее ранние (по моменту возникновения) процедуры.

Одно из ключевых мест в числе таких процедур занимает обряд. Данный вид процедуры имеет древнюю историю. Одним из примеров применения обряда является инициация, значение которой заключается в демонстрации определенных качеств, подтверждении (испытании) соответствия каким-либо требованиям, а также передаче новому поколению опыта предков, особенно приемов труда разного рода. Инициация являлась важнейшим этапом в процессе социализации индивида того време-

² Словарь иностранных слов. М., 1999. С. 417.

³ *Даль В.И.* Толковый словарь живого великорусского языка: В 4 т. М., 1980. Т. 1. С. 526.

⁴ См., например: *История Востока: В 6 т. Т. 1: Восток в древности / Отв. ред. В.А. Яковсон.* М., 2002.

⁵ См.: *Протасов В.Н.* Юридическая процедура М., 1991. С. 6.

ни⁶. У разных народов она носила оригинальный характер, но всегда предполагала довольно жесткое следование установленному порядку ее проведения. Инициация осуществлялась, например, при наступлении половой зрелости, когда подросток становился полноправным членом общины⁷, или при посвящении юношей в охотники⁸. Учитывая жизненно важную значимость охоты для людей древнего общества, особое внимание уделялось процедуре приобретения статуса (профессии) охотника.

Таким образом, обряд представляет собой вид процедуры, направленный на создание дополнительных гарантий обеспечения профессиональной принадлежности. В указанных случаях обряд служил достижению особых практических целей.

В числе самостоятельных видов процедур выделяют и церемониал. Но в отличие от обряда он довольно часто и вовсе не имеет практической значимости, однако можно говорить о его нравственной или психологической роли. В основе своей церемониал связывается со светской процессией, которой следуют, отдавая тем самым дань уважения, и воспринимают его как необходимое формальное требование, подлежащее обязательному соблюдению⁹.

Следующим видом процедуры, требующим отдельного рассмотрения, является ритуал. Данный вид процедуры определяется как периодически повторяемое действие или последовательность действий неутилитарного характера, в процессе которых человек или группа людей создают канал коммуникации с особым типом объектов, тем самым сближаясь с ним, или, другими словами, переживают сами и обозначают для других состояния, связанные с указанным опытом¹⁰.

⁶ См.: Бромлей Ю.В. История первобытного общества. Эпоха классовообразований М., 1988. С. 288.

⁷ См.: Заболотных В.А. Эхо тысячелетий. История человечества от его животных предков до возникновения древнейших цивилизаций. СПб., 1994. С. 60.

⁸ См.: Молева Н.В. История первобытного общества. Н. Новгород, 2002. С. 32.

⁹ См.: Левин С.Я. Культурология. Энциклопедия. Ч. 2. М., 2007. С. 400.

¹⁰ См.: там же. С. 398.

Данное определение во многом характеризует ритуал как сакральное явление. Наиболее полно сакральный характер ритуала можно увидеть на примере религии.

По утверждению Р. Смита, любая религия, древняя или современная, состоит из верований или догматов и определенной ритуальной практики. При этом в отличие от современных религий, где стержневым элементом является догмат с производной от него ритуальной практикой, в древних религиях действие, т.е. процедура, предшествовало догмату¹¹. Аналогичное разделение религии на верование и ритуал прослеживается и у Э. Дюркгейма, определяющего ритуал как систему правил поведения, которые предписывают, как человек должен вести себя в присутствии сакральных объектов¹². Таким образом, мы можем констатировать, что на начальном этапе развития религии наблюдается доминирование ритуала над догматом, и, следовательно, можем вести речь о первичности ритуала (процедуры).

Надо также сказать и о независимости ритуала от религии. В истории человечества была довольно продолжительная так называемая дорелигиозная эпоха. Дж. Леббок, ссылаясь на многочисленные свидетельства мореплавателей, путешественников, миссионеров, торговцев и др., утверждает, «что существуют такие человеческие расы, которые вовсе не имеют религии»¹³. Примечательно, что в обоих случаях ритуалы уже использовались как социальные регуляторы. Это позволяет рассматривать ритуал не как продукт религии, а как вид процедуры, имеющий самостоятельное и весьма ценное значение по отношению к религии.

Религия не единственная сфера применения ритуала. Крупнейший ученый – исследователь ритуалов В. Тернер на примере конкретного народа показал весьма широкий ряд случаев применения ритуала в повседневной жизни. Один из таких случаев – использование ритуала в процессе разрешения конфликта. В. Тернер пишет, что существует такая степень конфликта, когда восстановить близкую к расколу социальную

¹¹ Левин С.Я. Указ. соч. Ч. 2. С. 400.

¹² Там же.

¹³ Цит. по: Еремеев А.Ф. Первобытная культура: Происхождение, особенности, структура. Ч. 2. Саранск, 1997. С. 146.

структуру или достичь умиротворения, узаконив раскол, можно лишь посредством ритуала. Символы ритуала при этом имеют синтезирующий характер, объединяя в себе разнородные и логически не совместимые идеи¹⁴. В данном примере можно увидеть зачатки юридической процедуры, выполняющей функцию умиротворения, обеспечения порядка, благополучия общины.

В. Тернер рассматривает ритуал как наиболее важное средство постоянного поддержания общих норм и ценностей народа. Сложная система ритуала связана с символом, подражанием и восприятием, т.е. опирается на доминантные стороны человеческой психики¹⁵. Ритуал в первобытном обществе, как и позднее, выступает часто источником социальных норм, формирующихся в результате реализации ритуала. Это в очередной раз показывает особое значение процедуры в развитии человеческого общества и культуры, ее самостоятельности и первичности.

Подвергались ритуализации организация и функционирование власти в древнем обществе. В литературе данное явление получило название сакрализации власти, под которой понимается действие ритуалов, ориентированное на социальный порядок, контролируемый и регулярный контакт с природой и иным (сверхъестественным) миром, концентрировавшийся в культе вождей (и их предков), сосредоточивавших социальные потенции коллектива¹⁶.

Главной ритуальной функцией вождя, а впоследствии и царя было магическое обеспечение гармонии в природном и социальном мире, включая плодородие. Данные функции реализовывались посредством использования ритуала. При этом для достижения цели ритуала, т.е. обеспечения гармонии и спокойствия, люди порой совершали беспрецедентные поступки. Например, в преданиях мбунду правительница Темба Андумба принесла в жертву собственных детей, чтобы укрепить воинский дух народа¹⁷.

Вместе с тем сакрализация, т.е. ритуализация, по мнению исследователей, не только освящала и укрепляла власть вождя,

¹⁴ См.: Тернер В. Символ и ритуал. М., 1983. С. 12.

¹⁵ См.: Тернер В. Указ. соч. С. 15.

¹⁶ См.: Бромлей Ю.В. История первобытного общества. Эпоха классов. М., 1988. С. 421.

¹⁷ См.: там же. С. 423.

но, что очень важно, ограничивала возможности злоупотребления ею. В частности, эти ограничения заключались в ритуализации кормления, поборов, сбора дани и т.д.¹⁸ Важность данного обстоятельства связана с обобщающим выводом, который следует из него: процедура изначально служит средством ограничения произвола и, следовательно, выступает, говоря современным языком, как гарантия прав (свободы).

Таким образом, в рамках данной сферы применения ритуал обладает как сакральным, так и мирским (светским) значением. Но главная ценность состоит в том, что ритуал используется не только для усиления позиции власти, но одновременно и для ограничения, что позволяло избежать произвола и злоупотребления ею.

Юридическая процедура, как и рассмотренные выше виды процедур, имела собственный сценарий возникновения и развития. Например, у римского народа, пережившего, как и многие другие народы, эпоху частной расправы и осознавшего в итоге недопустимость подобных методов борьбы, введение порядка, т.е. процедуры применения насилия, стало первым этапом перехода к государственному суду¹⁹. Переход к государственному суду приводит к зарождению процессуального права, основным предметом которого является судебная процедура. Но здесь важно отметить, что первоначально судебная процедура имела своеобразное содержание. Обращаясь к древнему периоду истории римского процессуального права, можно увидеть, что ключевой чертой, в частности, легисакционного процесса был неукоснительный формализм, обставленный ритуальными формулами и жестами так, что малейшее отступление от ритуала приводило к проигрышу спора²⁰. Такая связь ритуала и зародившейся юридической процедуры указывает на существование общей у всех разновидностей процедуры основы, которая позволяет использовать комплексный подход в изучении, не ограничиваясь рамками отдельно взятой процедуры.

¹⁸ См.: там же. С. 424.

¹⁹ См.: Новицкий И.Б. Римское право. М., 2006. С. 32.

²⁰ См.: Пухан И., Поленак-Акимовская М. Римское право. М., 1999. С. 333.

Одним из важных моментов, которому необходимо уделить внимание, – это отношение человека к процедуре. В данном случае можно привести в пример опыт племени манус с островов Адмиралтейства, описанных Маргарет Мид. После Второй мировой войны это племя узнало от австралийских губернаторов, что существует судебный способ разбирать споры. Их собственный метод разрешения спора старейшинами имел неудовлетворительные результаты и часто приводил к междоусобицам, набегам и последующему заключению недолговечного мира. После назначения старейшин на незнакомую им социальную роль судей и введения судебного производства (процедуры) последовала настоящая мода на судебные разбирательства²¹. Данный случай в некоторой степени является уникальным, поскольку позволяет напрямую увидеть результаты введения судебной процедуры. Между тем процедура должна отвечать определенным требованиям, и сам факт ее введения еще не является гарантией ожидаемых результатов. Например, в Германии в период становления судебной системы с переменным успехом предпринимались попытки по совершенствованию судебной процедуры. В результате этого процедура довольно часто менялась. В тех случаях, когда она становилась непонятной и сложной для восприятия обществом, сразу наблюдалось падение интереса и доверия к суду²². Приведенные примеры реакции людей отчетливо демонстрируют, насколько важными являются процедура и ее качество.

И хотя судопроизводство не единственная сфера использования юридической процедуры, тем не менее именно судебная процедура оказала существенное влияние на формирование других видов юридических процедур. Так, уже в Афинах законодательная деятельность регулировалась посредством процедуры. Б.Н. Чичерин по этому поводу пишет: «В древности устанавливались уже обычные правила законодательных собраний. Это были не туманные, беспорядочные сходки, а правильные органы государственной власти», но что самое интересное так это то, что данный порядок был «аналогичным судебному состязанию:

²¹ См.: Фуллер Л. Мораль права. М., 2007. С. 173.

²² См.: Энгельман И.Е. Курс русского гражданского судопроизводства. Юрьев, 1912. С. 21.

предлагающие перемены излагали свои доводы, а официальные защитники законов ратовали за сохранение существующего порядка»²³.

Зарождение процедур в административной сфере можно увидеть, обратившись к отечественной истории. Э.Н. Берендтс, опираясь на данные, приведенные в летописи, отмечает, «что единоличное действие князя считалось лишенным нравственного авторитета, что согласие старейшин его дружины считалось гарантией правды и закономерности»²⁴. Что же это как не процедура? К тому же процедура, обладающая нравственной ценностью и служащая гарантией обеспечения нравственных начал в сфере управления. Но из двух последних примеров можно сделать и другой вывод, что юридическая процедура впервые получила свое закрепление уже в рамках обычного права, и это позволяет не ставить юридическую процедуру в зависимость от норм, обладающих признаком формальной определенности.

Подводя общий итог, необходимо отметить, что процедурным регулированием были пронизаны практически все сферы человеческой жизнедеятельности. Служебный характер процедуры создавал необходимые гарантии достижения определенного результата. Например, обряд имел особое практическое значение и служил гарантией качественной профессиональной подготовки. Церемониал оказывал существенное психологическое влияние на участников, тем самым гарантируя избрание необходимой модели поведения. Ритуал имел сразу два значения: сакральное и мирское. При этом сложившееся относительно ритуала мнение связывало действие ритуала преимущественно с религиозной сферой, придавая ему в большей степени сакральное значение. Между тем, как показано выше, ритуал представлял собой самостоятельный вид процедуры, призванной служить гарантией при реализации не только религиозных догматов. Ритуал играл особую роль, в частности, при формировании органов управления. При этом ритуализация власти проявлялась не только в процедуре наделения полномочиями вождя, императора и

²³ Чичерин Б.Н. Курс государственной науки. Ч. 1: Общее государственное право. М., 1894. С. 314.

²⁴ Берендтс Э.Н. Опыт системы административного права. Т. 1. Вып. 1. Ярославль, 1898. С. 107.

проч., но и при исполнении указанных полномочий. Таким образом, можно говорить о двусторонних гарантиях. В первом случае речь идет о создании психологического представления, образа в обществе о вожде как лице, действительно по праву занимающем свою должность, что подтверждалось пройденными им испытаниями, т.е. о создании некоего «культа вождя». Во втором случае можно говорить об установлении определенных рамок для деятельности вождя, которые позволяли избегать совершения им произвольных действий, ущемляющих права конкретных людей, что выразилось, например, в ритуализации «кормления». Можно утверждать, что уже на ранних стадиях развития общества человек, осознавая определенную угрозу, которая могла исходить от бесконтрольной власти, пытался компенсировать это за счет установления процедуры ее осуществления.

Указанные виды процедуры выступали в качестве прообраза, источника юридической процедуры. Это особенно отчетливо проявилось на начальной стадии развития юридической процедуры, в частности, из приведенных выше примеров видно, насколько существенной была роль ритуала в судебном процессе. То же самое касается и инициации посвящения юношей в охотники, позднее регулируемое уже юридической процедурой. Данный вывод позволяет при исследовании юридической процедуры опираться на знания, полученные в ходе изучения ранее возникших процедур, в том числе на опыт их применения. Сама же юридическая процедура получает свое закрепление уже на уровне обычного права. И уже на начальном этапе можно увидеть три основные сферы использования юридической процедуры, а именно: судебную, законодательную и административную. Следует также отметить, что в рассмотренный период процедура еще не имела четкой специализации по сферам использования и во многом была универсальной. В частности, деятельность по законодательству более походила на деятельность суда.

Итак, процедура – это не простой порядок судебных, законодательных и управленческих действий, а самостоятельное правовое явление, которое обладает своей сущностью и заранее определенным образом бытия. Основная ценность юридической процедуры состоит в обеспечении получения желаемого результата, который достигается путем преодоления послед-

ствий, вызванных человеческими ошибками и умышленными произвольными действиями. Юридическая процедура служит необходимым подспорьем в деятельности государственных органов и должностных лиц, по объективным причинам не имеющим возможности в полной мере гарантировать результаты своей деятельности. Иными словами, ценность юридической процедуры проявляется в способности выступать в качестве надежной гарантии прав и свобод личности.

А.Э. Кирищян

КОНЦЕПЦИЯ ПРАВОВОГО ПЛЮРАЛИЗМА: НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ*

В наиболее общем виде концепция юридического (правового) плюрализма выражает идею правового разнообразия в противовес идее правового единообразия правового монизма – т.е. *«в одно и то же время, на одном и том же социальном пространстве могут сосуществовать несколько правовых систем»*¹.

Можно утверждать, что основными константами концепции правового плюрализма (в отличие от монизма) являются отрицание идеи о:

- первичности (примате) государства по отношению к праву;
- прямой зависимости действия права и его эффективности от государственного принуждения (насилия);
- существовании права только в связи с необходимостью поддержания установленного (власть предержащими) порядка;
- синкретичности и «неразвитости» первобытного права.

Сторонники концепции правового плюрализма, постулируя: «где общество, там и право», вводят в научную литературу такие термины, как: «обычное право», «традиционное или архаическое право», а в последнее время для дифференциации государственного права от всех параллельно действующих появились такие

¹ Карбонье Ж. Социология права. М., 1986. С. 17.

разновидности права, как «социальное», «народное», «неофициальное», «автономное» и проч.

Иными словами, исходя из содержания и формы права, его субстанциальных черт, для плюралистов очевидно, что право пришло в общество задолго до государства в основном в виде обычая (обычного права) со свойственной ему нормативностью и объективностью; процесс правогенеза проходил вполне самостоятельно, вне жесткой зависимости и диктата со стороны государства, и именно развитие права как самостоятельной системы регуляции отношений послужило активным стимулятором образования государства и его основных институтов, в том числе законов. С появлением последних огромный по значению и протяжению период господства обычая (обычного права) заканчивается, но окончательно не исчезает и продолжает действовать (в той или иной степени) как составная часть всех правовых систем.

Современная практика свидетельствует, что правовой плюрализм (полиюридизм) – явление правовой жизни, существующее вне зависимости от самого факта отказа государства от монополии на право либо ее сохранении, т.е. позиция государства по признанию принципа правового плюрализма не влияет на применение в регулировании общественных отношений различных «специфических» и «неофициальных» систем права – обычного, традиционного, народного права, права религиозных конфессий, криминального права, гендерного и ювенального права, права сексуальных меньшинств, военных, заключенных и прочих социальных групп. Более того, известная автономия этих фактически сосуществующих правовых систем предусматривает возможность и полного их противоречия государственному праву.

Различные взгляды и концепции о возможности и путях «внедрения» и «адаптации» в науку и жизнь принципов правового плюрализма обсуждаются и осуществляются на протяжении довольно долгого времени, но наибольшую актуальность указанные тенденции получили в нынешний период мировой глобализации и унификации в том числе правовой сферы.

Понятие юридического (правового) плюрализма как категории правовой науки было введено посредством синтеза теории и философии права (в основном ее социологического направле-

ния: Л. Петражицкий, Е. Эрлих, Ж. Гурвич,) с юридической антропологией и этнологией (Г. Дж. Самнер Мэн, И.Я. Бахофен, Дж. Фрззер, Л.Г. Морган, Г. Пост, Ф. Боас, К. Леви-Строс, Б. Малиновский, А.Р. Рэдклиф-Браун, М. Алио и многие другие). В послевоенное время теории юридического плюрализма активно развиваются, в США (К. Ллевелин, Л. Посписил и др.), Великобритании (Э. Эванс-Причард, Э. Лич, М. Глакмэн и др.), Франции (Э. ЛеРуа, Р. Вердье, Ж. Карбонье, Н. Рулан и др.), Индии (Б. Датта, С. Парватхамна, Р.К. Мухерджи), а с недавних пор и в России (А.И. Ковлер, Г.В. Мальцев, В.С. Нерсисянц, А.В. Поляков и др.).

Исторически термин «правовой плюрализм» появился лишь в XX в. и связан с предшествующим периодом активной колонизации, оценкой и пересмотром ее результатов. Вслед за этнологами и антропологами близких к плюрализму взглядов стали придерживаться некоторые французские и российские правоведы (Ф. Жени, Л. Дюги, М. Ориу, Л.И. Петражицкий, Г.Д. Гурвич). Наиболее отдаленной по времени концепцией автономного права и юридического плюрализма мыслятся взгляды армянских философов-рационалистов VII–IX вв. (павликианцы, тондракийцы и др.), оспаривающих верховенство государственной власти – арабских и сельджукских завоевателей и обосновывающих право церкви и других неофициальных религиозных объединений на регулирование отношений внутри общины верующих (в тот период фактически всего населения оккупированных территорий). Позднее их основные концепты послужили основанием для утверждения в Европе так называемого канонического права.

Кроме того, как убедительно показал Е. Эрлих², еще со времен Древнего Рима классическое деление на *jus publicum* и *jus civile* (в более широком смысле – *jus privatum*) означало у римлян не деление по внутренней структуре, а противопоставление видов права по их источникам (зиждающимся в государстве или вне государства) – *jus privatum* означало систему права, не

² См.: Ehrlich E. Zur Theorie des Rechtsquellen. 1902. S. 5, 9 usw., 47, 64, 159, 183 usw., 199 usw., Juristische Logik. 1918. S. 83 usw.

зависящего от государства, общества и права юристов, а *jus publicum* – навязываемое государством право.

Как уже указывалось, в современной трактовке идея юридического (правового) плюрализма в наиболее общераспространенной интерпретации, поддерживаемой большинством последователей, понимается как сосуществование на одном социальном поле множественности (двух и более) правовых систем, соответствующих множественности социальных групп, и дискуссионная возможность полной либо некоторой юридической автономии (вплоть до противоречия и соперничества) как самих групп, так и их правовых систем от государственного законодательства. Методологическая классификация правового плюрализма, проведенная Ж. Карбонье, выделяет «коллективные» и «индивидуальные», «конкурирующие» и «возвратные», «четкие» и «неотчетливые» явления.

«Коллективные» явления имеют место в случае использования отдельной группой права, отличного от установленного государством; «индивидуальные» проявляются в сознании человека, когда он одновременно разделяет принципы и нормы двух правопорядков; «конкурирующие» явления определяются в качестве первостепенных и под ними подразумеваются другие нормы – существующие наряду с нормами, установленными государством, и не совпадающие с ними; «возвратные» явления обозначают ситуации, при которых отмененный формально закон фактически может продолжать действовать, но не в формально-догматическом смысле, а в социологическом. Степень проявления плюрализма условно варьируется автором от «четких» (сильно выраженных) до «неотчетливых» (скрытых). Карбонье также утверждает, что есть также некий подлинный юридический плюрализм, обнаруживаемый лишь *«в более глубоких слоях действительности и при условии, что мы будем противопоставлять друг другу не сами нормы, а различные виды их применения»*³.

Повышенный интерес к концепции правового плюрализма вызвал и критику его наиболее радикальных положений, выраженную в основном в выявлении «терминологической размыто-

³ Карбонье Ж. Юридическая социология. М., 1986. С. 181.

сти». Помимо традиционного для сторонников юридического монизма (унитаристов) порицания, основывающегося, по сути, на антагонистических началах, необходимо выделить точку зрения некоторых конструктивно настроенных оппонентов, которые упрекают плюралистический подход в том, что *«в любом виде социального контроля здесь усматривается "право", и на этом основании выдвигаются положения, противоположные с концепциями, устоявшимися в юриспруденции»*⁴.

При этом остается неясным, какие именно «устоявшиеся концепции» имеются в виду, а так называемая «научная строгость «традиционного» подхода», – т.е. утверждение единообразия мировой логики не более чем очередная иллюзия, так как мир подвержен пересечению и влиянию множества логик. В противном случае европейская правовая наука до сих пор пыталась бы объяснить с «правовой» точки зрения Декрет Калигулы, назначившего своего коня римским сенатором, либо постановление менее известного «начальника» об обязательности «докладывать о пожаре не позднее двух часов до его начала».

Относительно содержательной части инвективы, плюралисты отвечали: *«каково бы ни было право, по которому живут люди, то есть, будь оно традиционным, обычным или вновь созданным, это и есть правовая система народа, и потому она должна восприниматься самым серьезным образом. Эта система права может соединять черты обычая и традиции, религии, государственного права, и она может даже включать новые нормы, не вписывающиеся ни в одну из перечисленных выше категорий»*⁵.

Споры о природе права, его источниках, соотношении с государством и т.д. – «вечные» в юридической науке. Вопрос о действии права (как социального регулятора) без государства

⁴ *Tamanaha B.Z. The folly of the social scientific concept of legal pluralism // Journal of Law and Society. 1993 (1). No. 20.*

⁵ *Бенда-Бекманн К. фон «Зачем беспокоиться о правовом плюрализме? Вопросы изучения и осуществления политики правового плюрализма. Обычное право и правовой плюрализм» (Материалы XI Международного конгресса по обычному праву и правовому плюрализму, август 1997 г. Москва). М., 1999. С. 11.*

(организации публично-политической власти / аппарата принуждения) конкретизируется возможностью существования права без власти. Естественно, что любой «порядок» в конечном итоге опирается на тот или иной внешний авторитет и власть. Тем не менее, если мораль ссылается на общественное мнение, религия обращается к богу, то право (даже в его самой независимой, «спонтанной» форме) так или иначе опирается на «власть умерших» – авторитет предков, «которые поступали так же». Наглядной демонстрацией подобного действия права могут стать древние обычаи со своей независимой от внешнего принуждения общеобязательной силой либо различные конвенции и договоры частного характера, допускающие вмешательство организованной власти лишь в случаях, если их применение наталкивается на сопротивление.

Одним из современных примеров действия права вне государства может стать разработанная и используемая в сфере международных торговых отношений французская концепция *«contrat sans loi»*⁶. Несмотря на минимум источников по данному вопросу⁷ *In brevi*, смыслом и практической целью данной концепции является создание модели договора, основывающегося исключительно на соглашении сторон с полным устранением любого государственного правопорядка из сферы действия заключенного договора (контракта).

Используемые во внешнеторговых контрактах положения о разрешении споров в международном коммерческом арбитраже предоставляют большую свободу и независимость от внутринациональных органов правосудия, так как в отличие от государственных судов международные арбитражи в меньшей степени связаны с национальным законодательством страны их пребывания. Тем не менее необходимо учитывать, что регламенты некоторых арбитражей (в том числе МКАС при ТПП РФ, Международного арбитражного суда Федеральной палаты экономики в Вене) предусматривают возможность суда самостоятельно опре-

⁶ Договор (контракт) без закона или *«rechtsordnungsloser vertrag»* (нем.), *«contract without law»* (англ.)

⁷ Подробнее см. Level P. «Essai de systematization du conflit des lois dans le temps» Paris, LGDJ (1959) и Kassir W. «Etude critique du contrat sans loi. Reflexion sur le droit des relations contractuelles» (1992).

делять применимое право. Обычно в таких случаях действуют правила, принятые в стране нахождения арбитража. Лишь некоторые третейские органы придерживаются более либеральных позиций (например, Международный арбитражный суд при Международной торговой палате (МТП), Лондонский международный третейский суд). При разрешении спора они не руководствуются коллизионными нормами и используют то право, которое, по их мнению, является «более подходящим».

Французские разработчики концепции *contrat sans loi* стремились придать полную автономию арбитражному соглашению, дабы избежать возможности нежелательного для всех участвующих в контракте сторон вмешательства какого-либо государства в их частные отношения. Следует отметить, что хотя подобные случаи встречаются не часто и регулируемые отношения имеют довольно ограниченную сферу, тем не менее анализ институтов, подобных *contrat sans loi*, наглядно демонстрирует несостоятельность теории юридического монизма (унитаризма) не только по отношению к «примитивным», доисторическим обществам, но и к реалиям современной жизни.

Всеобщая глобализация, объединяя абстрактных индивидов в соответствии с их особенностями (отличиями) и целями, одновременно их гегемонизирует и создает бесчисленное количество меньшинств, которые либо стремятся отстоять свою индивидуальность (непохожесть), либо сделать ее как можно менее «заметной» и избежать дискриминации. Несмотря на присущую меньшинствам активность, они практически всегда нуждаются в защите от большинства, и в этом должно быть заинтересовано любое «здравомыслящее» большинство, уже хотя бы потому, что при других обстоятельствах (окажись оно вдруг в меньшинстве) будет иметь право рассчитывать на такое же, возможно в чем-то преференционное, отношение.

Какими путями право может обеспечить подобную возможность? Представляется, что равный правовой подход в неравных условиях не может создать равенства. Также может показаться справедливым и то, что в борьбе за фактическое равенство теряется право на различие, являющееся ключевым в дифференциации меньшинств. Выходом из подобной коллизии является всеобщее равенство возможностей, в том числе равенство

возможностей осуществления борьбы за свои права, а также, несмотря на все отличия, поиска объединительных начал, но не путем унификации, а нахождением общих точек соприкосновения – ведь даже у полных противоположностей есть нечто общее и притягивающее.

Затрагивая идеологические основы существующих правовых систем, правовой плюрализм кажется наиболее приближенным к окружающей действительности и выражению «духа права». Правовой плюрализм – нечто большее, чем метод или способ действия или чем идеал свободного общества и правового государства. Он, на наш взгляд, представляет некую постоянно изменяющуюся и развивающуюся философию природы и общества, причем не метафизическим или диалектическим методом, а путем индукции и построения аналогий.

В эпоху «постмодерна» в теории права необходимо посредством учета специфики современного научного знания непрестанно расширять кругозор, и для более глубокого постижения феномена права исследователь должен обращаться в том числе к современным разработкам общей философии и философии права, социологии, антропологии и психологии права, а также к лингвистике, герменевтике, семиотике, кибернетике, к теориям систем и коммуникации и к целому ряду других комплексных специализированных научных дисциплин. Представляется, что концепция юридического плюрализма станет определяющей и ключевой в постмодернистской теории права, и уже проявившаяся тенденция к разделению на традиционные формы права, соответствующие обществу как совокупности групп, подтверждает данный тезис.

Е.Г. Ергонова

ЭЛЕКТОРАЛЬНЫЙ МАРКЕТИНГ ПОЛИТИЧЕСКИХ ПАРТИЙ*

* Статья рекомендована к печати кандидатом юридических наук, доцентом В.В. Смирновым.

В политической науке в последние годы интенсивно развиваются исследования электорального маркетинга политических партий. Они осуществляются преимущественно в рамках концепции политического маркетинга. Данная концепция возникла главным образом в результате переноса на политическую сферу концепции маркетинга, развиваемой под воздействием экономической теории. Понятие политического маркетинга является более широким, «зонтичным» по отношению к понятиям электорального и политико-административного маркетинга¹.

В рамках данной статьи электоральный маркетинг рассматривается как относительно самостоятельное явление, а политическая партия – как основной субъект электорального маркетинга.

Появление концепции политического маркетинга и ее такого ответвления, как электоральный маркетинг, во многом связано с уподоблением сферы политики с рынком, точнее с политическим рынком. На этом рынке происходит обмен особыми товарам и услугами, в качестве которых выступают конкретные субъекты политики и их программы. Все это позволяет в определенной степени экстраполировать категории экономики в политическую сферу. Так, одно из наиболее общих определений рынка — «универсальный способ организации человеческой деятельности, обмен ресурсами и товарами»² – позволяет применить эту категорию и в рамках политической науки. На политическом рынке есть «продавцы», т.е. политические лидеры, элиты, политические партии, движения, предлагающие специфические «товары», т.е. политические программы, идеи, имидж (политический капитал) и т.д. Есть и «покупатели» – граждане, избиратели, рядовые члены партий и т.п., которые в обмен на свои голоса приобретают ожидаемые товары. Борьбу партий в

¹ См. *Морозова Е.Г.* Политический рынок и политический маркетинг: концепции, модели, технологии // *Российская политическая энциклопедия (РОССПЭН)*, М., 1999. С. 60–61; *Владимирова А. В.* Истоки политического маркетинга // *Вестник Московского университета. Сер. 12. Политические науки*. 2008. № 5. С. 909.

² *Райзерберг Б.А., Лозовский Л.Ш.* Словарь современных экономических терминов. М., 2006. С. 271.

политике при таком подходе можно уподобить экономической конкуренции.

Политмаркетинговая концепция позиционирования товара и капитала субъекта политики сходна с приемами и методами экономического брендинга – деятельности актора по созданию долгосрочного предпочтения потребителя к товару³. Это и представляет собой «общее» в политическом и экономическом рынках.

Поэтому само понятие «электоральный маркетинг» показывает возможность рассматривать действия субъектов в избирательном процессе с помощью терминов рыночного поведения. Электоральный маркетинг отличается от других видов маркетинга спецификой товара. В качестве товара здесь можно назвать некий «обобщенный портрет личности или организации, создающийся в представлении групп общественности на основании заявлений и практических дел»⁴, т.е. политический капитал⁵. Плата за подобный продукт проявляется прежде всего в виде голосов, которые отдают за представление о партии избиратели. В процессе обмена на политическом рынке используются, с одной стороны, результаты предыдущей деятельности. С другой – велика роль коммуникативного фактора – формирования образа и представлений о политическом субъекте у электоральной аудитории.

В соответствии с концепцией электорального маркетинга определяющим фактором политического благополучия партии становится спрос на нее на политическом рынке. Основным индикатором величины такого спроса является количество голосов избирателей, которые партия получила на очередных выборах в обмен на определенные представления о себе у электората, на ее обещания, а также на оценки электоратом ее предыдущей деятельности. Таким образом, результат действий партии на политическом рынке зависит в основном от эффективности ее электорального маркетинга.

³ См.: там же. С. 34.

⁴ Словарь политических терминов. М., 2002. С. 193.

⁵ Мы полагаем, что данное понятие объединяет в себе такие категории, как имидж, идеология, репутация, бренд, а потому является наиболее универсальным.

Определения электорального маркетинга

В своей книге И.Л. Недяк описывает развитие определений электорального маркетинга⁶. На этапе становления (этап технологий сбыта) электоральный маркетинг рассматривался почти исключительно как техника и технологии «вброса» нового продукта на коммерческий рынок, адаптированные под электоральный период. Этот подход оказался весьма жизнеспособным.

Под электоральным маркетингом понимали производную коммерческой практики и относились к нему как к технологиям агрессивных продаж для решения разовых или краткосрочных задач электорального периода. На этом этапе электоральный маркетинг рассматривали как свод правил и навыков применения технологий коммерческого маркетинга в условиях избирательных кампаний. Электоральный маркетинг определялся как «вид действий, которые позволяли себе политики в ограниченный период под названием «избирательная кампания»⁷; как «импорт в политику технологий продаж коммерческих товаров и использование современных технологий продвижения кандидата, партии и программы»⁸.

Технологии коммуникации и убеждения стали «визитной карточкой» электорального маркетинга и часто подменяли его в определениях: часть принимали за целое. Были весьма распространены дефиниции электорального маркетинга как «технологий рекламирования и копирайтинга, директ-мейл, телефонных обзвонков, создания компьютерной базы данных»⁹.

На следующем этапе (этап управления продажами) электоральный маркетинг определялся уже как «обмен, который происходит во время электоральной кампании, на которой в целях максимизации своих выгод продавцы продают себя, применяя

⁶ См.: Недяк Л.И. Политический маркетинг. Основы теории. М.: 2008. С. 49–52.

⁷ Butler P. Strategic Analysis in Political Marketing / P. Butler, C. Neil // European Journal of Marketing. 1996. 30(10/11) P. 32.

⁸ O'Shaughnessy N.J. The Phenomenon of Political Marketing / N.J. O'Shaughnessy. Houndmills; Basingstoke; London, 1990. P. 1.

⁹ Ibid. P. 209.

технологии прямого продвижения»¹⁰. Дефиниции стали включать концепт «транзакция», который понимался как тактический обмен ценностями. Задачи маркетинга виделись в обеспечении разовых или серии разовых транзакций, как управление продажами. Из всего комплекса маркетинговых инструментов выделяются технологии сбыта. Постепенно в дефиниции включается задача по созданию политического продукта с соответствующим расширением инструментария.

На третьем этапе (этапе удовлетворения нужд избирателей) для определения электорального маркетинга начинает применяться управленческий подход. Электоральный маркетинг стал трактоваться как «процесс, при помощи которого кандидаты и их идеи направляются к избирателям для того, чтобы удовлетворить их потенциальные нужды и таким образом получить их поддержку»¹¹.

Понимание электорального маркетинга как «продажи политиками самих себя в целях максимизации своих выгод» уступает место «удовлетворению избирателей с целью получить их поддержку». Технологии сбыта имеющегося у партии продукта уходят на второй план. Акцент ставится на понимании электорального маркетинга как стратегии и технологий создания продукта для удовлетворения избирателя в интересах партии: «Проведение партий или кандидатом изучения и анализа ситуации для того, чтобы создать и продвинуть конкурентное предложение, которое поможет реализовать цели организации и удовлетворить группы избирателей в обмен на их голоса»¹².

Как отмечает И.Л. Недяк, все приведенные выше определения электорального маркетинга разработаны в рамках парадигмы маркетинга транзакций.

Последний этап сформировался после введения в полит-маркетинговый дискурс концепта маркетинга «обмена как

¹⁰ Electoral Strategies and Political Marketing / S. Bowler ed., D.M. Farrell ed. Macmillan, 1992.

¹¹ Shama A. The Marketing of Political Candidates / A. Shama // Journal of the Academy of Marketing Science. 1975. Vol. 4(4). P. 766–767.

¹² Wring D. From Mass Propaganda to Political Marketing. The Transformation of Labour Party Election Campaigning / D. Wring // British Parties and Election Bookyear 1995. London: Frank Cass, 1996. P. 173.

управления партнерскими отношениями». На базе дефиниций коммерческого маркетинга взаимоотношений разработано следующее определение электорального маркетинга отношений – электоральный маркетинг «стремится создавать, поддерживать и развивать долгосрочные отношения с избирателями в интересах общества и политических партий для взаимного достижения целей заинтересованных политических акторов и организаций посредством взаимовыгодного обмена и выполнения обязательств»¹³.

Согласно маркетинговому подходу одним из основных принципов организации и проведения предвыборной кампании является постоянное отслеживание различного рода изменений в предвыборной ситуации. Специфика маркетинговой стратегии и тактики связана с особенностями поставленных задач и объекта воздействия.

На политическом рынке есть свои способы выявления потребностей его участников на основе информации о том, что может быть воспринято как ожидания и в какой степени эти ожидания поддаются реализации. Подобная идея не нова для политической науки. Так, на необходимость постоянного сбора данных в политической сфере указывал еще Д. Истон¹⁴.

В основе электорального маркетинга лежит изучение спроса. Спрос на политические товары неустойчив и находится под влиянием многообразных обстоятельств. Но производитель, каковым в этом случае выступает политическая партия, может повышать узнаваемость своего товара через публикации в средствах массовой информации, распространение положительных для него результатов опросов целевой аудитории и прочих подобных акций.

Политическая партия как основной субъект электорального маркетинга

Электоральный маркетинг политической партии направлен на удовлетворение нужд избирателей для выгоды самой партии. «Электоральное признание и поддержка партии воз-

¹³ Hennerberg S.C.M. Understanding Political Marketing // The Idea of Political Marketing. P. 102

¹⁴ Истон Д. Системный анализ политической жизни // Антология мировой политической мысли: В 5 т. М., 1997.

можно только в том случае, если они смогут продемонстрировать избирателям, что знают их настроения и запросы, обеспокоены теми же проблемами и имеют конкретную и реальную программу действий по улучшению жизни граждан»¹⁵.

В рамках концепции политического маркетинга Дж. Лиз-Маршмент делит политические партии по их отношению к политическому продукту¹⁶:

1) market-oriented (рыночно-ориентированные) – те, которые изменяют уже существующий идеологический продукт в соответствии с требованиями рынка, интересами избирателей;

2) sales-oriented (ориентированные на продажу) – те, которые изначально разрабатывают политический продукт с учетом запросов электората;

3) product-oriented (ориентированные на продукт) – когда партия пытается протолкнуть свой товар без всяких изменений в соответствии с нуждами избирателей.

Последний тип партий уже не относится к концепции электорального маркетинга, так как здесь партия не заинтересована в стимулировании сбыта товара, а ориентирована просто на сам сбыт товара. В данном случае применяются лишь различные PR-технологии без маркетинговых стратегий.

Сущность современного электорального маркетинга заключается в обеспечении партии обратной связи с избирателем. В то время как, например, использование средств политической рекламы предполагает, что ее потребитель уже получил определенную информацию о программе партии и об ее уже сформированной идеологии. В данном случае политическая партия ориентируется на свой продукт – идеологию, не принимая в расчет желания электората или уделяя этому недостаточно внимания.

Эффективность этого средства агитации может быть определена лишь «посредством уровня восприятия обращения к

¹⁵ Заславский С.Е., Зотова З.М. Организационно-правовые основы участия политических партий в выборах. М., 2007. С. 102.

¹⁶ См.: Lees-Marshment, J. (2006), 'Political marketing theory and practice: a reply to Ormrod's Critique of the Lees-Marshment Market-Oriented Party Model', *Politics*, May 26(2) (2006). P. 119–125.

аудитории и его запоминаемости».¹⁷ Но совершенно не представляется возможным проследить, насколько эффективно эта реклама способствовала избирателям проголосовать за партию, разместившую свой агитационный материал, и какова заслуга этого сообщения в конечном результате. Электоральный маркетинг же позволяет провести анализ и оценку успешности выбранной стратегии и тактики, направленных на определенную целевую аудиторию.

Возможности политического и электорального маркетинга в современной России ограничены в силу ограниченного функционирования политического рынка в стране. По мнению многих экспертов, выборы становятся все более «управляемыми», а их результаты все меньше зависят от воли самих избирателей. Сокращается и сам круг избираемых народом лиц. Разделение властей существует во многом формально, а независимость судебной власти так и не достигнута. Многопартийность «укрепляется» скорее административными методами, и дело идет если не к однопартийной, то к полупартийной системе, для которой характерна фактическая монополия правящей партии при слабой и легко управляемой оппозиции¹⁸. Действующее в настоящий момент избирательное законодательство ограничивает политическую конкуренцию в электоральном пространстве, так как снижает возможность выхода на политический рынок небольших по размеру или не обладающих должной материальной поддержкой политических партий.

И все же можно констатировать, что в электоральном пространстве произошло определенное структурирование правил политической конкуренции. Наряду с этим продолжается динамичное изменение избирательного законодательства и, как следствие, меняются правила поведения на политическом рынке.

Произошедшие за последнее десятилетие изменения в избирательной системе России превратили политическую партию в основного игрока на политическом рынке. Отсюда трансформация электорального маркетинга в деятельности политических

¹⁷ СМИ и эффективность использования // Аналитический доклад компании МНresearch (<http://mhr.no-1.ru>).

¹⁸ См.: *Иванченко А.В., Любарев А.Е.* Российские выборы от перестройки до суверенной демократии. М., 2006. С. 7–8.

партий в отдельный важнейший сегмент их выборных технологий. К числу новейших электоральных маркетинговых технологий политических партий относится постоянная агитаторская активность на местах, «постоянное присутствие партии в регионе» в рамках реализации принципа «непрерывающейся избирательной кампании».

Электоральный маркетинг в России, да и в подавляющей части мира в настоящее время носит скорее эмпирический, чем концептуально-теоретический характер, что является серьезным препятствием для его эффективного применения. Многие исследователи не рассматривают электоральный маркетинг в качестве самостоятельной концепции, подразумевая под ним лишь совокупность практических методов и технологий.

Более того, широкая концепция политического маркетинга не имеет достаточного теоретико-методологического базиса; к тому же «приходится констатировать явный недостаток академических исследований в области политического маркетинга»¹⁹. В заключение следует отметить, что разработка теоретико-методологических основ электорального маркетинга будет содействовать не только совершенствованию избирательного процесса, но и развитию концепции политического маркетинга.

¹⁹ Недяк Л.И. Политический маркетинг. Основы теории. С. 12.

КОНСТИТУЦИОННЫЕ ПРОБЛЕМЫ СУВЕРЕНИТЕТА В КОНТЕКСТЕ ФЕДЕРАЛИЗМА И ФЕДЕРАЛЬНОГО УСТРОЙСТВА*

Понятия «федерализм» и «федеративное устройство» («федерация») употребляются в качестве синонимов. Однако данные понятия соотносятся как общее и частное. Федерализм – понятие гораздо более широкое и емкое. Смысловая нагрузка понятия «федерализм» не ограничивается только измерением государственной сферы, а охватывает всю общественную систему целиком: «федерализм... может существовать без федерации, но невозможно существование федерации без федерализма»¹.

Федерализм выступает как исходное, базовое и принципиальное понятие, а федерация – как одно из его основных значимых проявлений. Федерализм предоставляет возможность преодоления концептуальных ограничений классической теории суверенитета. Методологической базой теории федерализма является теория общественного договора. Слово «федерализм» происходит этимологически от латинского «foedus», что означает «союз, альянс, договор». Некоторые исследователи связывают зарождение теории федерализма с влиянием теории ковенанта, основы которой были заложены в XVI столетии Генрихом Буллингером². В настоящее время теория ковенанта активно разрабатывается Винсентом Остромом и Даниэлом Элазаром. Концепция ковенантного федерализма представляет собой набор нормативных принципов, которые связывают партнеров моральным обязательством/контрактом или соглашением, основанным на доверии. В основе идеи федерализма лежит идея о

* Статья рекомендована к печати доктором юридических наук, профессором Ю.Л. Шульженко.

¹ King P. *Federalism and Federation*. Baltimor, 1982. P. 70.

² См.: Burgess M. *Federalism and European Union: the Building of Europe 1950–2000*. L., 2000, P. 4.

договорных отношениях, отражающих компромисс и согласование интересов частного с целым.

Децентрализация государственной власти может осуществляться не только путем передачи полномочий по реализации государственной власти институтам гражданского общества, но и путем федерализации системы реализации публичной и государственной власти. Федерализация обусловлена потребностью в «небольших самоуправляющихся территориальных образованиях, более адаптивных к потребностям гибких производств и технологий, более ответственных за индивидов, более способных защитить и легитимировать групповые привязанности, религиозные, этнические, культурные, социальные и иные традиции»³.

Федерализм – это идеология самоуправляющегося общества, альтернатива любой централизованной властной иерархии любой бюрократической системы⁴. Свое воплощение федерализм находит не только в государственных, но и в общественных институтах: профсоюзах, корпорациях, общественных движениях и организациях и т.д.

Как форма системы многоуровневого управления федерализм предполагает наличие различных центров публичной и государственной власти, децентрализацию публичной и государственной власти по вертикали, причем без потери управляемости и контроля со стороны центра. «Федерализм как структурный принцип основан на равновесии между самоуправлением и совместным управлением, которое устанавливается и защищается конституционно. Все действия федерального правительства и особенно федеральные законодательные акты должны основываться на уважении к этому равновесию, чтобы реализовать конституционные полномочия»⁵.

³ Watts R. Contemporary Views on Federalism // Evaluating Federal System – Centre for Constitutional Analysis (HSRC) – UTA and Co, LTD Dodrecht; Boston; L., 1997. P. 3.

⁴ См.: Глигич-Золотарева М.В. Правовые основы федерализма. М., 2006. С. 25.

⁵ Фляйнер Т. Швейцария: субсидиарность и разнообразие // Федерализм: российское и швейцарское измерения. Материалы конференции / Под ред. Т. Фляйнера и Р. Хакимова. М., 2001. С. 21.

Федерализм сочетает в себе как интеграционные функции, так и функции децентрализации. Функции централизации направлены на обеспечение целостности и стабильности много-составного общества, интеграцию его структурных элементов в различных сферах общественной жизни. Функции децентрализации выражаются в оптимизации государственного управления, обеспечении законодательного права субъектов, минимизации или нейтрализации сепаратистских тенденций, снижении степени интенсивности или урегулировании социальных конфликтов, обеспечении права субъектов на национально-культурную автономию, политической социализации населения региона⁶.

Децентрализация власти – обязательное требование к содержанию отношений, составляющих рассматриваемое понятие⁷. По выражению Д. Элейзера, «партнерство – ключевой аспект федерализма. Оно подразумевает распределение реальной власти между несколькими центрами, которые должны договорным путем вырабатывать механизмы взаимодействия друг с другом для достижения общих целей».⁸ Взаимодействие этих центров предполагает реализацию на федеративном уровне сдержек и противовесов по горизонтали (между ветвями государственной власти) и по вертикали (между федеральными органами государственной власти и органами государственной власти субъектов федерации). «Федерализм – это концепция, подчеркивающая организацию территории, населенной сообществами разных культур, которые живут вместе внутри институциональной системы, которая обеспечивает нерушимость территории и в то же время гарантирует сохранение граждан, обитающих на этой территории. Соответствующее функционирование такого единства подразумевает разделение полномочий между наднациональным и региональным, национальным и местным институциональными уровнями. Это означает большую дееспособ-

⁶ См.: *Покосовская М.Ю.* Российский федерализм: теоретико-прикладные аспекты моделирования: Автореф. дисс. ... канд. пед. наук. М., 2007, С. 12–13.

⁷ См.: *Богданова Н.А.* Система науки конституционного права. М., 2001. С. 146–147.

⁸ *Elazar D.* American Federalism. A View from the States. 3rd ed. N.Y., 1984. P. 2.

способность и гарантию, что принятые решения соблюдают местную специфику»⁹.

Федерализм – это не только удел государств с федеративным устройством. Кроме федеративных государств существуют государства с федеративным разделением, как, например, регионалистские государства, ассоциированные государства, кондоминиумы и наднациональные сообщества государств (Европейский союз). В последнее время в литературе встречается специальный термин – «регионалистское государство», используемый для обозначения децентрализованных унитарных государств, территория которых целиком состоит из автономных образований (например, Италия, Испания и Великобритания). Статья 5 Конституции Итальянской Республики 1947 г. гласит: «Республика, единая и неделимая, признает местные автономии и содействует их развитию; осуществляет самую широкую административную децентрализацию в зависимых от государства службах; приводит принципы и методы своего законодательства в соответствие с требованиями автономии и децентрализации»¹⁰. Статья 143 Конституции Испании от 27 декабря 1978 г. предусматривает механизм реализации инициативы по предоставлению автономии отдельным регионам страны¹¹. Создание в Великобритании Шотландского парламента и Ассамблеи Уэльса стало значимым событием в федерализации страны. Для Шотландии предусмотрена столь широкая система выборного местного самоуправления, что «это позволяет сегодня говорить о Великобритании чуть ли как не о федерации»¹².

Одним из важнейших принципов федерализма является субсидиарность, суть которого состоит в распределении функций между уровнями власти таким образом, что в ведение федерального центра включаются только полномочия, которые он может выполнить лучше, чем нижние субъекты федерации.

⁹ *Флорина-Лаура Н.* Если бы Европа была федеральной... Mechelse, 2005. С. 22.

¹⁰ Конституции зарубежных стран / Сост. В.Н. Дубровин М., 2006. С. 69.

¹¹ См.: там же. С. 228.

¹² *Хейвуд Э.* Политология. М., 2005. С. 126.

Принцип субсидиарности предполагает, что федерализм как форма многоуровневого управления предотвратит «деспотии большинства». И. Духачек подчеркивает, что федерализм – это «территориальное выражение внутреннего кредо демократии»¹³. Специфика федерализма – это консенсус при установлении федеральной власти¹⁴.

Вместе с тем принцип субсидиарности нельзя понимать как основание для расчленения суверенитета. Трудно не согласиться с А. Федорященко, подчеркнувшим, что «правильной будет позиция тех российских и зарубежных ученых, кто считает, что государственный суверенитет не может быть разделенным, разграничению подлежат предметы ведения федерации и ее составных частей, а также полномочия, связанные с реализацией соответствующих компетенций»¹⁵. Признание за субъектами федерации частичного внутреннего суверенитета при полном отрицании внешнего суверенитета¹⁶, на наш взгляд необоснованно.

М.В. Глигич-Золотарева формулирует собственное определение федерации как «конституционно закрепленной формы государственного устройства, подразумевающей формирование государства из территорий его членов, обладающих особым статусом и набором прав, собственной правовой системой, возможностью участия в принятии ключевых общегосударственных решений на федеральном уровне»¹⁷. В теории конституционного права выработана система признаков, характеризующих федеративное устройство, однако наиболее существенным из них является политическая и

¹³ *Duchacek I.* The Territorial Dimension of Politics. Within among and Across Nations. Boulder, 1986. P. 96.

¹⁴ См.: *Кольев А.Н.* Нация и государство. Теория консервативной реконструкции. М.: 2005. С. 241.

¹⁵ *Федорященко А.С.* Конституционно-правовые основания государственного суверенитета России в условиях нормативного федерализма: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. СПб., 2006. С. 46–47.

¹⁶ См.: *Живарев В.Е.* Международное право: Конспект лекций. М., 2004. С. 17.

¹⁷ *Глигич-Золотарева М.В.* Правовые основы федерализма. М. 2006. С. 139.

правовая возможность участия регионов в принятии и реализации общегосударственных вопросов.

Федерализм предполагает «равновесие федеральной и местных властей, при котором федерированные части сохраняют особое, своеобразное самостоятельное участие в правительственной организации общегосударственного суверенитета»¹⁸. Это предполагает, что в федеративном государстве, в отличие от унитарного государства, существует двойственность источника выработки государственной воли: «Главным признаком как федеративного государства, так и субъекта федерации является наличие у субъекта федерации права образовывать (формировать) общегосударственную волю (как совместно с другими субъектами федерации, так и единолично). Посредством реализации данного права субъекты федерации принимают участие в особом рода правоотношениях, именуемых федеративными. В унитарном государстве независимо от объема прав, предоставленных территориальным образованиям, и степени их самостоятельности в решении вопросов местной жизни федеративные правоотношения невозможны в принципе»¹⁹.

В федеративном государстве «общая воля» вырабатывается как бы из двойного источника: из сочетания волеизъявления всех граждан, с одной стороны, и субъектов федерации – с другой. Субъекты инкорпорированы в исполнительную и законодательную федеральную власть. «Главной чертой федеративного государства является инкорпорирование региональных единиц в центральное правительство для решения ряда вопросов законодательной и исполнительной власти»²⁰. Главным признаком субъекта федерации, по которому можно провести отграничение субъекта федерации от законодательной автономии, является

¹⁸ См.: *Яценко А.Я.* Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. Юрьев, 1912. С. 319.

¹⁹ *Гайдук В.В.* Федеративное государство: конституционно-правовое регулирование отношений между Российской Федерацией и ее субъектами. М., 2004. С. 52.

²⁰ *Кольев А.Н.* Указ. соч. С. 241.

«участие местной власти в образовании общей власти»²¹. Это позволяет говорить о наличии у субъекта федерации «особых прав во взаимоотношениях с федерацией», которые в совокупности и формируют его правовой статус как субъекта государственной власти²². Признание у субъекта федерации полноты «государственной власти не означает умаления или разделения суверенитета РФ, а является необходимым признаком федеративного государства и федеративной организации государственной власти»²³. Институциональная самостоятельность частей федерации как субъектов государственной власти является необходимым признаком федеративного устройства²⁴. В «Договоре о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти Республики Татарстан» от 26 июня 2007 г. (утвержден Федеральным законом от 24 июля 2007 г. № 199-ФЗ)²⁵ отмечается, что Республика Татарстан обладает всей полнотой государственной власти вне пределов ведения Российской Федерации и полномочий Российской Федерации по предметам совместного ведения Российской Федерации и субъектов Российской Федерации (ст. 2 «Договора о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти Республики Татарстан» от 26 июня 2007 г.). Принципиальным является использование в скобках термина «государство» после словосочетания

²¹ Яценко А.С. Философия права Владимира Соловьева. Теория федерализма. Опыт синтетической теории права и государства. СПб., 1999., С. 208.

²² См.: Гайдук В.В. Федеративное государство: конституционно-правовое регулирование отношений между Российской Федерацией и ее субъектами. С. 11–12.

²³ Шахрай С. Федерализм: образ действий или образ мыслей? // Политико-правовые ресурсы федерализма в России / Под ред. Р. Хакимова. Казань, 2006. С. 171.

²⁴ См.: там же. С. 170.

²⁵ Федеральный закон от 24 июля 2007 г. № 199-ФЗ «Об утверждении договора о разграничении предметов ведения и полномочий между органами государственной власти Российской Федерации и органами государственной власти Республики Татарстан» // СЗ РФ. 2007. № 31. Ст. 3996.

«Республика Татарстан» (п. 1 ст. 2 Договора), а также признание наличия у субъекта федерации государственной власти (ст. 1 Договора).

Государственный характер власти субъектов федерации «нельзя понимать как предоставление им неограниченной власти и тем более как право на полную независимость»²⁶. Признание государственной власти за субъектом федерации означает, что «в субъекте Российской Федерации есть основные атрибуты, которые характеризуют государство, кроме суверенитета и индивидуального гражданства, а именно система высших органов власти и система законодательства»²⁷.

Суверенность субъекта федерации отвергнута даже в Соединенных Штатах (решение Верховного суда США по делу Чизхолм против Джорджии), где субъекты федерации обладают широкими полномочиями при формировании общегосударственной воли: «Для целей Союза, – констатировал судья Вильсон, – Джорджия не является суверенным государством»²⁸. Как заявлял еще в 1793 г. судья Вильсон в одном из решений Верховного суда, «для Конституции Соединенных Штатов термин суверенитет совершенно неизвестен»²⁹.

Заключение вышеназванного договора между Российской Федерацией и Республикой Татарстан требует пересмотра устоявшегося в российской конституционно-правовой доктрине мнения, что власть субъекта Федерации – это не государственная власть³⁰. Фактически договор на федеральном уровне повторил вывод Конституционного суда Республики Татарстан, сформулированный в постановлении по делу о толковании положения части первой статьи 1 Конституции Республики Татарстан от 7 февраля 2003 года № 8. Конституционный суд Республики Татарстан считает, что «суверенитет Республики Татарстан

²⁶ Федерализм в России и в мире / Под ред. Р.С. Хакимова, Б.Л. Железнова. Казань, 2004. С. 13.

²⁷ Интервью с С.М. Шахраем // Законодательство. 2008. № 12. С. 18.

²⁸ Цит. по: Крылов Б.С. К проблеме суверенитета федерации и штатов в США // Советское государство и право. 1964. № 9. С. 74.

²⁹ Цит. по: Крылов Б.С. Указ. соч. С. 74.

³⁰ См.: Чиркин В.Е. О сущности субъекта Федерации: традиции и реалии // Государство и право. 2003. № 7. С. 5–9.

выражается в обладании всей полнотой государственной власти (законодательной, исполнительной и судебной) вне пределов ведения Российской Федерации и полномочий Российской Федерации по предметам совместного ведения Российской Федерации и Республики Татарстан и является неотъемлемым качественным состоянием Республики Татарстан»³¹. При этом неотъемлемость Конституционным судом Республики Татарстан понимается как качественное состояние Республики Татарстан, «в силу чего обладаемая Республикой Татарстан вся полнота государственной власти не может быть уменьшена или ограничена путем изъятия или перераспределения принадлежащих Республике Татарстан ее исключительных полномочий по предметам ведения Республики Татарстан и полномочий Республики Татарстан по предметам совместного ведения Российской Федерации и Республики Татарстан каким-либо иным способом, кроме как изменением конституционно-правового статуса Республики Татарстан и в порядке, установленном Конституцией Республики Татарстан и Конституцией Российской Федерации»³².

Государственный характер власти органов субъекта Федерации отражен во многих нормативных актах различного уровня. Например, Федеральный закон от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»³³, постановление Правительства РФ от 8 декабря 2008 г. № 924 «О порядке заключения и вступления в силу соглашений между федеральными органами исполнительной власти и исполнительными органами государственной власти субъектов Российской Федерации о передаче ими друг другу осуществления части своих полномочий».

В преамбуле Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» законодатель отмечает, что субъекты РФ самостоя-

³¹ Постановление Конституционного суда Республики Татарстан от 7 февраля 2003 г. № 8-П «По делу о толковании положения части первой статьи 1 Конституции Республики Татарстан» // <http://www.ksrt.ru>

³² Там же.

³³ СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

тельны в установлении системы законодательных (представительных) и исполнительных органов именно государственной власти.

В п. 1 Правил заключения и вступления в силу соглашений между федеральными органами исполнительной власти и исполнительными органами государственной власти субъектов Российской Федерации о передаче ими друг другу осуществления части своих полномочий, утвержденных постановлением Правительства РФ от 8 декабря 2008 г. № 924, Правительство РФ устанавливает: «Правила определяют порядок заключения и вступления в силу соглашений между федеральными органами исполнительной власти и исполнительными органами государственной власти субъектов Российской Федерации о передаче ими друг другу осуществления части своих полномочий»³⁴.

Использование в Договоре от 2007 г. термина «государство» после слов «Республика Татарстан» лишает доказательственной базы исследователей, которые утверждают, что определение республики как государства в Конституции РФ «представляет собой допущенный в свое время дефект, который должен быть ликвидирован в целях снижения асимметричности российской федеративной модели»³⁵.

Полномочия и правовой статус субъектов федерации не могут быть изменены федеральными органами в одностороннем порядке, так как согласно идее федерализма субъекты задуманы как исконные хранители полномочий, легших в основу полномочий федерации.

Часть 5 ст. 66 Конституции РФ гласит: «Статус субъекта Российской Федерации может быть изменен по взаимному согласию Российской Федерации и субъекта Российской Федерации в соответствии с федеральным конституционным законом».

³⁴Постановление Правительства РФ от 8 декабря 2008 г. № 924 «О порядке заключения и вступления в силу соглашений между федеральными органами исполнительной власти и исполнительными органами государственной власти субъектов Российской Федерации о передаче ими друг другу осуществления части своих полномочий».

³⁵Ларичев А.А. Конституционно-правовой статус Республики Карелия: становление и современные особенности: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Петрозаводск, 2008. С. 8.

Конституционный Суд РФ подчеркнул, что изменение статуса субъекта Федерации не может приравниваться к изменению его наименования³⁶.

Двойственность формирования суверенной воли находит свое практическое воплощение в двухпалатной системе законодательного органа, когда нижняя палата отражает волю всего народа федерации, а верхняя палата – волю субъектов федерации³⁷. Учитывая особую значимость верхней палаты в вопросах обеспечения интересов региона, отмена ценза оседлости, озвученная в послании Президента РФ Д.А. Медведева Федеральному Собранию от 5 ноября 2008 г. в качестве планируемой меры реформирования федеральных отношений³⁸, должна предполагать параллельное проведение реформы, направленной на усиление роли Совета Федерации как органа, аккумулирующего региональные интересы.

Обеспечение двойственности источника формирования суверенной воли предполагает наличие институциональных механизмов предотвращения игнорирования большинством (федерацией) мнения субъекта федерации. Например, в Соединенных Штатах к таким механизмам относятся:

- выделение каждому штату независимо от его величины двух мест в Сенате;

- не прямые выборы Президента США коллегией выборщиков, в которой все голоса одного штата достаются лидирующему кандидату, а все голоса, поданные за его противника, пропадают;

- механизм внесения изменений и принятия поправки к Конституции США требует согласия трех четвертей законодательных органов штатов.

³⁶ Постановление Конституционного Суда РФ от 28 ноября 1995 г. № 15-П «О толковании части 2 статьи 137 Конституции Российской Федерации относительно того, какой орган и каким правовым актом уполномочен решить вопрос о включении в статью 65 Конституции Российской Федерации нового наименования субъекта Российской Федерации» // СЗ РФ. № 49. 1995. Ст. 4868.

³⁷ См.: Федерализм: Энциклопедический словарь. М., 1997. С. 249.

³⁸ Послание Президента Российской Федерации Федеральному Собранию от 5 ноября 2008 г. // Российская газета. 2008. 6 нояб.

Исторические корни зарождения этих механизмов восходят к мерам по обеспечению своих интересов между рабовладельческими и нерабовладельческими штатами на заре становления американской государственности.

Российская правоприменительная практика свидетельствует о недостаточной эффективности взаимодействия федеральных органов власти и органов власти субъектов Федерации. Это отмечается в проекте Концепции совершенствования региональной политики в Российской Федерации, разработанном Министерством регионального развития РФ³⁹. Не оптимизирована сама структура территориальных подразделений федеральных органов исполнительной власти, что было подчеркнуто в послании Президента РФ Д.А. Медведева Федеральному Собранию от 5 ноября 2008 г.

Министерство регионального развития РФ пришло к выводу, что «достижение в долгосрочном периоде целей региональной политики на пути к формированию эффективного и компактного государства в значительной мере определяется безотлагательным завершением процесса разграничения полномочий между различными уровнями публичной власти и организации их эффективного исполнения.

Прежде всего, необходимо децентрализовать исполнение полномочий Российской Федерации федеральными органами исполнительной власти, передав его исполнительным органам государственной власти субъектов Российской Федерации и одновременно сократив количество территориальных органов федеральных органов исполнительной власти»⁴⁰. Однако действенные меры в этом направлении не реализованы в полной мере.

³⁹ Проект Концепции совершенствования региональной политики в Российской Федерации, разработанного Министерством регионального развития Российской Федерации // <http://www.bujet.ru/news>.

⁴⁰ Там же.

**ОСОБЕННОСТИ СТАНОВЛЕНИЯ
ИНСТИТУТА КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ
ОТВЕТСТВЕННОСТИ
(ИСТОРИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ ДО 1917 г.) ***

Проблема юридической ответственности парламентария, возникала на различных исторических этапах, а ее отдельные вопросы широко рассматривались в научной литературе¹. В настоящей статье автор выделяет особые меры ответственности, которые не относились к традиционным мерам юридической ответственности и которые можно классифицировать как меры государственной (конституционной) ответственности.

Так, взлет античной демократии характеризовался не только развитыми институтами представительной и непосредственной демократии, принципами народоправства, выборности, коллегиальности, подотчетности властей, но и жесточайшей борьбой между демосом и родовой знатью, системой цензов, недолговечностью политики компромиссов, манипулированием «избирательной географией» (реформа 509 г. до н.э. Клисфена), изгнанием политических деятелей путем ostracism, введением института докимасии – проверке на благонадежность с выяснением позиций родителей и даже отдаленных предков, ограниче-

*Статья рекомендована в печать доктором юридических наук, профессором Ю.Л. Шульженко.

¹ См.: Парламенты. М., 1967. Государственная Дума. 1906–1917. Стенографические отчеты. Т. I. (Серия: Парламентаризм в России). М., 1995. Белоновский В.Н., Белоновский А.В. Представительство и выборы в России. М., 1999. Парламентское право России: Учебник / Под ред. Т.Я. Хабриевой. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2003. Тихомиров Л.А. Монархическая государственность. М., 1998; Солоневич И.Л. Народная монархия. М., 2005; Шейнис В.Л. Взлет и падение парламента: Переломные годы в российской политике (1985–1993). М., 2005; Парламентское право России: Учебник / Под общ. ред. О.Н. Булакова М., 2006; Бирюков Н.И., Сергеев В.М. Становление институтов представительной власти в современной России. М., 2004 и др.

нием (система сдержек) законодательной инициативы граждан, открытостью голосования².

Голосование в народном собрании было открытым, поэтому далеко не всякий мог голосовать так, как на самом деле хотел. Правда, по замечанию автора, само собрание никем не выбиралось и ни перед кем не отчитывалось³, т.е. выводилось из поля юридической ответственности.

Интересным представляется закон Салона, который предписывает изъятие гражданских прав у свободного гражданина Афин, если он во время междоусобий не примкнет ни к той, ни к другой партии.

На этих примерах мы видим элементы как позитивной государственной ответственности – ответственность перед избирателями, подотчетность властей, следование принципам народоправства, коллегиальная ответственность, учет мнения заинтересованных сторон (политика компромиссов), соответствие необходимым для публичной деятельности принципам (докимасия), так и ретроспективной (негативной) формы реализации ответственности: досрочное прекращение полномочий (изгнание политических деятелей), давление на избирателей, контроль за волеизъявлением, нарушение воли и волеизъявления при публичном принятии решений, примитивные формы голосования, по образному замечанию Аристотеля, «детских», например в Спарте⁴.

К другим мерам государственной ответственности можно отнести факты монополизации имущими слоями доступа к должности булевта, ограничение суверенитета народного собрания, подмена выборности должностных лиц жеребьевкой, ограничение круга кандидатов на занятие управленческой должности, преобладание среди кандидатов на должность корыстных интересов, возможность влиятельным гражданам через процедуру докимасии отсеивать «неудобные» элементы и сводить счеты с политическими противниками. Этому способствовала и до-

² См.: Белоновский В.Н. Указ. соч. С. 238.

³ Там же. С. 60.

⁴ Например, избрание должностных лиц производилось криком: за кого громче кричали, тот и считался избранным. (См. об этом: Черниловский З.М. Всеобщая история государства и права. М., 1995. С. 73).

вольно жесткая процедура подотчетности должностных лиц коллегиям (эффинов, логистов), которые могли приостановить исполнение функций должностным лицом, а в рамках уголовной и административной ответственности наложить арест на имущество и запретить выезд из Афин⁴ и др.

Парламентаризм на Руси не имеет столь многовековой истории. Некоторые авторы относят его к XVIII в.⁵, другие видят корни парламентаризма в более глубоких исторических пластах России, но, правда, предпочитая при этом говорить не о парламентаризме, а о народном представительстве в России⁶. В целом позиции и одних и других правильные. Конечно, представительные органы власти существовали на Руси издревле, но они никогда не являлись парламентскими, за исключением небольшого отрезка времени в начале XX в.

Наиболее точная характеристика сущности российского представительства дана Л.А. Тихомировым. Ему удалось показать органическую связь представительных учреждений с развитием российской государственности, а также выразить суть самоуправления, воплощенного в земствах, центральном управлении и земских соборах. Характеризуя их, автор подчеркивает «драгоценное качество», а именно широкое допущение аристократического и демократического элементов в управление, «пользование их общими силами», под верховенством царской власти, со всеобщим правом челобитья к царю⁷.

Что касается ответственности, то исторический материал дает такие свидетельства с древних вечевых времен. Так, с помощью новгородского вече владими́ро-суздальский князь Все-

⁴ Черниловский З.М. Указ. соч. С. 600, 601.

⁵ См.: Парламентское право России: Учебник / Под ред. Т.Я. Хабриевой. М., 2003. С. 33; Русский конституционализм: от самодержавия к конституционно-парламентской монархии: Сб. документов/ Авт.-сост.: А.В. Гоголевский, Б.Н. Ковалев. М., 2001. С. 7.

⁶ См.: Парламентское право России: Учебник / Под общ. ред. О.Н. Булакова. М., 2006. С. 168–163; Государственная Дума. 1906–1917. Стенографические отчеты. (Серия: Парламентаризм в России). Т. I. М., 1995. С. 11; Лукоянов И.В. У истоков российского парламентаризма: Историко-документальное издание. СПб., 2003. С. 14.

⁷ См.: Тихомиров Л.А. Монархическая государственность. М., 1998. С. 260.

волод в 1208 г. сводит счеты с знаменитым новгородским боярином Олексой Сбыславичем⁸, а в следующем году Всеволод не только санкционирует расправу над своим бывшим союзником Дмитрием Мирошкиничем, но и провоцирует и покупает ее, одаривая новгородцев и подстрекая их к казни «злых»⁹. Этот пример свидетельствует о наличии как государственных, так и уголовных правонарушений.

Применительно к проблемам ответственности в нашей древней истории санкции за правонарушения часто применялись не государством, а самим народом. Но, тем не менее, в политической практике в России все больше отходили от решения государственных дел путем совещаний, собраний, сходов (вечевых). Право голоса в народном собрании постепенно заменялось выборным началом, правом выбора полномочного представителя. Вместо сходов, собраний, совещаний, вече власть переходит к представителям и представительным органам власти.

В практике формирования земских соборов мы встречаемся и с фактами «принятия мер» к нарушителям избирательных прав граждан, и не только с «осудами» и «указами» на неправильные действия, но и даже с более строгими административными взысканиями, вплоть до смещения с должностей воевод, например Крапивинский воевода Василий Астафьев был заменен Романом Сатиным.

К мерам государственной (конституционной) ответственности можно отнести наказание, получившее распространение в XIX в. в виде лишения всех прав состояния, эволюционировавшее позднее в санкцию в виде поражения в правах. Объявление бесчестным влекло за собою, естественно, и ограничение в правах, которыми пользовалось лицо в государстве, изменение его юридического положения. Поэтому рядом с наказанием лишением чести выросло и наказание лишение прав¹⁰. Впервые данная норма о поражении в правах была закреплена в России в

⁸ См.: *Беляев И.Д.* История Новгорода Великого от древнейших времен до падения. М., 1864. С. 283.

⁹ См.: *Янин В.Л.* Новгородские посадники. М., 1962. С. 117.

¹⁰ См.: *Таганцев Н.С.* Русское уголовное право. Часть общая. Т. 1. Тула, 2001.

1845 г. в Уложении о наказаниях уголовных и исправительных¹¹, затем последовательно развивалась в других нормативных актах.

Так, в соответствии со ст. 27 Положения о губернских и уездных земских учреждениях¹² права участия в выборах лишались: 1) подвергшиеся суду за преступления и проступки, влекущие за собою лишение или ограничения прав состояния, либо исключенные из службы, а равно за преступления, предусмотренные в ст. 169–177 Устава о наказаниях, налагаемых мировыми судьями¹³, когда они судебными приговорами не оправданы; 2) отрешенные от должности – в течение трех лет со времени отрешения; 3) состоящие под следствием или судом по обвинению в преступных действиях, означенных в п. 1 рассматриваемой статьи или влекущих за собою отрешение от должности; 4) подвергшиеся несостоятельности, впредь до определения ее свойства, а из лиц, дела которых переведены к окончанию, – все несостоятельные, кроме признанных несчастными; 5) лишенные духовного сана или звания за пороки или же исключенные из среды общества и дворянских собраний по приговорам тех условий, к которым они принадлежат, и 6) состоящие под гласным надзором полиции. Примерно такие же критерии лишения «права голоса» закреплялись и в Городовом положении 1870 г., за исключением п. 6 (ст. 18).

Введение парламентских учреждений в Российской империи в начале XX в. в лице Государственного совета и Государственной думы было осуществлением идей, разрабатываемых еще М.М. Сперанским¹⁴, сопровождалось активным формированием законодательства о выборах. Законодатель при этом уделял значительное внимание вопросам юридической ответственности.

¹¹ Статья 1425 Уложения о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г., помещенная в гл. 40 «О нарушении правил установленных для выборов и других собраний дворянских, городских и сельских, а также земских» // Собрание законодательства Российской империи. Т. XV. – I. Уложение о наказаниях уголовных и исправительных. СПб., 1885.

¹² Полн. собр. законов Российской империи. Т. X. СПб., 1893. Ст. 6927.

¹³ Свод законов Российской империи. Т. XVI. Ч. I. СПб., 1892.

¹⁴ См.: Российское законодательство X–XX веков: в 9 т. / Под общ. ред. О.И. Чистякова. Т. 9. М., 1994. С. 15.

Анализ соответствующих статей показывает, что рассматриваемая юридическая ответственность реализовывалась в различных отраслях права. Так, часть норм, устанавливающих юридическую ответственность, несмотря на то, что закреплялись они в нормах самого Положения о выборах или уголовном законодательстве, все же носила характер административно-правовых мер воздействия. В то же время определенное количество статей, устанавливающих ответственность, относились к гражданско-правовой сфере, особенно в части нарушения имущественных, пенсионных, земельных цензов, цензов недвижимости, ограничения и лишения прав состояния, несостоятельности, опеки, квартирных цензов и других¹⁵.

Из других мер государственной (конституционной) ответственности в Основных законах Российской империи¹⁶ закреплялся роспуск Государственной думы до истечения пятилетнего срока полномочий указом Государя Императора (ст. 63). При этом основания применения такой меры не устанавливались (ст. 175). В соответствии с ней не требовалось ни мотивировать, ни обосновывать роспуск, к тому же она не содержала и никаких условий, определяющих возможность или необходимость такого роспуска. В Основных законах закреплялась и такая мера ответственности, как замена состава членов Государственного совета по выборам новым составом до истечения срока полномочий по указу Государя Императора (ст. 62). Основания применения такой меры также не устанавливались.

Здесь стоит отметить, что и сама Государственная дума была склонна мало считаться с законом, подменяя его принципом целесообразности, легко шла на процедурные нарушения и экспромты. Правда, С.А. Муромцев понимал всю опасность выхода Думы за рамки закона, поэтому, заняв председательское кресло, начал немедленно и строго соблюдать все процедурные нормы¹⁷.

¹⁵ См.: Белоновский В.Н. Правонарушения и юридическая ответственность в избирательном праве. Историческая практика и современность. М., 2005. С. 134–135.

¹⁶ Высочайше утвержденные Основные государственные законы от 23 апреля 1906 г. // ПСЗРИ. Собр. III. Т. XXVI: Отд. 1-е. СПб., 1909. Ст. 27805.

¹⁷ См.: Лукоянов И.В. Указ. соч. С. 147.

Однако эти действия председателя Госдумы, как мы знаем, не смогли удержать парламентский представительный орган России в рамках закона и от прямого столкновения с императорской властью. 9 июля 1906 г. Первая Дума была распущена. Император воспользовался рекомендацией будущего премьера П.А. Столыпина, который еще до начала работы Первой Думы (19 апреля 1906 г.) составил план немедленного роспуска палаты, если она выйдет за пределы Основных законов, или к лету, если народное представительство станет митинговать¹⁸.

Вместе с тем император Николай II пять раз воспользовался своим правом на роспуск Госдумы. Причем четыре раза это был досрочный роспуск Госдумы, первые два раза в 1906 и 1907 гг. Последовавшие после роспуска первой Госдумы события, связанные с «Выборгским совещанием», разработкой «Выборгского воззвания», позволили применить к депутатам меры уголовной ответственности – по три месяца тюремного заключения к авторам данного воззвания. В 1907 г., после вторичного роспуска Госдумы, мера государственной (конституционной) ответственности, к депутатам социал-демократической фракции была применена более жестокая мера и выразилась в привлечении их к уголовной ответственности и наказанию – восемь депутатов были приговорены к пяти годам каторги и последующей пожизненной ссылке, девять депутатов приговорены к четырем годам каторги и пожизненной ссылке, 10 депутатов приговаривались к пожизненной ссылке на поселение. Всего же в 1907 г. было осуждено 37 депутатов, позднее еще четыре депутата¹⁹.

В 1912 г. Госдума была распущена императором в связи с окончанием предусмотренных законом сроков полномочий. То есть это была единственная Госдума, которая прошла полный срок своей легислатуры. В 1915, 1917 гг. в нарушение Основных законов Госдума была распущена без объявления новых выборов. Правда, официально использовалось понятие «перерыв», но поскольку так называемый перерыв был против воли депутатского корпуса и не был также предусмотрен регламентом, то

¹⁸ См.: *Лукоянов И.В.* Указ. соч. С. 176.

¹⁹ См.: *Зайчиков Г.И.* Думская тактика большевиков (1905–1917 гг.): Учеб. пособие. М., 1975. С. 109.

данный «перерыв» можно рассматривать и как меру государственной (конституционной) ответственности. 6 октября 1917 г. не приступившую к работе Думу, срок полномочий которой и так уже истекал, распустило Временное правительство. Одновременно были признаны утратившими силу полномочия и выборных членов Госсовета²⁰. Этот роспуск фактически означал ликвидацию парламентского учреждения в России, хотя в самом постановлении речь шла не об упразднении Государственной думы как института. Сделано это было якобы с учетом предоставления возможности сформировать новое парламентское учреждение – Учредительное собрание, поскольку уже началось производство по его выборам²¹.

Здесь стоит отметить, что наибольшего развития идея Учредительного собрания достигла в 1917 г., когда непосредственно встала задача ее воплощения в жизнь, и с Учредительным собранием стали связывать дальнейшую судьбу России даже члены императорского двора. Так, например, в своей отказной записке от принятия престола Михаил Романов, призывая всех граждан Российской Державы подчиниться Временному правительству, облеченному всею полнотой власти «впредь до того, когда созданное в возможно кратчайший срок на основе всеобщего, прямого, равного и тайного голосования Учредительное собрание своим решением об образе правления выразит волю народа»²².

Не исключали необходимость проведения Учредительного собрания члены Временного правительства и большевики. Но после событий начала 1917 г., было заметно, что и Временное правительство, и реально претендующие на власть большевики, и даже кадеты и эсеры по мере развития событий по разным причинам все больше охладевали к проблеме быстрого созыва Учредительного собрания. Однако не считаться с общественным мнением, настроем элиты общества по этому вопросу ни одна политическая и общественная сила не могла. Естественно, это

²⁰ Должности членов Государственного совета по назначению были упразднены Временным правительством еще с 1 мая 1917 г.

²¹ См.: Российское законодательство X–XX веков: В 9 т. / Под общ. ред. О.И. Чистякова. Т. 9. С. 30.

²² СУ. 1917. Отд. I. № 54. Ст. 345.

относилось и к Временному правительству, которое с большой неохотой пошло на создание Особого совещания для подготовки проекта Положения о выборах в Учредительное собрание²³.

Таким образом, краткий исторический обзор позволяет сделать вывод о существовании в историко-парламентской практике нашего государства довольно развитой системы мер конституционно-правовой ответственности, хотя само понятие государственной (конституционной) ответственности применительно к ранним и предшествующим современности этапам в истории российской государственности не упоминалось.

²³ См. об этом: *Скрипилев Е.А.* Всероссийское Учредительное собрание. М., 1982; *Знаменский О.Н.* Всероссийское Учредительное собрание. Л., 1976.

ПОНЯТИЕ И СТРУКТУРА КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОГО СТАТУСА ГЛАВЫ СУБЪЕКТА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ НА СОВРЕМЕННОМ ЭТАПЕ*

Статья 2 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» в систему органов государственной власти субъекта РФ включила законодательный (представительный) орган государственной власти субъекта РФ; высший исполнительный орган государственной власти субъекта РФ; иные органы государственной власти субъекта РФ, образуемые в соответствии с конституцией (уставом) субъекта РФ.

При этом в статье сделана оговорка о том, что конституцией (уставом) субъекта РФ может быть установлена должность высшего должностного лица субъекта РФ.

Как известно, если конституцией или уставом субъекта РФ такая должность не учреждена, соответствующие полномочия осуществляет руководитель высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ.

Анализ конституций и уставов субъектов РФ, например, находящихся в пределах Южного федерального округа, показывает, что в большинстве из них учреждается должность высшего должностного лица соответствующего субъекта РФ – главы Республики (Республика Северная Осетия – Алания)¹, главы администрации (Ростовская область)², губернатора (Ставропольский край)³, президента (Чечен-

* Статья рекомендована к печати доктором юридических наук, профессором Ю.Л. Шульженко.

¹ Конституция Республики Северная Осетия – Алания от 12 ноября 1994 г. // Конституция Республики Северная Осетия – Алания.

² Устав Ростовской области от 29 мая 1996 г. № 19-ЗС // Наше время, 2001. № 221–222.

³ Сборник законов и других правовых актов Ставропольского края. 1997. № 11–12 (41–42). Ст. 506.

ская Республика)⁴. Однако в Краснодарском крае и Волгоградской области⁵ такая должность не учреждена, а соответствующие функции осуществляет руководитель высшего исполнительного органа субъекта РФ – областной или краевой администрации.

Далее в статье под главой субъекта РФ будет пониматься высшее должностное лицо субъекта РФ или руководитель высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ, в случае если должность высшего должностного лица субъекта РФ не предусмотрена соответствующей конституцией или уставом.

Дискуссионным является вопрос о понятии и структуре конституционно-правового статуса главы субъекта РФ в связи с неоднозначностью трактовки понятия «правовой статус» в целом.

Одно из простейших определений правового статуса содержится в Большом юридическом словаре под редакцией А.Я. Сухарева и В.Е. Крутских: «...установленное нормами права положение его субъектов, совокупность их прав и обязанностей»⁶. Схожее по смыслу и объему определение содержит Юридическая энциклопедия под редакцией М.Ю. Тихомирова, которая определяет «статус» как правовое положение (совокупность предусмотренных законодательством прав и обязанностей)⁷.

Как указывает Е.А. Соловьева, «...в отечественной теории права категория «статус субъекта права» обычно понимается как совокупность, система, комплекс основных прав и обязанностей, принадлежащих субъекту, установленных нормами объективного права, независимо от участия субъекта в кон-

⁴ Конституция Чеченской Республики от 23 марта 2003 г. (Документ опубликован не был – СПС «Консультант Плюс»).

⁵ Устав Волгоградской области от 17 июля 1996 года № 73-ОД // Волгоградская правда. 1996. № 140; Устав Краснодарского края // Кубанские новости. 1993.

⁶ Большой юридический словарь / Под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских М., 2004. С. 587.

⁷ См.: Юридическая энциклопедия / Под ред. М.Ю. Тихомирова. М., 1998. С. 426.

кретных правоотношениях»⁸. Говоря о зарубежных странах, она отмечает, со ссылкой на П. Сандевуара, что «...зарубежные авторы рассматривают статус субъекта права как качество, превращающее индивида или группу индивидов в центр прав, интересов и обязанностей, установленных в законном порядке. Обычно эта категория применяется по отношению к юридическому институту для обеспечения точного распределения субъективных прав и обязанностей всех лиц, затрагиваемых данным институтом»⁹. Е.А. Соловьева предлагает следующее определение правового статуса: «...под правовым статусом субъекта права понимается совокупность прав и обязанностей субъекта, закрепленная действующими правовыми актами»¹⁰.

А.Н. Лебедев указывает, что под «статусом субъекта права» следует понимать правовое положение субъекта права по отношению к другим субъектам права, с которыми он потенциально может вступать в правоотношения. Содержанием правового статуса является совокупность прав и обязанностей субъекта права, которые он может потенциально приобретать, вступая в возможные правоотношения¹¹.

Представляется, что в вышеописанных подходах определение понятия конституционно-правового статуса подменяется описанием его структуры. В науке такие определения имеют название остенсивных.

Наиболее точное отражение категория статуса в конституционном праве нашла в трудах Н.А. Богдановой. По ее мнению, конституционно-правовой статус выступает в двух формах правового выражения: нормативном и фактическом. Нормативный конституционно-правовой статус закрепляет на соответствующем уровне законодательства правовое положение субъектов (участников) конституционно-правовых отношений. Под фактическим статусом понимается реальное положение

⁸ Соловьева Е.А. Конституционно-правовой статус субъектов РФ (проблема асимметрии): Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 18.

⁹ Сандевуар П. Введение в право. М., 1994. С. 150 и 171. Цит. по: Соловьева Е.А. Указ. соч. С. 19.

¹⁰ Соловьева Е.А. Указ. соч. С. 19.

¹¹ См.: Лебедев А.Н. Статус субъекта Российской Федерации: основы концепции, конституционная модель, практика. М., 1999. С. 26.

субъекта конституционно-правовых отношений в связи с применением норм конституционного права в конкретных социально-политических условиях¹².

Н.А. Богданова также разработала доктринальное понятие конституционно-правового статуса, который она определяет как теоретическую конструкцию, соединяющую нормативные характеристики, теоретические представления и реальную практику реализации правовых установлений¹³. На наш взгляд, подход Н.А. Богдановой вполне применим и при формулировке понятия конституционно-правового статуса главы субъекта РФ.

В науке конституционного права нет единого мнения по вопросу о структуре конституционно-правового статуса государственного органа. Так, сторонники узкого подхода (например, Н.В. Витрук) относят к структуре статуса лишь компетенцию, полномочия. Другие ученые, например Ю.А. Дмитриев, вкладывают в содержание статуса государственного органа функции и полномочия (права и обязанности). Б.Н. Габричидзе построил следующую конструкцию конституционного статуса государственных органов, выделив в ней такие элементы: 1) политическую и государственно-правовую характеристики органов государства; 2) место различных видов органов в общегосударственной системе, дифференциацию систем, подсистем и видов органов, их соотношение; 3) основы взаимоотношений органов между собой; 4) важнейшие принципы организации и деятельности государственных органов; 5) основы компетенции; 6) виды правовых актов государственных органов.

Н.А. Богданова выделяет в структуре конституционно-правового статуса государственного органа четыре элемента: 1) роль государственного органа в выполнении функций государства, его место и назначение в государственном организме; 2) правосубъектность государственного органа, которая проявляется в его юридической легитимации, означающей учреждение того или иного государственного органа, определение его

¹² Богданова Н.А. Категория статуса в конституционном праве // Вестник Московского университета. Сер. 11. Право. 1998. № 3. С. 4-5.

¹³ См.: Там же.

статуса в нормативном акте, его формирование, а при определенных условиях смену состава (например, пере выборы, назначение нового персонального состава) или упразднение, осуществляемые в установленном правом порядке; 3) компетенция, которая выступает в качестве сложного образования, соединяя в себе предметы ведения, полномочия и ответственность; 4) гарантии устойчивости и реальности правового положения государственных органов¹⁴.

Однако, как указывалось выше, существуют и другие подходы как к структуре правового статуса в целом, так и к отдельным элементам правового статуса.

Так, Н.К. Ожегина указывает, ссылаясь на работу А.Ю. Якимова¹⁵, что правосубъектность не является частью правового статуса: «...если правосубъектность означает возможность (способность) реализации прав и обязанностей, то есть фактически «право на статус», то, объединяя право на статус и сам статус, мы нарушаем законы логики. Закрепляя право на статус, правосубъектность определяет круг реальных лиц, обладающих способностью быть носителями определенного статуса»¹⁶. Далее Н.К. Ожегина пишет, что «...исходя из того, что «правосубъектность» только определяет круг лиц, имеющих право на статус, мы можем прийти к выводу о том, что она является категорией качественной, и говорить об объеме правосубъектности было бы некорректным. Количественно-качественной категорией в данном случае следует считать правовой статус, который и определяет тот или иной объем прав и обязанностей субъектов права, являющихся содержанием статуса [...] таким образом, мы можем прийти к мнению о том, что правосубъектность в данном случае как правовая конструкция, отражающая состав юридических фактов, является основанием (предпосылкой) правового статуса»¹⁷.

¹⁴ См.: Богданова Н.А. Указ. соч. С. 14–19.

¹⁵ См.: Якимов А.Ю. Статус субъекта административной юрисдикции и проблемы его реализации. М., 1999. С. 19–20.

¹⁶ Ожегина Н.К. Конституционно-правовой статус автономных округов в Российской Федерации: проблемы и перспективы: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 26.

¹⁷ Там же.

Представляется возможным учесть точки зрения всех цитируемых авторов, однако с определенной корректировкой. Например, Н.А. Богданова выделяет характеристику правосубъектности как элемент структуры конституционно-правового статуса. Однако содержание этого элемента пересекается с другим выделяемым данным автором элементом – ролью государственного органа в выполнении функций государства, его местом и назначением в государственном организме.

Поэтому правильнее выделить такой самостоятельный элемент, как порядок формирования и прекращения полномочий органа публичной власти. Применительно к главе субъекта РФ этот элемент будет называться порядком наделения и прекращения полномочий.

Интересно, что современное законодательство применительно к главам субъектов РФ пользуется именно такой – родовой формулировкой. Как известно, гражданин РФ наделяется полномочиями высшего должностного лица субъекта РФ (руководителя высшего исполнительного органа государственной власти субъекта РФ) по представлению Президента РФ законодательным (представительным) органом государственной власти субъекта РФ в порядке, предусмотренном Федеральным законом «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» и конституцией (уставом) субъекта РФ. То есть законодательство не называет данную процедуру избранием или назначением.

Также обязательно следует включать в структуру конституционно-правового статуса главы субъекта РФ такой элемент, как ответственность. На современном этапе в законодательстве сделан акцент на ответственности высшего должностного лица субъекта РФ перед Президентом РФ. Представляется, что необходимо усилить ответственность главы субъекта РФ перед региональным парламентом.

Таким образом, конституционно-правовой статус главы субъекта РФ в нормативном смысле закрепляет его правовое положение как субъекта (участника) конституционно-правовых отношений.

Под фактическим статусом следует понимать реальное положение главы субъекта РФ как субъекта конституционно-правовых отношений в связи с применением норм конституционного права в конкретных региональных социально-политических условиях.

Конституционно-правовой статус главы субъекта РФ в доктринальном смысле определяется как теоретическая конструкция, соединяющая нормативные характеристики, научные представления и практику реализации правовых установлений.

В структуру конституционно-правового статуса глав субъектов РФ следует включать следующие элементы:

- 1) место и роль главы субъекта РФ в системе органов государственной власти;
- 2) порядок наделения полномочиями и прекращения полномочий главы субъекта РФ;
- 3) функции и компетенция;
- 4) гарантии устойчивости правового положения главы субъекта РФ;
- 5) ответственность главы субъекта РФ.

А.А. Огадзе

МИРОВОЙ СУД РОССИИ*

В целом историю развития мировой юстиции можно разделить на несколько этапов. Первый этап – XII в. – начало 1860 г. Это время, в течение которого создавались и действовали аналоги мировых судов классического типа. В функции таких учреждений входили поддержание общественного порядка, судебные функции и функции управления на местах. Такие учреждения действовали в республиках Новгорода и Пскова, к ним относились местные суды княжеских людей и докладчиков, посадников и старост. В XIV в. была сделана попытка распространить новгородско-псковские традиции в условиях Московской государ-

* Статья рекомендована к печати доктором юридически наук, профессором Ю.Л. Шульженко.

ственно-политической системы, в результате были созданы губные избы, осуществлявшие судебно-полицейские и административные функции.

Второй этап развития мировой юстиции – 1861–1864 гг. – учреждение и деятельность мировых посредников, представлявших собой классическую модель мировой юстиции.

Третий этап – 1864–1917 гг. – учреждение и деятельность мировых судей на основании Судебных уставов 1864 г. В данном этапе можно выделить два периода: первый – становление мирового суда, датируется 1864–1881 гг.; второй – развитие судебных уставов, датируется 1881–1917 гг.

Четвертый этап (1917–1938 гг.) ознаменован созданием советских аналогов мировых судов. Согласно Декрету о суде № 1 (ноябрь 1917 г.) деятельность мировых судов только приостанавливалась, они заменялись коллегиальными местными судами в составе постоянного местного судьи и двух очередных заседателей. В последующих документах, например постановлении Наркомата юстиции от 19 декабря 1917 г. «Об избрании Советами рабочих, солдатских и крестьянских депутатов комиссаров юстиции впредь до создания постоянных судебных установлений и об обязанностях избранных комиссаров» говорится об упразднении мировых судов Декретом о суде № 1.

Пятый этап – датируется с начала 1990-х гг. по настоящее время – можно определить как этап восстановления мировой юстиции в России.

В современной России впервые вопрос о возрождении мировых судей был поставлен в «Концепции судебной реформы в Российской Федерации»¹ в 1991 г. Основная идея состояла в том, чтобы приблизить суды к населению, облегчить доступ граждан к правосудию. Таким механизмом и должны были стать мировые судьи, которые занимались бы рассмотрением мало-значительных гражданских и уголовных дел.

В научной литературе встречаются различные подходы к целями и причинам, послужившим введению мировой юстиции в современной России. Так, Н.Н. Апостолова выделяет три цели введения института мировых судей в России:

¹ Концепция судебной реформы. М., 1992. С. 52.

- обеспечить свободный и равный для всего населения доступ к правосудию;
- создать необходимые условия для более эффективной деятельности всей системы правосудия Российской Федерации;
- обеспечить реализацию закрепленного в ст. 5 Конституции РФ принципа федерализма, не нарушая при этом единства и целостности судебной системы государства².

На законодательном уровне институт мировых судей впервые был закреплен в Федеральном конституционном законе «О судебной системе Российской Федерации», который содержит ряд важных, основополагающих положений: о введении в РФ должности мирового судьи, о месте этого института в судебной системе РФ (мировые судьи являются судами общей юрисдикции субъектов РФ и входят в единую судебную систему РФ), об основах его создания: должности мировых судей создаются и упраздняются законами субъектов РФ, мировые судьи назначаются (избираются) на должность в порядке, установленном законами субъектов РФ. Закон определил, что полномочия и порядок деятельности мировых судей устанавливается федеральным законом и законами субъектов РФ, что в пределах своей компетенции они рассматривают гражданские, уголовные и административные дела в качестве судов первой инстанции.

Затем был принят Федеральный закон от 17 декабря 1998 г. № 188-ФЗ «О мировых судьях в Российской Федерации», который развил общие положения Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации», полно и всесторонне урегулировал вопросы, связанные с организацией и деятельностью мировых судей: гарантии их статуса, компетенцию, порядок определения численности и создания судебных участков, требования, предъявляемые к мировым судьям, порядок назначения их на должности, сроки их полномочий, основания прекращения и приостановления полномочий, аппарат мировых судей, финансирование и материально-техническое обеспечение.

² См.: *Апостолова Н.Н.* Мировые суды в Российской Федерации: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 1998. С. 16.

В научной литературе нет однозначного мнения относительно появления мировых судов в современной России: является ли этот процесс восстановлением (возрождением) мировой юстиции или это абсолютно новое правовое явление в отечественном судоустройстве.

М.А. Читян считает, что процесс появления в России мировой юстиции – это процесс восстановления мировых судов³. О.Л. Овсянникова не считает институт мировых судей новым для российской правовой системы, поскольку он был известен праву еще царской России⁴. И. Михайловская досконально определяет соответствие мировой юстиции современной и дореволюционной России: мировые суды и апелляция существовали в России и в период с 1864 по 1917 г., эти институты были элементами судебной реформы 1864 г., которая в совокупности с предшествовавшей ей отменой крепостного права представляла собой исторически значимый рывок в процессе государственного устройства России⁵.

А.В. Переверзев также придерживается точки зрения, что мировые судьи – это не новое правовое явление в мировом и отечественном судоустройстве⁶.

М.В. Боровский не согласен с позицией тех правоведов, которые говорят о возрождении института мировых судей. Он считает, что такая позиция является в значительной мере преувеличением. Анализируя имеющуюся нормативную базу, определяющую деятельность мировых судей, ученый приходит к выводу, что формируемую в настоящее время систему мировых судей и учрежденный Судебными уставами 1864 г. институт мировой юстиции Российской империи объединяет только название. В середине

³ См.: *Читян М.А.* Правовые основы организации и деятельности мировой юстиции в современной России (историко-правовое исследование): Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 4.

⁴ См.: *Мировая юстиция в контексте судебной реформы* (Материалы научно-практической конференции). Брянск, 2005. С. 6.

⁵ Цит. по.: *Цыганаш В.Н., Степанов О.В.* Мировые судьи в современной России: опыт юридико-социологического анализа. Ростов н/Д, 2004. С. 11.

⁶ См.: *Мировая юстиция в контексте судебной реформы* (Материалы научно-практической конференции). С. 84.

ХІХ в. Россия была империей, все суды утверждались первым департаментом Сената и были представителями центральной власти. Современное федеральное законодательство относит мировые суды к числу судов общей юрисдикции субъектов Федерации, создание в России федеральных мировых судей не предполагается. В Российской империи мировые суды представляли собой процессуально обособленную от общих судов ветвь судебной системы.⁷ Апелляция на решения мировых судей рассматривалась съездом мировых судей, приговор которого мог быть обжалован в кассационном порядке в кассационный департамент Сената. В соответствии со ст. 21 Федерального конституционного закона «О судебной системе Российской Федерации» мировые суды процессуально замыкаются на федеральные суды общей юрисдикции – районные суды, которые считаются для мировых судов непосредственно вышестоящей судебной инстанцией. Таким образом, мировая юстиция в новой России не является сколько-нибудь автономной системой, а представляет собой совокупность отдельных мировых судей, никак не взаимосвязанных между собой⁸.

Рассмотрение гражданских и уголовных дел мировыми судами в Российской империи осуществлялось по особым упрощенным правилам по сравнению с порядком судопроизводства в общих судах. В УПК РФ и ГПК РФ отсутствуют специальные нормы, определяющие особый порядок судопроизводства у мировых судей, судопроизводство у мировых судей в современной России осуществляется по общим правилам.

Главной целью судебной реформы в России, которая до настоящего времени не завершена, является создание сильной и самостоятельной судебной власти, служащей защите прав и свобод человека и гражданина и обеспечению неукоснительного соблюдения режима законности в государстве. Современная судебная система, как уже отмечалось, имеет два уровня судов – федеральные суды и суды субъектов РФ, к которым относятся конституционные (уставные) суды субъекта РФ и мировые

⁷ См.: *Чельцов-Бебутов М.А.* Курс уголовно-процессуального права. СПб., 1995. С. 752.

⁸ См.: *Судебная власть* / Под ред. И.Л. Петрухина. М., 2003. С. 411.

судьи, являющиеся судьями общей юрисдикции субъектов РФ. Одно из направлений судебной реформы – создание системы федеральных судов, что практически решено, в отличие от второго направления – создания судов субъектов РФ, так как создание института мировых судей находится в стадии становления.

Целью возрождения института мировых судей является обеспечение доступности правосудия, приближение суда к населению, упрощение и ускорение процедуры рассмотрения несложных дел, создание необходимых условий для реального и свободного использования каждым заинтересованным лицом конституционного права на судебную защиту.

«Возрождение института мировых судей стало одним из направлений реализации концепции судебной реформы в Российской Федерации, в котором они рассматривались как постоянно действующие суды первой инстанции для разрешения гражданских и уголовных дел, а также дел об административных правонарушениях»⁹.

В условиях современной России необходимость в мировой юстиции вызывалась прежде всего существенным количественным ростом рассматриваемых судами уголовных и гражданских дел. Кроме того, после принятия Конституции РФ к компетенции судов были отнесены любые споры, связанные с защитой прав и законных интересов физических и юридических лиц, сами граждане осознали первостепенную роль суда в разрешении конфликтов и защите своих нарушенных субъективных прав, в стране объективно повышалась роль судов в обществе, которые постепенно становились главными органами защиты нарушенных прав граждан, чем объясняется рост количества обращений граждан в суд для защиты своих нарушенных субъективных прав; все это вело к увеличению нагрузки на судебную систему, в первую очередь многократно возросла нагрузка на районные суды.

По мнению М.В. Боровского, три основных фактора повлияли на разработку концепции мировой юстиции в современной России. Во-первых, это необходимость усиления гарантий до-

⁹ Кутафин О.Е., Лебедев В.М., Семигин Г.Ю. Судебная власть в России: история, документы: В 6 т. VI. М., 2003.

ступности правосудия и приближения его к населению. Во-вторых, развитие федерализма в России и, как следствие, необходимость предоставления субъектам РФ возможности создавать собственные судебные органы. Третий фактор – стремление увеличить количество судей, освободив районные суды от рассмотрения малозначительных дел¹⁰.

Существуют различные точки зрения на то, какое место должен занимать мировой судья в судебной системе нашей страны. В. Власов считает, что нужно следовать исторической преемственности в формировании корпуса мировых судей, а значит, суд не только не должен входить в общую судебную систему Российской Федерации, но и, более того, ему следует развивать народные начала в своей деятельности. Инстанция мировых судей, по мнению ученого, должна существовать как форма народного самоуправления¹¹. Мировая юстиция, учрежденная в результате судебной реформы 1864 г., представляла собой максимально приближенную к населению, обособленную и замкнутую систему, построенную на началах выборности, всесословности, независимости и несменяемости судей в пределах выборного срока, гласности и состязательности. Даже сегодня, как считает М.В. Немытина, такую систему нельзя считать устаревшей¹².

По мнению Е.В. Хаматовой, институт мировых судей должен отвечать требованиям современной российской действительности, так как только с единой судебной системой можно выполнить задачи, стоящие перед мировой юстицией, хотя и здесь необходимо учитывать, что суд должен быть максимально приближен к населению и обеспечивать более свободный доступ граждан к правосудию¹³. Такая точка зрения представляется более предпочтительной. Безусловно, мировая юстиция должна быть элементом единой судебной системы России. При форми-

¹⁰ См.: Судебная власть / Под ред. И.Л. Петрухина. С. 412.

¹¹ См.: Власов В. Мировой суд как форма народного самоуправления // Российская юстиция. 1995. № 7. С. 21.

¹² См.: Немытина М.В. Мировая юстиция в России во второй половине XIX в. // Правоведение. 1997. № 4. С. 53.

¹³ См.: Хаматова Е.В. Мировые судьи в судебной системе России // Арбитражный и гражданский процесс. 2002. № 2. С. 34.

ровании мировых судов нельзя допускать каких-либо отступлений от основополагающих принципов построения судебной системы, таких, как единство судебной системы и профессионализм в отправлении правосудия. В данном случае единство судебной системы включает в себя такие элементы, как единство принципов отправления правосудия и единство статуса судей. Только при соблюдении этих принципов возможно создание необходимых условий для эффективного функционирования мировых судов и только в таких условиях можно говорить о наличии справедливого правосудия и полностью исключить какие-либо организационные сложности.

В научной литературе существует несколько подходов к определению понятия мировой суд. Так, С.В. Лонская определяет мировой суд как местный (локальный) судебный или административно-судебный государственный орган ограниченной юрисдикции, рассматривающий и разрешающий малозначительные дела по упрощенной процедуре¹⁴. М.А. Читян понимает под мировым судом судебный орган, самостоятельно и независимо осуществляющий судебную власть в имеющихся формах судопроизводства в целях защиты основных прав и свобод человека, обеспечения баланса властей, верховенства и непосредственного действия конституции (устава) над законом субъекта РФ¹⁵. По определению Р.В. Шатовкиной, мировой суд – это низшее звено единой судебной системы РФ, имеющее своей задачей реализацию конституционного принципа обеспечения гражданам права на судебную защиту нарушенных прав и охраняемых законом интересов¹⁶.

Также различны подходы к определению мирового судьи. По мнению С.В. Лонской, мировой судья – это лицо, наделенное полномочиями осуществлять функции мировых судов¹⁷. Н.Н. Апостолова определяет мирового судью в Российской Федерации как лицо, наделенное Федеральным конституционным законом «О судебной системе Российской Федерации» полномочиями в преде-

¹⁴ См.: *Лонская С.В.* Мировая юстиция. Калининград, 2004. С. 9.

¹⁵ См.: *Читян М.А.* Указ. соч. С. 9.

¹⁶ См.: *Шатовкина Р.В.* Организация и деятельность мировых судей в РФ: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 7.

¹⁷ См.: *Лонская С.В.* Указ. соч. С. 9.

лах своей компетенции осуществлять правосудие и исполняющее свои обязанности на профессиональной основе¹⁸.

С.В. Лонская выделяет в понятии «мировая юстиция» несколько элементов. Так, первый элемент – это система мировых судов, состоящая из двух категорий: мировых судов и мировых судей. Второй элемент – деятельность мировых судов. Они осуществляют свою деятельность в форме гражданского, уголовного и административного судопроизводства. Судопроизводство в мировом суде является отдельным видом, в рамках указанных форм судопроизводства, поскольку характер защищаемого материального отношения обладает признаком малозначительности. Из этого следует наличие упрощений в порядке судопроизводства в мировом суде. В научной литературе такое судопроизводство называется суммарным. Данная точка зрения не может быть применена к мировым судам России, поскольку судопроизводство в мировых судах осуществляется на основании УПК РФ, ГПК РФ и КоАП РФ, а данные нормативные правовые акты не содержат норм, регулирующих особый порядок судопроизводства при отправлении правосудия мировыми судьями.

Судебное ведомство – это третий элемент понятия «мировая юстиция» и включает органы судебного управления и самоуправления, под которыми понимаются органы, выражающие интересы мировых судей как носителей судебной власти, организационно обеспечивающие деятельность мировых судей и предоставляющие в их распоряжение необходимые материально-технические и финансовые ресурсы. К таким органам относится Судебный департамент при Верховном Суде РФ, его управления в субъектах РФ, органы государственной власти субъектов РФ и органы судейского сообщества. Многообразная деятельность указанных органов регулируется как федеральным законодательством, так и законодательством субъектов РФ, при этом некоторые законы субъектов РФ допускают создание мировыми судьями своих органов сообщества, осуществляющих координацию работы и организующих методическое обеспечение деятельности мировых судей¹⁹.

¹⁸ См.: Апостолова Н.Н. Указ. соч. С. 15.

¹⁹ См.: Лонская С.В. Указ. соч. С. 9–10.

В качестве признаков мирового суда как государственного института называются следующие: статус местного (локального) органа, статус низшей (первичной) судебной или административно-судебной инстанции, ограниченная юрисдикция мирового суда – к его подсудности относятся только малозначительные дела, использование некоторых упрощений в порядке осуществления государственных функций²⁰.

Что касается компетенции мировых судей, то путем анализа ст. 28 Закона «О судебной системе Российской Федерации» можно сделать следующий вывод: законодатель позаимствовал опыт дореволюционной России и передал на рассмотрение мировых судей определенные категории уголовных, гражданских и административных дел. Как и в 60-х гг. XIX в., Закон возлагает на мировых судей не только разбирательство и разрешение многих гражданских дел, но и охрану общественного порядка, путем рассмотрения многочисленных дел о незначительных преступлениях, которые в интересах как частных лиц, так и всего общества требуют скорого разрешения на той территории, на которой они были совершены.

В Российской Федерации мировые судьи рассматривают дела, отнесенные к их компетенции законом, единолично.

Отношение к российской современной мировой юстиции неоднозначно. Так, по мнению М.В. Боровского, при рассмотрении принятых законов, регулирующих деятельность мировых судей, складывается впечатление, что введенная конструкция института мировой юстиции едва ли может способствовать достижению поставленных задач²¹. При заложенной в действующем законодательстве конструкции института мировых судей говорить о возможности быстрого достижения стоящих перед ним задач не приходится: ни одну проблему, препятствующую увеличению числа судей районных судов, введение института мировых судей, как считает ученый, не решает²².

Как полагают Т.В. Трубникова и Ю.К. Якимович, организация мировых судей на закрепленных в действующем законода-

²⁰ См.: Лонская С.В. Указ. соч. С. 9.

²¹ См.: Судебная власть / Под ред. И.Л. Петрухина. С. 413.

²² Там же. С. 416.

тельстве началах не преследует никакой ясной цели и не способна иметь значительного положительного эффекта в правоприменительной деятельности²³.

Среди отрицательных элементов института мировых судей также называют неоправданное сужение подсудности дел мировому судье²⁴. Нынешний подход к определению подсудности дел мировому судье мог быть оправдан, если бы мировыми судьями становились люди без высшего юридического образования, без стажа работы по юридической специальности или все дела, превышающие подсудность мирового судьи, рассматривались в районном суде коллегиальным составом судей. Но конструкция института мировых судей не предполагает ни того, ни другого, поэтому есть основание говорить о том, что существующее решение вопроса о распределении полномочий между мировыми судьями и районными судами не может быть названо оптимальным.

М.В. Боровский высказывает озабоченность тем, что важная и глубокая идея организации близкого населению суда в новом законодательстве не получила надлежащего отражения²⁵. Такая точка зрения представляется недостаточно обоснованной. В современной России невозможно, чтобы судебные дела рассматривали судьи, не имеющие высшего юридического образования и стажа работы по юридической специальности, на единоличных началах. Такая ситуация может привести к несоблюдению принципа законности при отправлении правосудия, приведет к значительному затягиванию рассмотрения дел, нарушит единообразие судебной практики, а следовательно, сведет на нет все достижения судебной системы и подорвет ее положение в обществе.

Процесс становления мировой юстиции в России продолжает процесс формирования и стабилизации судов субъектов РФ, который нельзя считать завершенным. Не вызывает сомнения, что мировая юстиция является действенным средством для разрешения мелких споров и, следовательно, инструментом для

²³ См.: *Трубникова Т.В., Якимович Ю.К.* Организация и деятельность мировых судей в России. Томск, 1999. С. 11.

²⁴ См.: *Судебная власть* / Под ред. И.Л. Петрухина. С. 417.

²⁵ См.: там же. С. 418.

разгрузки районных судов. Поскольку мировые суды воссозданы сравнительно недавно, необходимая практика еще не накоплена, в их деятельности имеются как положительные, так и отрицательные моменты. Однако надежды, возложенные на институт мировых судей как на катализатор кардинального улучшения деятельности российской судебной системы, оправдываются.

Мировые судьи оказывают большую помощь в разгрузке районных судов. Они значительно сокращают сроки рассмотрения дел в судах общей юрисдикции, облегчают доступ граждан к правосудию, приближают суд к населению, т.е. обеспечивают реализацию на практике конституционного права граждан на судебную защиту.

Становление мировых судов происходит в условиях сложной социально-экономической и политической ситуации в стране. Проблемы, стоящие на пути становления мировой юстиции в России, носят нормативный, организационный и экономический характер, а по уровню возникновения они, в свою очередь, подразделяются на проблемы федерального и регионального уровней.

Также следует обозначить проблемы, существующие в практике работы института мировых судей. К ним можно отнести следующее: порядок формирования судейского корпуса; организация и материально-техническое обеспечение деятельности мировых судей; финансирование и распределение затрат на возрождение мировой юстиции между различными ветвями государственной власти.

Для преодоления отрицательных моментов в деятельности мировых судей предлагается увеличить количество мировых судей, осуществляющих деятельность на одном судебном участке, при этом их должно быть минимум двое на одном судебном участке.

Анализ законодательства, регулирующего деятельность мировых судов, а также научной литературы позволяет сделать следующий вывод: мировые судьи в Российской Федерации являются звеном единой судебной системы, но фактически обладают двойным статусом. С одной стороны, они наряду с конституционными (уставными) судами субъектов РФ реально пред-

ставляют судебную власть субъектов РФ, а с другой – являются важным звеном единой судебной системы РФ.

О.Е. Томазова

АДМИНИСТРАТИВНАЯ РЕФОРМА И СИСТЕМА ОРГАНОВ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ, ОСУЩЕСТВЛЯЮЩИХ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ФИНАНСОВЫЙ КОНТРОЛЬ*

В процессе перехода экономики России от административно-командных механизмов управления к рыночным, от плановой системы хозяйствования к рыночному финансово-экономическому регулированию товарных и денежных потоков особое место занимает создание эффективной системы государственного финансового контроля, служащей одной из главных предпосылок качественного преобразования процесса управления экономикой в целом, ее развития и стабилизации. При этом очевидно, что финансовый контроль должен быть направлен на обеспечение развития общественного и частного производства, ускорение темпов модернизации промышленности, развитие научно-технического прогресса, повышение качества и объемов выпускаемой продукции, выполняемых работ и оказываемых услуг. Он охватывает все сферы жизни общества и нацелен на повышение экономического стимулирования, рациональное и эффективное использование финансовых, трудовых, материальных ресурсов и природных богатств, уменьшение непроизводительных издержек и расходов, пресечение фактов бесхозяйственности и расточительства.

Финансовый контроль является составной частью единого механизма государственного контроля, без осуществления которого невозможно нормальное функционирование экономики и финансовой системы. Государственный финансовый контроль осуществляется на всех стадиях финансовой деятельности, т.е. в процессе собирания, перераспределения и использования фон-

* Статья рекомендована к печати доктором юридических наук, профессором Н.Ю. Хамановой.

дов денежных средств. Он направлен на проверку соблюдения финансового законодательства, своевременности и полноты мобилизации государственных ресурсов, законности доходов и расходов всех звеньев государственной финансовой системы, соблюдения правил учета и отчетности, выполнения обязательств перед бюджетом и государственными внебюджетными фондами, а также на поддержание правопорядка в сфере финансов в целом.

Финансовый контроль охватывает своим воздействием общественные отношения, возникающие в сфере бюджетной деятельности государства, т.е. в процессе образования, распределения и использования определенных фондов денежных средств¹. Четкая система финансового контроля призвана обеспечить законность финансовой деятельности государства и оценить ее эффективность и целесообразность.

Государственный финансовый контроль распространяется на министерства и ведомства, отвечающие за формирование доходной части государственного бюджета, на министерства и ведомства, использующие средства государственного бюджета, на предприятия, организации, банки, которым предоставлены бюджетные средства на безвозвратной и возвратной основах, а также имеющие какие-либо финансовые льготы (таможенные, налоговые, экспортно-импортные и др.).

Отказ государства от монополии на государственную собственность, приватизация предприятий, появление частного капитала, образование самостоятельных и независимых от государства банковской системы, рынка ценных бумаг, принципов кредитования, ценообразования, денежных расчетов и другие кардинальные изменения, происходящие в России, привели не только к созданию новой системы финансовых отношений, но и предопределили новое содержание большинства финансовых институтов, в том числе и института государственного финансового контроля.

Отдельным и существенным моментом в процессе развития и совершенствования государственного финансового контроля

¹ См.: Фокина В.Ю. Проблемы правового регулирования финансового контроля в Российской Федерации // Юридический мир. 2006. № 5.

является формирование современных правовых механизмов повышения эффективности государственного финансового надзора и контроля в Российской Федерации.

В последнее время предпринимаются значительные усилия, направленные на повышение роли государства в регулировании экономических отношений, создание современного рынка товаров, работ и услуг и его социальной направленности, построение системы государственного контроля за полной и своевременной уплатой налогов, сборов, пошлин, формирования и исполнения реального государственного бюджета, для создания в целом условий устойчивого развития экономики, ее финансово-кредитной сферы.

В настоящее время в стране действуют около 300 федеральных законов, указов, постановлений, приказов и положений, в которых в той или иной степени регулируется контрольная и надзорная деятельность. Финансовый контроль проникает, по существу, во все сферы правоотношений, затрагивает интересы миллионов людей и десятков тысяч предприятий. Вместе с тем остро ощущается недостаток адекватной современным реалиям нормативно-правовой базы и других эффективных механизмов правового регулирования системы государственного финансового контроля, в первую очередь, применительно деятельности органов исполнительной власти.

Так, в России до сих пор не создана и законодательно не закреплена четкая иерархическая структура органов исполнительной власти, выполняющих функции государственного финансового контроля, не образована построенная на принципе федерализма их единая система, не установлены механизмы взаимодействия между ее элементами, а также не устранены пробелы в определении компетенции государственных органов финансового контроля.

Отсутствие законодательного закрепления места и роли каждого органа государственного финансового контроля порождает многочисленные коллизии в разграничении сфер деятельности между контрольными органами, ведет к нерациональному разделению обязанностей и перекладыванию ответственности, а как следствие, снижает эффективность их деятельности.

Сегодня вопросы государственного финансового контроля в Российской Федерации в той или иной мере затрагиваются в отдельных, не связанных друг с другом нормативных правовых актах. Одни из них освещены, например, в соответствующих нормах налогового, бюджетного, таможенного, валютного и страхового законодательства, другие – в соответствующих положениях иных нормативных правовых актов разного уровня. Такая разрозненность, порой их противоречивость, несоответствие требованиям и изменяющимся условиям времени не способствуют созданию эффективной системы органов государственного финансового контроля.

Одной из приоритетных задач в сфере организации системы государственного финансового надзора и контроля является необходимость достичь единообразия в понятии правового статуса органов финансового контроля, которое должно быть отражено в акте общедоверального значения, регламентирующем основы образования и функционирования контрольно-счетов органов в Российской Федерации.

Проблема правовой неурегулированности государственного финансового контроля высвечивает ряд причин, ее обуславливающих: нечеткость формулировок, ведущая к неправильному толкованию правовых норм; несогласованность нормативных правовых актов; отсутствие актов, принятие которых диктуется практикой. Для примера достаточно отметить, что ни в одном нормативном правовом акте не закреплено даже определение самого понятия государственного финансового контроля.

Их слабость и противоречивость приводят к замкнутости контроля по уровням бюджетной системы Российской Федерации, к отсутствию развитых механизмов взаимодействия, координации и прямого контроля органов государственной власти вышестоящего уровня бюджетной системы Российской Федерации над нижестоящим. В свете рассмотрения вопросов совершенствования государственного финансового надзора и контроля следует провести комплексный анализ положений, устанавливающих ответственность за нарушения бюджетной дисциплины.

Таким образом, необходима качественная переработка действующих правовых норм в сфере регулирования финансового

надзора и контроля, устранение несогласованностей и противоречий правового регулирования системы органов государственного финансового контроля, восполнение пробелов и отмена устаревших норм.

Предстоит разработать и принять федеральный закон «О системе государственного финансового контроля», в котором закрепить понятие государственного финансового контроля, обозначить всю систему государственного финансового контроля в целом, определить ее структурные компоненты, статус субъектов контроля, конкретизировать систему органов управления в области государственного финансового контроля. Реализация данного предложения позволит реально сформировать в России институт единого государственного финансового контроля.

Итак, как уже было отмечено выше, в настоящее время между характером задач, возложенных на органы государственного финансового контроля, и существующим уровнем нормативно-правового обеспечения их деятельности наблюдается несоответствие.

Совершенствование правового обеспечения системы государственного финансового контроля, на наш взгляд, должно состоять в создании такой нормативно-правовой базы, которая законодательно закрепляла бы механизм эффективного функционирования системы государственного финансового контроля. Для этого, прежде всего, следует определиться с тем, что понимать под этой системой, из чего она складывается сегодня и какой она должна стать в будущем².

Полагаем, что для оптимальной реализации высказанных предложений следует прежде всего законодательно разделить функции между внешними органами государственного финансового контроля и органами внутриведомственного финансового контроля и аудита, создать эффективный механизм их взаимодействия.

² См.: *Денисенко В.В.* Совершенствование правового обеспечения системы государственного финансового контроля // Современное право. 2006. № 3.

Проблемы финансового контроля в современной действительности занимают ключевое место. Поэтому исследование вопросов организации финансового контроля с точки зрения правового положения контролирующих органов является своевременным и необходимым. Но не стоит забывать, что единая система государственного финансового контроля – не строгая иерархия органов финансового контроля и их соподчиненность, а единство целей, принципов и согласованности действий в области финансового контроля за государственными и муниципальными средствами в Российской Федерации.

Подводя краткий итог сказанному, отметим следующие факторы, ограничивающие действенность государственного финансового надзора и контроля в Российской Федерации:

- отсутствует четкая и полная нормативно-правовая база и собственно само определение государственного финансового надзора и контроля в бюджетном законодательстве;

- организационная структура органов государственного финансового контроля недостаточно отражает специфику государственного устройства Российской Федерации;

- законодательно не определены статус органов государственного финансового контроля Российской Федерации и ее регионов, место и роль каждого субъекта государственного финансового контроля в его целостной системе;

- отсутствует четкое разграничение сфер деятельности, что вызывает многочисленные коллизии и перекладывание ответственности;

- органы контроля слабо взаимодействуют между собой, отмечается некоторая разобщенность в приоритетах деятельности контрольных органов;

- отсутствуют единая информационная база, единый методологический подход к процессу осуществления контроля.

Организация эффективного финансового контроля над государственными бюджетными потоками настоятельно требует решения ряда взаимосвязанных задач по реформированию системы государственного финансового контроля в Российской Федерации.

Во-первых, необходимо принятие единого федерального закона о системе общегосударственного контроля. Во-вторых,

нужно разработать механизм взаимодействия органов государственного финансового контроля законодательной и исполнительной ветвей власти. Решение указанных задач позволит перевести государственный финансовый контроль на качественно новый уровень, а создание единого поля финансового контроля будет способствовать дальнейшему развитию и повышению результативности деятельности контрольных органов.

Еще одним аспектом проблемы правового регулирования финансового надзора и контроля являются вопросы финансовой безопасности российского государства. Государство не может эффективно реализовывать свою внешнюю и внутреннюю политику, обеспечивать выполнение социально-экономических программ без эффективно функционирующей системы государственного финансового контроля и должного правового регулирования данного вопроса.

Сущность финансовой безопасности России, по нашему мнению, в целом можно определить как такое состояние экономики, при котором обеспечивается формирование достаточных финансовых ресурсов государства в объемах, необходимых для выполнения его задач и функций при соответствующем контроле за законным их формированием и расходованием³.

Обеспечение финансовой безопасности Российской Федерации – это деятельность государства и всего общества, направленная на осуществление общенациональной идеи, на защиту национальных ценностей и интересов. Данная деятельность должна быть направлена также на предупреждение и противодействие угрозы правам и свободам человека, материальным и духовным ценностям общества, конституционному строю, суверенитету и территориальной целостности страны, а также всесторонне способствовать развитию государства и повышению качества жизни его граждан.

³ См.: Каратонов М.Е. Финансовая безопасность и финансовый контроль в условиях рыночных отношений // Юрист. 2006. № 6.

ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ЗЕМЕЛЬНЫЙ КОНТРОЛЬ И РЕФОРМИРОВАНИЕ СИСТЕМЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО УПРАВЛЕНИЯ В РОССИИ*

Важнейшей задачей административной реформы в России является оптимизация управленческих функций и структур исполнительной власти, приведение их в соответствие с современными реалиями жизни, обеспечение функционирования исполнительной власти Российской Федерации как единой и целостной системы.

Административная реформа неразрывно связана и с другими реформаторскими процессами, которые происходят в нашей стране, в том числе и земельной реформой.

Проводимая в Российской Федерации в течение последних 10 лет земельная реформа, затронула все важнейшие сферы правового регулирования земельных отношений, прекратила существование монополия государства на землю, был создан земельный рынок. Значительные изменения претерпел институт охраны земель, была создана новая система государственного контроля за использованием и охраной земель.

Углубление земельной реформы в стране вызывает необходимость дальнейшего совершенствования правового механизма охраны земель всех категорий, в том числе такой его существенной части, как административная ответственность за нарушение законодательства о рациональном использовании и охране земель. Представляется необходимым уточнение, изменение и совершенствование соответствующих правовых норм, всемерное развитие и укрепление судебной практики в рассматриваемой области, усиление государственного земельного контроля.

При этом следует учитывать, что новые условия, определявшие основу формирования современной системы государ-

* Статья рекомендована к печати доктором юридических наук, профессором Н.Ю. Хамановой.

ственного контроля, характеризовались рядом основополагающих особенностей, связанных с изменениями политико-экономической системы государства, что нашло отражение в Конституции РФ 1993 г.

В процессе перехода экономики России от административно-командных механизмов управления к рыночным, от плановой системы хозяйствования к рыночному финансово-экономическому регулированию товарных и денежных потоков особое место занимает создание эффективной системы государственного земельного контроля, служащей одной из главных предпосылок качественного преобразования процесса управления экономикой в целом, ее развития и стабилизации.

Данный вид государственного контроля предназначен для обеспечения развития общественного и частного производства, ускорения темпов модернизации сельского хозяйства, развития научно-технического прогресса, повышения качества и объемов выпускаемой продукции, выполняемых работ и оказываемых услуг. Он охватывает всю сферу аграрных отношений и нацелен на повышение экономического стимулирования, рациональное и эффективное использование финансовых, трудовых, материальных ресурсов и природных богатств, уменьшение непроизводительных издержек и расходов, пресечение фактов бесхозяйственности и расточительства.

Государственный земельный контроль является составной частью единого механизма государственного контроля, без осуществления которого невозможно нормальное функционирование экономики и финансовой системы российского государства. Одним из элементов такого контроля является институт административной ответственности за земельные правонарушения.

Проблемы современного нормотворчества в области регулирования административной ответственности в сфере использования и охраны земли носят разноплановый характер. Так, нормы, регламентирующие указанную сферу общественных отношений, содержатся в различных нормативных правовых актах. Данное обстоятельство исключает возможность полноценного правового регулирования ответственности за земельные правонарушения, а соответственно и укрепление законности и регу-

лирования отношений по применению мер административной ответственности.

Таким образом, очевидно, что решению проблем государственного контроля по использованию и охране земель всех категорий должно послужить совершенствование положений КоАП РФ. В Земельном кодексе РФ, который в течение шести лет обсуждался палатами Федерального Собрания РФ, а также создаваемыми согласительными комиссиями, на наш взгляд, предусмотрен рациональный путь регулирования вопросов административной ответственности за совершение земельных правонарушений: в нем не перечисляются составы административных проступков, а просто закреплена отсылка к законодательству об административных правонарушениях, где помимо составов земельных проступков урегулирована и процедура возложения ответственности.

Правовой институт административной ответственности за нарушение земельного законодательства реализуется в сложных условиях: имеются проблемы как на теоретико-правовом уровне, на уровне нормотворчества, так и в области практического применения норм об административной ответственности.

Изучение института административной ответственности за земельные правонарушения связано и с расширением правового статуса граждан, с введением многочисленных специальных обязанностей и запретов.

Земельный кодекс РФ содержит важнейшие нормы о возможной конфискации земельных участков в случае совершения наиболее серьезных земельных правонарушений, таких как: загрязнение земель радиоактивными и химическими веществами, производственными отходами, сточными водами, заражение бактериально-паразитарными и карантинными вредными организмами, засорение сорными растениями; невыполнение обязательных мероприятий по улучшению земель, охране от ветровой и водной эрозии, предотвращению других процессов, ухудшающих состояние почв, а также использование земель способами, приводящими к порче и уничтожению плодородного слоя почвы, природных ресурсов, археологических объектов и объектов исторического наследия и т.д. Прежде чем конфисковать земельный участок у нарушителя, к нему должны быть применены

административно-принудительные меры: возложен штраф и вынесено предупреждение. А в случае неустранения нарушений специально уполномоченные органы государственной власти по контролю за использованием и охраной земель, выявившие нарушения, вносят в орган исполнительной власти или орган местного самоуправления, предоставившие земельный участок, представление о прекращении прав на этот земельный участок.

Среди других вопросов, которые требуют решения при реформировании системы государственного управления, в том числе государственного контроля в сфере земельных правоотношений, следует выделить следующие: создание со стороны государства (исполнительной власти) условий для развития экономических свобод; повышение эффективности работы государственных органов за счет совершенствования административных процедур, систематизации функций государства и радикального сокращения функций органов исполнительной власти; демократизация государственного управления, его открытость и доступность для граждан, борьба с коррупцией¹.

Задачами административной реформы, которая напрямую связана с реформированием и государственного земельного контроля, на настоящее время следует считать:

- приведение в соответствие с Конституцией РФ основ государственного управления, исполнительной деятельности государства;
- разработка системы норм административного права в соответствии с федеральными законами;
- развитие управленческих отношений на основе соблюдения принципа законности;
- законодательное закрепление нового статуса органов исполнительной власти, сужение сферы ведомственных актов, содержательное изменение функций данных органов, усиление элементов согласования в управленческих отношениях;
- перевод на новую законодательную основу сфер деятельности, подлежащих нормативно-правовому регулированию;

¹ См.: *Лапина М.А.* Реализация исполнительной власти в Российской Федерации: Науч.-практ. пособие. М., 2006. С. 91.

– развитие и совершенствование норм административного права, на основе принятых законодательных актов в сфере государственного управления и др.

Решая обозначенные выше вопросы, необходимо продолжить дальнейшее повышение роли исполнительной власти, а именно Правительства РФ в системе органов государственных власти. Кроме того, необходимо совершенствование методов контроля за деятельностью исполнительной власти, а также укрепление единой системы органов исполнительной власти в Российской Федерации.

Полагаем, что этого можно избежать, если при проведении следующих этапов административной реформы предусмотреть ее достаточное правовое обеспечение. Необходимо, наконец то, разработать и принять ряд основополагающих, статутных законодательных актов, о которых неоднократно на протяжении долгого периода времени говорят различные специалисты.

В связи с этим следует согласиться с позицией тех специалистов, которые считают, что для проведения последующих этапов административной реформы необходимо принять: «законы общего характера, исходя из которых можно будет определить (установить на подзаконном уровне) процедуры для осуществления определенных функций органов государственной власти (по организации и обеспечению деятельности, решению функциональных задач, принятию решений, порядку информационного обеспечения органов власти, ведения контроля, преодоления юридических коллизий и т.д.), механизмы взаимодействия между органами власти всех уровней (федерального, регионального, местного) и иными субъектами управления; законы направленного воздействия, в том числе устанавливающие ответственность органов исполнительной власти за результаты своей деятельности»².

Реализация данных мероприятий, несомненно, позволит повысить эффективность всей системы государственного контроля, в том числе и в области земельных отношений.

² Административная реформа в России: Науч.-практ. пособие / Под ред. С.Е. Нарышкина, Т.Я. Хабриевой. М., 2006. С. 32.

СОВРЕМЕННЫЕ ПРОБЛЕМЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ ПРАВООТНОШЕНИЙ В ЭНЕРГЕТИЧЕСКОЙ СФЕРЕ: АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОЙ АСПЕКТ*

Как известно, энергия относится в своей основе к естественной сфере – она изучается, открывается, преобразуется, используется (потребляется) на основе законов природы, естественных наук. В то же время энергетика как система, реализующая имеющийся потенциал, преобразующая его в энергию, в действие, направленное на достижение желаемого результата, является неотъемлемой составной частью жизнедеятельности общества. Энергоснабжение – одно из основных условий существования современной цивилизации и поэтому должно обеспечиваться государством.

Во всех странах отношения в сфере энергетики в той или иной степени регулируются государством. Это наглядно продемонстрировала вся история энергетического развития общества, особенно после энергетического кризиса и «арабского нефтяного эмбарго» 1973 г., да и в последующее время, когда в разных странах, прежде всего в США, было принято значительное количество законов, регулирующих энергетические отношения.

Надо сказать, что в индустриально развитых странах – производителях энергоресурсов – проблемам правового регулирования энергетических отношений уделяется большое внимание, ведутся глубокие научные исследования, создана достаточно солидная правовая база. В США, ФРГ, Франции, Японии, Норвегии и других странах, в международных организациях (Европейский Союз) как в нормотворческом,¹ так и в научном и, что

* Статья рекомендована к печати доктором юридических наук, профессором Н.Ю. Хаманевой.

¹ См., подробнее по этому вопросу: Energy policy act of 2005. Conference report. Juli 27, 2005. Ordered to be printed. США; Закон от 29 ноября 1996 г. № 72 «О нефтяной деятельности». Законодательство Норвегии по нефти и газу. ЭПИцентр. М., 1999; *Стубберут Й.А., Аскхейм Л.О., Кокин В.Н.* ТЭК Норвегии: состояние и правовое регулирование // Энергетическое право. 2005. № 1. С. 20–30 и др.

особенно важно, учебном плане имеются фундаментальные достижения.

В странах Содружества Независимых Государств также активно исследуются правовые проблемы энергетических отношений. В Российской Федерации в последние годы, с момента принятия Конституции РФ 1993 г., правовому регулированию отношений в области организации и функционирования топливно-энергетического комплекса также уделялось и уделяется значительное внимание. В развитие положений п. «и» ст. 71 Конституции РФ, относящей «федеральные энергетические системы» к ведению Российской Федерации, был принят целый ряд законов, регулирующих различные отношения в топливно-энергетическом комплексе страны.

Складывающиеся мировая экономико-политическая ситуация показывает, что обеспечение энергетической безопасности России является прерогативой государства и достигается проведением единой государственной политики на федеральном и региональном уровнях, системой мер законодательного, нормативного и иного характера, адекватных выявленным угрозам и дестабилизирующим факторам.

На заседании Совета Безопасности РФ 22 декабря 2005 г. Президент РФ В.В. Путин подчеркнул, что Россия должна претендовать на мировое лидерство в энергетической области в среднесрочной перспективе, и именно развитие ТЭКа и его научный потенциал должны стать локомотивом национальной экономики. «Заявка на мировое лидерство в области энергетики – это амбициозная задача», – заявил Президент РФ». По словам главы государства, роста темпов производства и экспорта энергоресурсов для этого явно недостаточно. Однако в случае если Россия станет «мировым законодателем мод» в области инноваций в ТЭКе, в энерго- и ресурсосбережении (и соответственно обеспечит рост вложений в научные исследования в этой области – в геологоразведку, машиностроение, атомную отрасль), будет решена задача и устойчивого экономического роста. Это «станет катализатором модернизации и качественного подъема» всей национальной

экономики². На заседании Совета Безопасности Президент РФ отметил, что это нужно сделать «за счет грамотного законодательного регулирования, оптимизации налогообложения»³.

Примечательно, что в ежегодном докладе «О положении в стране» Президент США Дж. Буш значительное внимание уделил вопросам энергетики. США, по его мнению, зависимы от нефти, которая зачастую импортируется из нестабильных регионов. Поскольку это ограничивает действия американских политиков, экономика страны должна быть направлена на развитие новых технологий, в том числе атомную энергетику и производство электричества с помощью солнечной и ветровой энергии⁴.

Важное значение имеет энергетический диалог Россия – ЕС. Россия была и остается традиционным, надежным и важным поставщиком энергоносителей в Европейский союз. В ЕС поступает 53% российского экспорта нефти, что составляет 16% всего потребления нефти в ЕС, и 62% российского экспорта природного газа, что составляет 20% общего потребления природного газа в ЕС.

По словам В.В. Путина, «энергетический диалог является важным аспектом сотрудничества, включая в себя поставки российских энергоносителей странам Центральной и Западной Европы, с параллельным привлечением инвестиций европейского капитала в развитие энергетического сектора России»⁵.

Итоги и перспективы этого сотрудничества отражены в Шестом обобщающем докладе по Энергетическому диалогу Россия – ЕС⁶.

С этой точки зрения представляется научно обоснованным и практически оправданным изучение (анализ) комплекса теоретических правовых проблем, возникающих в данной сфере человеческой жизнедеятельности. Являясь составной и наиболее

² См.: *Д.Татаринов*. Оборонную мощь сменит энергетическая // Коммерсант. 2005. 23 дек.

³ Ведомости. 2005. 23 дек.

⁴ См.: Нефть в обмен на удовольствие // Бизнес. 2006. №17 (282). С. 8.

⁵ Выступление Президента Российской Федерации В. Путина // www.eur.ru.

⁶ Шестой обобщающий доклад по Энергетическому диалогу Россия – ЕС. Москва – Брюссель, октябрь 2005.

важной частью национального хозяйства страны, электроэнергетика занимает в нем ведущее положение в силу выше обозначенных факторов.

Будучи относительно самостоятельным комплексом национального хозяйства страны, электроэнергетика требует при разработке нормативных правовых актов различного уровня, регулирующих отношения в этой сфере, учитывать объективно существующие особенности и закономерности ее функционирования и развития. Это наглядно подтверждается действующим законодательством. Например, Федеральным законом РФ от 24 июня 1999 г. № 122-ФЗ «Об особенностях несостоятельности (банкротства) субъектов естественных монополий топливно-энергетического комплекса»⁷.

В этом плане регулирование отношений в области электроэнергетики сопоставимо с регулированием отношений в сфере телекоммуникаций, электронной коммерции, использования возможностей Интернета в сфере бизнеса, где также важное значение имеют технические и технологические условия. В связи с принятием 27 декабря 2002 г. Федерального закона № 184-ФЗ «О техническом регулировании» ведется большая работа по установлению обязательных требований (технических регламентов) к продукции и видам деятельности, в том числе и в электроэнергетической сфере⁸.

В энергетическом законодательстве помимо арсенала общеправовых методов и средств задействованы также специфические методы и инструменты: техника, технология и т.п. Это практика индустриально развитых стран, и ее надо принять.

В энергетическом законодательстве наблюдается особое сближение правового регулирования отношений в области использования первичных невозобновляемых минеральных энергетических ресурсов, в первую очередь нефти и газа, ибо они как предметы правового регулирования (в отношении которых установлены правовые нормы) в своей основе имеют простые химические формулы нефтяной смеси и варьируются от простого газообразного метана, состоящего из стандартного набора

⁷ СЗ РФ. 1999. № 26. Ст. 3179.

⁸ СЗ РФ. 2002. № 52 (ч. 1). Ст. 5140.

молекул – один атом углерода и четыре атома водорода – CH_4 , до более сложного октана C_8H_{18} , компонента сырой нефти. Определенными особенностями отличается уголь, хотя при определенном производственном воздействии (гидрогенизации) и его можно превратить в жидкое топливо, в основе которого те же химические элементы.

Особое место при этом занимает электроэнергетика, которая является вторичным видом энергии и наиболее распространена и привлекательна в использовании. Электроэнергетика является единственной суботраслью ТЭК (правда, электроэнергия вырабатывается и на атомных электростанциях, деятельность которых просто не может безопасно функционировать без правовой, технической, технологической и иной регламентации), которая в связи с реформированием получила солидное правовое обеспечение.

Это дает основание утверждать о необходимости подробного рассмотрения важнейших вопросов развития государственного управления в сфере электроэнергетики, роли и места административного права в необходимом административно-правовом воздействии правомочных государственных органов на деятельность, прежде всего, электроэнергетического производственного комплекса возрождающейся российской экономики.

В последнее время большое внимание в юридической и экономической литературе уделяется роли государства в регулировании экономических отношений. Такое внимание вполне понятно: в стране происходят перемены во всех сферах общественных отношений, а так как материальное благосостояние каждого зависит, в конечном счете, от состояния экономики, то именно сюда и устремлены взоры многих граждан.

На основании этого представляется возможным утверждать о существенном изменении роли и места основных институтов административного права в регулировании общественных отношений в экономической сфере.

Важная роль при этом отводится правовым актам административного права, необходимости их совершенствования. Как известно, закрепленный в ч. 1 ст. 8 Конституции РФ принцип свободы экономической деятельности – пожалуй, самый большой результат рыночных преобразований в стране. В 2003–2009 гг. был

принят пакет законодательных актов и постановлений Правительства РФ, а также иных актов, регламентирующих электроэнергетическую сферу.

С этим связана, по нашему мнению, потребность в структурно единой системе правового регулирования энергетики с естественной разбивкой по отдельным отраслям, а именно: правовое регулирование электроэнергетики, газовой промышленности, в том числе газоснабжения, нефтяной промышленности и промышленности нефтепродуктообеспечения, угольной промышленности, ядерной энергетики, гидроэнергетики. В систему энергетического комплекса страны входят и так называемые альтернативные, возобновляемые источники энергии, отношения в сфере использования которых также требуют надлежащего правового регулирования. Речь идет о солнечной энергии, ветряной энергии, геотермальной энергии, океанской термальной энергии и энергии приливов и отливов, энергии биомассы, синтетическом топливе, а также малой энергетике.

Главная задача энергетического законодательства на сегодня – правовое регулирование отношений в сфере энергетики в целях обеспечения потребностей населения и экономики страны в энергетических ресурсах, их рациональном использовании, а также в создании условий для осуществления предпринимательской деятельности субъектов всех форм собственности в энергетическом комплексе и охраны окружающей среды. Энергетическое законодательство призвано создать правовую базу регулирования поиска, разведки, добычи, транспортировки, переработки, распределения и потребления энергетических ресурсов. По мнению многих специалистов, формой основополагающего юридического акта, регулирующего отношения в этой сфере, мог бы стать Энергетический кодекс Российской Федерации⁹.

⁹ См., например: *Катренко В.* Российскому ТЭКу нужна энергия добротных законов // *Планета Энергия.* 2002. № 1; *Хрилев Л.С., Давыдов Б.А., Орлов Р.В.* Актуальность создания системы энергетического законодательства в России // *Энергетическая политика.* 1999. Вып. 4–5. С. 74–80; *Быков А.Г., Шалманов Г.Г., Толченков Н.И.* Нормативно-правовое обеспечение энергетической стратегии России // *Энергетическая политика.* 1995. Вып. 1. С. 5–12 и др.

Однако при этом нужно учитывать, что структурно единая система правового регулирования топливно-энергетического комплекса обуславливается не единым методом регулирования отношений как в первичных, базовых, фундаментальных, основных отраслях, а только общей сферой регулирования – отношениями, связанными с организацией и функционированием энергетического комплекса России. Отсюда данную сферу законодательства Российской Федерации необходимо рассматривать в качестве интегрированный комплексной отрасли законодательства, где предмет регулирования разнороден и включает в себя элементы других отраслей, не говоря уже о юридических режимах, методах и механизме правового регулирования.

Д.С. Андреев

АДМИНИСТРАТИВНО-ПРАВОВОЙ АКТ И ДОЛЖНОСТНОЕ ЛИЦО: НЕКОТОРЫЕ ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ВОПРОСЫ*

В юридической литературе распространено мнение, согласно которому к числу субъектов, совершающих¹ административно-правовые акты, наряду с органами исполнительной власти,

* Статья рекомендована к печати кандидатом юридических наук, доцентом В.Ф. Ломакиной.

¹ Употребление данного термина обусловлено тем, что под административно-правовым актом понимается властное одностороннее волеизъявление субъекта государственного управления, имеющего своей целью вызвать определенные юридические последствия. Следовательно, *будучи волеизъявлением, административно-правовой акт именно совершается*. В зависимости от различий в трактовках понятия административно-правового акта ученые-административисты часто используют в данном контексте другие термины. Например, говорят, что акты «издаются», «принимаются» и т.д. Для целей настоящей статьи обоснование той или иной концепции административно-правового акта и, как следствие, выяснение корректности употребления соответствующих терминов не имеет существенного значения. В дальнейшем будет указываться, что *административно-правовые акты совершаются*.

также относятся и должностные лица². Думается, что данное теоретическое положение нуждается в существенных корректировках.

Для начала необходимо определиться с тем, какое содержание вкладывается в понятие «должностное лицо». В дореволюционной науке российского административного права особое внимание изучению этого вопроса уделяли Н.И. Лазаревский и А.И. Елистратов³. Под должностным лицом А.И. Елистратов понимал гражданина, участвующего в отправлении общественной функции (должности), которая при данном публично-правовом укладе считается необходимой для общежития и имеет юридически обязательный характер. Автор отмечал, что российское «законодательство широко пользуется понятием должностного лица, но какого-либо определения этого понятия избегает»⁴. Давая определение должностного лица, А.И. Елистратов постоянно подчеркивал, что это определение условно и что по мере превращения обывателя в настоящего гражданина, а полицейского государства в государство правовое будет происходить синтез статусов должностного лица и гражданина⁵.

В советский период развития науки административного права проблема понятия должностного лица получила широкое освещение. В 1946 г. И.И. Евтихийев предложил выделять в советском административном праве понятие должностного лица в широком и узком смыслах слова: в широком смысле слова

² См., например: *Арзамасов Ю.Г.* О правовой природе актов государственного управления // Государственная власть и местное самоуправление. 2007. № 5. С. 5; *Козлов Ю.М.* Административное право: Учебник. М., 2005. С. 388; *Кононов П.И., Машаров И.М.* Административно-правовые акты: понятие, основные черты, классификация, проблемы нормативного регулирования // Административное право и административный процесс: актуальные проблемы / Отв. ред. Л.Л. Попов и М.С. Студеникина. М., 2004. С. 154 и др.

³ См.: *Лазаревский Н.И.* Ответственность за убытки, причиненные должностными лицами. Догматическое исследование. СПб., 1905; *Елистратов А.И.* Основные начала административного права. М., 1917.

⁴ *Елистратов А.И.* Указ. соч. С. 97–99.

⁵ См.: *Елистратов А.И.* Должностное лицо и гражданин // Вопросы административного права. Кн. 1 / Под ред. А.И. Елистратова. М., 1916. С. 76–89.

должностное лицо – это любой государственный служащий, в узком – государственный служащий, действия которого обладают юридической значимостью⁶. Критерий «юридической значимости действий государственного служащего» получил дальнейшее развитие в трудах других административистов. Так, С.С. Студеникин отмечал, что среди всех советских госслужащих можно выделить группу, состоящую из служащих, которые кроме материально-технических операций совершают юридические действия. Это и есть должностные лица. Далее, в составе группы должностных лиц он выделял представителей власти. Их отличие в том, что они обладают более широкими правами для совершения юридических действий, а именно – могут совершать юридические действия, которые имеют значение не только внутри аппарата государственного органа (т.е. в отношении лиц, подчиненных им по службе), но и вне его (т.е. в отношении лиц, не находящихся в их служебном подчинении)⁷. Основываясь на критерии «юридической значимости действий государственного служащего», Ц.А. Ямпольская сформулировала следующее определение должностного лица: «должностными лицами являются те государственные служащие, которые при осуществлении своей служебной компетенции имеют право на совершение юридически значимых действий и, в частности, административных актов»⁸. Она также считала, что представители власти – это определенная часть должностных лиц, обладающих управленческими полномочиями внешненаправленного (по отношению к органу, в котором они состоят на службе) характера⁹. Определенной модификацией критерия «юридической значимости действий государственного служащего» является критерий «госу-

⁶ См.: *Евтихийев И.И.* Государственная служба // Евтихийев И.И., Власов В.А. Административное право СССР: Учебник. М., 1946. С. 48–51.

⁷ См.: *Студеникин С.С.* Советская государственная служба // Вопросы советского административного права / Под ред. В.Ф. Котока. М.; Л., 1949. С. 76–78.

⁸ См.: *Ямпольская Ц.А.* О должностном лице в советском государственном аппарате // Вопросы советского административного права / Под ред. В.Ф. Котока. М.; Л., 1949. С. 141.

⁹ См.: *Ямпольская Ц.А.* Субъекты советского административного права: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. М., 1958. С. 14, 15.

дарственно-властного полномочия», предложенный И.Н. Паховым. Под должностным лицом он понимал государственного служащего, который выступает в пределах своей компетенции как носитель государственно-властных полномочий, выражающихся, в первую очередь, в совершении юридически значимых действий, правовых актов. По объему государственного полномочия в деятельности того или иного должностного лица и по различию форм проявления этого полномочия И.Н. Пахов делит должностных лиц на три категории: руководящий состав, оперативный состав, представители административной власти¹⁰. С течением времени указанные выше определения должностного лица стали общепризнанными, впоследствии к ним в той или иной мере присоединились практически все советские административисты¹¹. Особо следует отметить, что в советском административном праве, так же как и в дореволюционном, не существовало легального определения понятия должностного лица. В связи с этим ученые-административисты часто использовали в своих исследованиях «криминалистическое» определение должностного лица, закрепленное в примечаниях к соответствующим статьям уголовных кодексов союзных республик бывшего СССР.

В современной российской науке административного права продолжается активное исследование понятия должностного

¹⁰ См.: *Пахов И.Н.* Основные вопросы государственной службы в советском административном праве: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. М., 1964. С. 20, 21.

¹¹ См., например: *Васильев А.С., Петухов Г.Е.* Понятие должностного лица в советском законодательстве и правовой науке // *Правоведение*. 1980. № 3. С. 40–49; *Костюков А.Н.* Правовой статус должностного лица: административно-правовой аспект: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Л., 1988; *Он же.* Должностное лицо: административно-правовой статус // *Правоведение*. 1987. № 2. С. 20–24; *Петров Ю.А.* Гражданин и должностное лицо в советском государстве: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Л., 1975; *Он же.* К понятию должностного лица // *Правоведение*. 1974. № 6. С. 31–36; *Усольцев А.Т.* Должностное лицо в советском государственном управлении // *Правоведение*. 1987. № 2. С. 13–19 и др.

лица¹², при этом значительная часть научных разработок имеет административно-деликтный уклон, т.е. касается вопросов должностного лица как субъекта административного правонарушения и административной ответственности¹³. Важной вехой в развитии отечественного административного права стало появление собственных (отраслевых) легальных определений должностного лица. Одно из них закреплено в регулятивном административном законодательстве – Федеральном законе от 2 мая 2006 г. № 59-ФЗ «О порядке рассмотрения обращений граждан Российской Федерации»¹⁴. Второе понятие нормативно сформулировано в административно-деликтном законодательстве¹⁵. Как видно из легальных определений должностного лица,

¹² См., например: *Василевская А.Р.* Федеральное законодательство о правовом статусе должностных лиц в избирательных комиссиях Российской Федерации: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2001; *Воронков А.В.* Понятие должностного лица в административном праве // Правоведение. 1999. № 1. С. 55–65; *Гришкова А.А.* Правовое регулирование государственной гражданской службы в Российской Федерации: Учебный курс. М., 2003. С. 129–133; *Магера А.А.* Правовой статус должностных лиц таможенных органов Российской Федерации: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2001; *Старилов Ю.Н.* Государственная служба в Российской Федерации (теоретико-правовое исследование): Дисс. ... докт. юрид. наук. Воронеж, 1996. С. 275–302; *Его же.* Служебное право: Учебник. М., 1996. С. 355–388.

¹³ См., например: *Бодрова Н.В.* Административная ответственность должностных лиц: Дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2001; *Ермоленко М.В.* Административная ответственность должностных лиц: Дисс. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2004; *Якимов А.Ю.* О должностных лицах и представителях власти как субъектах административной юрисдикции // История становления и современное состояние исполнительной власти в России / Под ред. Н.Ю. Хамановой. М., 2003. С. 166–173.

¹⁴ СЗ РФ. 2006. № 19. Ст. 2060. Согласно ст. 4 данного Федерального закона должностное лицо – лицо, постоянно, временно или по специальному полномочию осуществляющее функции представителя власти либо выполняющее организационно-распорядительные, административно-хозяйственные функции в государственном органе или органе местного самоуправления.

¹⁵ В соответствии с примечанием к ст. 2.4 КоАП РФ под должностным лицом понимается лицо, постоянно, временно или в соответствии со специальными полномочиями осуществляющее функции представите-

в них в определенной мере нашли отражение итоги многолетних научных дискуссий по проблеме должностного лица.

Внимательный анализ многочисленных определений должностного лица, предложенных в юридической литературе, законодательстве и судебной практике, позволяет сделать вывод, что все они так или иначе связывают должностное лицо с совершением юридически значимых действий, правовых актов. Причем в зависимости от характеристик соответствующих правовых актов практически все ученые четко выделяют среди должностных лиц две группы: во-первых, должностных лиц, совершающих внутриорганизационные правовые акты; во-вторых, должностных лиц, совершающих внешненаправленные правовые акты.

На наш взгляд, внешняя направленность, т.е. совершение волеизъявления с целью оказать управленческое воздействие за пределами государственного аппарата путем влияния на права и обязанности граждан и организаций, не обладающих государственно-властными полномочиями, является необходимым признаком административно-правового акта¹⁶. В связи с этим с совершением административно-правовых актов могут быть связаны только те должностные лица, в служебные права и обязанности которых входит совершение внешненаправленных правовых актов, т.е., по устоявшейся терминологии, представители власти. Должностные лица, в служебные права и обязанности которых входит совершение только внутриорганизационных правовых актов, никакого отношения к административно-правовым актам не имеют. Данная теоретическая позиция подтверждается практическими обобщениями многолетнего опыта рассмотрения судами дел об оспаривании административно-правовых актов.

ля власти, т.е. наделенное в установленном законом порядке распорядительными полномочиями в отношении лиц, не находящихся в служебной зависимости от него, а равно лицо, выполняющее организационно-распорядительные или административно-хозяйственные функции в государственных органах, органах местного самоуправления, государственных и муниципальных организациях, а также в Вооруженных Силах РФ, других войсках и воинских формированиях РФ.

¹⁶ См. подробнее: *Андреев Д.С.* Внешняя направленность как признак административно-правового акта // Труды Института государства и права РАН. 2009. № 2. С. 109–118.

К примеру, в п. 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 2 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих»¹⁷ сказано, что к должностным лицам, решения, действия (бездействие) которых могут быть оспорены по правилам гл. 25 ГПК РФ, следует относить лиц, принявших оспариваемое решение, совершивших оспариваемое действие (бездействие), имеющие обязательный характер и затрагивающие права и свободы граждан и организаций, не находящихся в служебной зависимости от этих лиц. Таким образом, применительно к вопросу судебного обжалования административно-правовых актов Верховный Суд РФ фактически ограничил понятие должностного лица только представителями власти. Это полностью соответствует теоретическому положению о том, что административно-правовой акт – это всегда акт внешненаправленный.

Далее, необходимо задаться вопросом: а правомерно ли вообще говорить, что должностное лицо является субъектом, совершающим административно-правовой акт? Ответ на этот вопрос тесно связан с определением того, субъектом каких отношений вообще способно выступать должностное лицо. Здесь возможны две различные ситуации: во-первых, должностное лицо может являться составной частью органа исполнительной власти и, соответственно, не представлять собой самостоятельную часть государственного аппарата; во-вторых, должностное лицо может не входить в состав какого-либо органа исполнительной власти и, соответственно, выступать как самостоятельная часть государственного аппарата.

Должностные лица органов исполнительной власти. В первой ситуации должностное лицо – элементарная составная часть органа исполнительной власти, а точнее, людского субстрата данного органа¹⁸. Здесь должностное лицо является элементом

¹⁷ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2009. № 4.

¹⁸ Субстрат – это то, что лежит в основе чего-нибудь, каких-нибудь явлений, состояний. Элементарной составной частью организационного субстрата органа исполнительной власти выступает должность. См.:

системы «государственный орган»¹⁹. Орган исполнительной власти и его должностное лицо – это явления, существующие на разных системных уровнях организации государства. Орган исполнительной власти – элемент системы «государство», причем такой элемент, цель которого – осуществление государственного управления как одного из видов государственной деятельности. В качестве самостоятельного субъекта он участвует в отношениях типа «орган исполнительной власти – гражданин (иной невластный субъект)» на уровне системы «государство». Все эти отношения являются для самого органа исполнительной власти внешними, т.е. выходят как за его собственные пределы, так и за пределы государственного аппарата в целом. Именно данные отношения представляют собой государственно-управленческие отношения в подлинном смысле слова²⁰. В противоположность этому должностное лицо органа исполнительной власти – элемент системы «государственный орган». Он образуется в составе органа с целью обеспечить осуществление этим органом государственной власти. В качестве самостоятельного субъекта должностное лицо участвует в отношениях типа «орган исполнительной власти – должностное лицо», «структурное подразделение органа исполнительной власти – должностное лицо», «должностное лицо – должностное лицо», «должностное лицо – иной государственный служащий» и т.п. на уровне системы «государственный орган». Все эти отношения являются для самого органа исполнительной власти внутренними, т.е. не выходят как за его собственные пределы, так и за пределы государственного аппарата в целом. Данные отношения представляют

Бахрах Д.Н. Административное право России: Учебник. М., 2002. С. 208, 209.

¹⁹ Поэтому таких должностных лиц точнее именовать не просто «должностные лица», а «должностные лица органов исполнительной власти». Такая терминология четко указывает на их системную принадлежность.

²⁰ См. также: *Мицкевич Л.А.* Классическая теория административных правоотношений: современное наполнение // Труды Института государства и права РАН. 2009. № 1. С. 4–6.

собой внутриаппаратные или внутриорганизационные отношения²¹.

В административно-правовой литературе является аксиоматичным положение о том, что административно-правовой акт – форма государственного управления. Как было показано выше, государственное управление всегда имеет внешний по отношению к государственному аппарату характер. Следовательно, любая правовая форма государственного управления должна обладать признаком внешней направленности. Значит, и административно-правовой акт существует только на уровне системы «государство» и опосредует отношения типа «государственный аппарат – гражданин (иной невластный субъект)»²². Это означает, что субъектом, совершающим административно-правовой акт, будет выступать не должностное лицо органа исполнительной власти, а сам этот орган. Должностные лица органов исполнительной власти в качестве самостоятельных субъектов совершают только внутриорганизационные правовые акты, являющиеся формами внутриорганизационной деятельности органов исполнительной власти, а не формами государственного управления.

На наш взгляд, цель создания и выделения в структуре органа исполнительной власти такого вида должностных лиц, как представители власти, заключается в том, чтобы определить круг физических лиц, в служебные права и обязанности которых будет входить реализация компетенции этого органа исполнительной власти. Точнее, реализация такого элемента компетенции органа, как конкретные государственно-властные полномочия по совершению административно-правовых актов²³. Важ-

²¹ Между государственно-управленческими и внутриорганизационными отношениями существует фундаментальное различие. Образно говоря, вступая в государственно-управленческие отношения, орган исполнительной власти «обслуживает» граждан. Вступая во внутриорганизационные отношения, должностное лицо органа исполнительной власти «обслуживает» сам этот орган.

²² См. подробнее: *Андреев Д.С.* Административный договор и правовой акт государственного управления // *Договор в публичном праве: Сб. научных статей.* М., 2009. С. 151–154.

²³ В составе компетенции органа исполнительной власти можно четко выделить два вида полномочий: во-первых, общие полномочия – право

ным в данном случае является то, что служебные права и обязанности представителей власти имеют обеспечивающий, а не самостоятельный характер. Так, в соответствии с законодательством о государственной службе служащий в своей профессиональной деятельности обеспечивает исполнение полномочий государственных органов²⁴. Это еще раз подчеркивает, что государственно-властными полномочиями наделяются именно органы исполнительной власти, а не представители власти. Задача последних – обеспечить реализацию органом исполнительной власти государственного управления, т.е. внешненаправленного властного воздействия на поведение управляемых субъектов, в том числе в форме совершения административно-правовых актов. При этом представитель власти участвует в государственно-управленческих отношениях не от своего собственного имени, а от имени соответствующего органа исполнительной власти. Данный момент специально подчеркивается в законодательстве²⁵, правоприменительной практике²⁶ и теории администра-

(по отношению к невластным субъектам государственного управления) и обязанность (по отношению к государству) осуществлять определенные управленческие функции в определенной сфере; во-вторых, конкретные – право применять те или иные формы управленческой деятельности в процессе выполнения управленческих функций. См.: *Лазарев Б.М.* Теоретические вопросы компетенции органов советского государственного управления: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. М., 1973. С. 6–9; *Он же.* Компетенция органов управления. М., 1972. С. 29–44, 52–71, 76–87, 101, 102.

²⁴ См.: п. 1 ст. 1 Федерального закона от 27 мая 2003 г. № 58-ФЗ «О системе государственной службы Российской Федерации» // СЗ РФ. 2003. № 22. Ст. 2063, № 46 (ч. 1). Ст. 4437; 2006. № 29. Ст. 3123; 2007. № 49. Ст. 6070; ст. 1, 3 Федерального закона от 27 июля 2004 г. № 79-ФЗ «О государственной гражданской службе Российской Федерации» // СЗ РФ. 2004. № 31. Ст. 3215; 2006. № 6. Ст. 636; 2007. № 10. Ст. 1151, № 16. Ст. 1828, № 49. Ст. 6070; 2008. № 13. Ст. 1186, № 30 (ч. 2). Ст. 3616, № 52 (ч. 1). Ст. 6235; 2009. № 29. Ст. 3597, № 29. Ст. 3624.

²⁵ Так, в ч. 1 ст. 22.2 КоАП РФ сказано, что дела об административных правонарушениях, предусмотренных настоящим Кодексом, *рассматривают* в пределах своих полномочий *должностные лица*, указанные в гл. 23 настоящего Кодекса, *от имени органов*, указанных в п. 3 ч. 1 ст. 22.1 КоАП РФ.

тивного права²⁷. Таким образом, все административно-правовые акты, в совершении которых фактически принимает участие представитель власти, юридически всегда являются актами соответствующего органа исполнительной власти, а не этого представителя власти.

В связи с изложенным выше нельзя согласиться с мнением, согласно которому если административно-правовой акт совершается руководителем органа исполнительной власти или его заместителями, то субъектом данного акта является орган исполнительной власти, а когда – иными должностными лицами этого органа, то субъектом акта выступают сами должностные лица. Думается, что в таком подходе изначально заложено существенное противоречие. Особенность таких субъектов административного права, как органы исполнительной власти, заключается в том, что внешненаправленные правовые акты от их имени фактически могут совершать только конкретные физические лица. В число данных физических лиц в зависимости от их служебных прав и обязанностей, а также принципов внутренней организации того или иного органа могут входить: руководитель в единоначальных органах исполнительной власти, коллегия в органах коллегиальных, иное лицо (лица) – в случае прямого на то указания в нормативном правовом акте²⁸. С этих позиций абсолютно непонятно, почему в случае реализации компетенции органа исполнительной власти действиями одних должностных

²⁶ В определении должностного лица, данного в п. 3 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 10 февраля 2009 г. № 2 «О практике рассмотрения судами дел об оспаривании решений, действий (бездействия) органов государственной власти, органов местного самоуправления, должностных лиц, государственных и муниципальных служащих», также отмечается, что *должностное лицо выступает от имени соответствующих государственных органов*, а не от своего собственного.

²⁷ См., например: Бахрах Д.Н. Субъекты административного права // Административное право и административный процесс: актуальные проблемы. 2004. С. 73, 84.

²⁸ См.: Сосновский С.А. Компетенция органов исполнительной власти, их структурных подразделений и должностных лиц: соотношение и порядок реализации // Правоведение. 2008. № 2. С. 59, 60.

лиц, совершенные административно-правовые акты признаются актами органа, а действиями других – актами самого должностного лица. Думается, что правовая природа реализации компетенции органа исполнительной власти (в части совершения административно-правовых актов) действиями должностных лиц принципиально едина вне зависимости от того, какое конкретно должностное лицо ее реализует. Поэтому с теоретической точки зрения логически непротиворечивыми могут быть только два подхода к рассматриваемой проблеме – либо признать, что юридическими авторами административно-правовых актов всегда являются только должностные лица органов исполнительной власти²⁹, либо, наоборот, юридическими авторами административно-правовых актов в таких ситуациях всегда будут только соответствующие органы³⁰. По нашему мнению, более обосно-

²⁹ В свое время так поступил А.И. Елистратов, который признавал субъектами публичных правоотношений, публичных прав и обязанностей только должностных лиц, но ни в коем случае не государство или его органы. Это было одним из краеугольных положений, на котором он строил всю систему научного изучения административного права. В частности, А.И. Елистратов отмечал: «Обыкновенный человек, со всеми человеческими свойствами и во всем человеческом несовершенстве, является в публичном праве нашим контрагентом. Эта простая и трезвая истина не должна прикрываться туманными конструкциями, превращающими живых людей в обманчивые призраки и выдающими беспочвенную абстракцию за реальность. Стоит только снять эти «немецкие» очки, без которых, кажется, могла бы обойтись молодая русская публицистика, – и абсурд теорий «должностей», «органов» и «органов-лиц» станет ясен, как день». См.: *Елистратов А.И.* I. Понятие о публичном субъективном праве. II. «Теория субъективных публичных прав» А.А. Рождественского // Ученые записки Императорского лицея в память Цесаревича Николая. Отдельный оттиск. Вып. VIII. М., 1913. С. 17 и др.

³⁰ К примеру, ранее такой позиции придерживался известный советский административист В. Кобалевский. Так, он писал: «Органы власти могут быть лицами физическими, – и тогда орган власти является синонимом должностного лица или лицами юридическими, – и тогда орган власти имеет более сложную фигуру и состоит из совокупности физических лиц, связанных между собой по-разному, в зависимости от различия в структуре органа. К сожалению, это обстоятельство не всегда отмечается в литературе, которая часто отождествляет активного

ванным выглядит второй подход, что мы и попытались аргументировать ранее.

Должностные лица – самостоятельные части государственного аппарата. Во второй ситуации должностное лицо не входит в состав какого-либо органа исполнительной власти и, соответственно, выступает как самостоятельная часть государственного аппарата наряду с органами. Здесь должностное лицо является не элементом системы «государственный орган», а входит в вышестоящую систему «государство»³¹. В данном случае цель должностного лица аналогична цели органа исполнительной власти – осуществление государственного управления как одного из видов государственной деятельности. В этом качестве должностное лицо участвует в роли самостоятельного субъекта в разнообразных государственно-управленческих отношениях и совершает внешненаправленные правовые акты. Здесь соответствующее должностное лицо своими собственными действиями реализует свою собственную компетенцию. Думается, только в такой ситуации корректно говорить о том, что представитель власти является субъектом, совершающим административно-правовые акты. Подобные случаи в современном российском административном праве крайне немногочисленны. Так, в соответствии со ст. 2 Федерального закона от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»³² конституцией (уста-

субъекта публично-правового отношения с физическими, или должностными, лицами. В некоторых случаях отождествление активного субъекта с должностными лицами покоится на юридической теории, проникнутой духом наивного реализма и стремящейся разрушить саму идею юридического лица вообще или в применении к публичному праву. Обыкновенно же, говоря о юридической природе органа, просто не различают понятия органа и должностного лица, не входя в рассмотрение вопроса по существу». См.: *Кобалевский В.* Очерки советского административного права. Харьков, 1924. С. 59; *Он же.* Советское административное право. Харьков, 1929. С. 64.

³¹ Поэтому такие должностные лица именуются не «должностные лица органов исполнительной власти», а просто «должностные лица».

³² СЗ РФ. 1999. № 42. Ст. 5005.

вом) субъекта РФ в системе органов государственной власти субъекта РФ может быть установлена должность высшего должностного лица субъекта РФ. Согласно п. 1, 2 ст. 22 данного Федерального закона высшее должностное лицо субъекта РФ на основании и во исполнение Конституции РФ, федеральных законов, нормативных актов Президента РФ, постановлений Правительства РФ, конституции (устава) и законов субъекта РФ издает указы (постановления) и распоряжения. Акты высшего должностного лица субъекта, принятые в пределах их полномочий, обязательны к исполнению в субъекте РФ.

Б.А. Тулинова

О СУДЕБНОЙ ПРОВЕРКЕ ЗАКОННОСТИ НОРМАТИВНОГО ПРАВОВОГО АКТА*

Особенность ситуации в области законодательства об административном судебном процессе в настоящий период состоит в том, что нет полной ясности относительно ожидаемого момента принятия Кодекса административного судопроизводства (далее – КАС)¹. В то же время, при отсутствии «собственного» кодекса, правила административного судебного процесса кодифицированы, причем представлены в виде компактно структурированных положений не одного, а двух действующих кодексов – АПК РФ и ГПК РФ.

Мысли о будущем не основание игнорировать настоящее. За время действия АПК РФ и ГПК РФ, т.е. с 2002 г. и по настоящее время, накоплен правоприменительный опыт решения судебных административных дел, обобщенный в постановлениях Пленумов Верховного и Высшего Арбитражного судов РФ, объективированный в статистическом измерении.

* Статья рекомендована к печати доктором юридических наук, профессором Н.Ю. Хаманевой.

¹ Обоснование необходимости кодификации, создания полноценного института административной юстиции дается в ряде работ Н.Ю. Хаманевой. См., например: Административно-правовой спор как разновидность юридического конфликта // Труды ИГП РАН. 2009. № 3 С. 36–59.

Создание КАС не имеет ничего общего с юридикотехническим «переносом» соответствующих положений в него из ГПК РФ и АПК РФ в качестве его составляющих. Конечно, все социально и функционально ценное, что есть в действующих законах, при новой кодификации будет сохранено. Продолжение лучших традиций в сочетании с концептуальным обновлением с учетом потребностей устойчивого социально-правового развития и опыта профессионалов – судей, адвокатов, прокуроров – будет гарантом создания современного, рассчитанного на длительную перспективу кодифицированного закона (КАС). Фундамент такого закона заложен. Это проект КАС, разработанный учеными-юристами совместно с депутатами Государственной Думы. Пока обсуждение проекта еще продолжается, полагаю целесообразным рассмотреть некоторые вопросы, по которым имеются варианты подходы и решения.

Наши предложения ориентированы на оптимизацию судебного контроля за нормативными правовыми актами требованиями закона.

1. Суд вправе признать оспариваемый нормативный правовой акт недействующим *в целом* при наличии достаточных, установленных в судебном разбирательстве оснований для вывода о несоответствии оспариваемого акта другому нормативному акту большей юридической силы и в ситуации, когда заявителем был поставлен вопрос о признании оспариваемого акта недействующим только *в части* отдельных положений в качестве причины нарушения его прав.

2. Нормативный правовой акт, оспариваемый заявителем по причине нарушения его прав или угрозы реализации его прав, подлежит судебной проверке и в тех случаях, когда такой акт принят в форме документа, не предусмотренного законом, либо когда при его издании нарушены правила процедуры.

3. Недопустимо снижение качества нормативного правового акта в зависимости от его уровня в иерархии нормативных правовых актов. Главным критерием законности положений оспариваемого нормативного правового акта является их конституционность, а не уровень акта в иерархии нормативных правовых актов.

Следуя логике положения ч. 2 ст. 55 Конституции РФ: «В Российской Федерации не должны издаваться законы, отменяющие или умаляющие права и свободы человека и гражданина», не должны также издаваться и другие нормативные правовые акты, умаляющие или сокращающие сравнительно с предоставленными законом права граждан или способы их осуществления.

Это должно найти отражение и разъяснение в постановлениях Пленумов Верховного и Высшего Арбитражного судов РФ, что существенно для судебного правоприменения по административным делам на период до решения указанных вопросов законодателем, а также важно и в порядке обратной связи, от судебной власти – к законодательной.

4. Норма ч. 3 ст. 15 Конституции РФ не должна служить основанием для заключения о недопустимости судебной проверки неопубликованного нормативного правового акта при условии, что его применение на практике привело, по утверждению обратившегося в суд, к нарушению его прав или поставило их под угрозу нарушения.

5. Возможна ситуация, когда суд придет к убеждению, что оспариваемый нормативный правовой акт по критерию законности не уступает нормативному акту большей юридической силы (а превосходит его или имеет равную силу) либо к тому же оспариваемым актом предусматриваются не указанные в акте большей юридической силы дополнительные варианты осуществления прав, реализуемые исключительно по выбору гражданина-правообладателя, не затрагивающие прав и обязанностей других лиц.

Действующими процессуальными правилами не предусмотрены полномочия суда по своей инициативе расширить предмет исследования по делу об оспаривании нормативного правового акта. Гипотетически возможно, что суд оценит не только оспариваемый акт, но и нормативный правовой акт более высокой юридической силы как не отвечающие требованиям закона. В таком случае суд едва ли судьбу обоих нормативных правовых актов определит одним решением.

Тем не менее возникает вопрос, должен ли суд, принимая решение в отношении оспариваемого заявителем акта, обязывать принявшего второй нормативный правовой акт: а) привести

содержащиеся в нем положения в соответствие с законом или б) исключить их из нормативного правового акта как незаконные.

Полагаем, что суд не вправе игнорировать существенные юридические ошибки и погрешности действующего нормативного правового акта, положения которого были предметом судебного исследования в процессе оспаривания другого, функционально взаимосвязанного с ним правового акта.

Если законодатель сочтет целесообразным нормировать изложенное выше положение, желательно указать и на форму судебного акта. Это может быть, исходя из наличия в ГПК РФ ст. 226, частное определение. Другая форма акта реагирования суда на нарушение закона, которая могла бы обогатить КАС, это представление суда. Последнее, на наш взгляд, больше соответствует назначению, характеру судебного документа, а также статусу судьи и авторитету суда как института власти.

6. В случае наличия в поле исследования суда двух и более нормативных правовых актов более высокой сравнительно с оспариваемым актом юридической силы различного уровня суд *ex officio* не ограничивается их сопоставлением для выяснения соответствия закону. По данному вопросу желательно наделить суд правомочием назначения юридической, в том числе комиссионной, экспертизы. Такая экспертиза может быть проведена и повторно с учетом позиций участников.

7. Исходя из предупредительной функции суда, осуществляющего правосудие как по административным, так и по другим судебным делам, желательно предусмотреть право обращения в суд как в связи с нарушением прав заявителя, так и в случае, когда нормативным правовым актом, противоречащим другому нормативному акту большей юридической силы, создается риск (высокая степень вероятности) нарушения прав субъектов, включая прежде всего заявителя.

8. Итоги судебного контроля за нормативным правовым актом не могут заключаться лишь в решении об отказе в признании его недействующим, если в результате судебного исследования обнаружались серьезные недочеты нормативного правового акта, такие как: а) в документ включены отдельные положения, несовместимые между собой, содержащие взаимопротиворечащие нормы, предписания, обоснования; б) даются ссылки

на акты, существующие лишь формально и фактически утратившие силу; в) в нормативном акте неоднократно, в разных вариациях воспроизводятся одни и те же аргументы, не являющиеся обоснованием и прикрывающие его отсутствие. Целесообразно в таких случаях в будущем КАС предусмотреть опубликование принятого частного определения (или представления, если оно будет легализовано) в адрес лиц, компетентных нормализовать ситуацию в области законности проверенных в судебном порядке правовых актов.

9. Право заявителя оспаривать нормативный правовой акт в порядке судебного административного производства не обусловлено досудебными и внесудебными процедурами. Данное принципиальное положение следовало бы сохранить и на будущее. Изъятия из него должны быть минимальными и вполне определенными, не допускающими различного толкования на практике. С позиции законности, а не только правил законодательной техники, целесообразно, чтобы положения об исключениях из принципа были изложены непосредственно после принципа (это может быть и в рамках одной статьи, и в рамках отдельной, следующей за правилом) и к тому же исчерпывающим образом. Открытый перечень оснований здесь был бы вреден как ослабляющий контрольную функцию суда за законностью нормативных правовых актов, а также право на оперативное обращение в суд и судебную защиту.

10. Властвующий субъект, принявший нормативный или ненормативный правовой акт, вправе его отменить или внести в него приемлемые коррективы, начавшийся судебный процесс по соответствующему административному делу не является к тому препятствием.

В случае обращения субъекта публично-властных полномочий к суду с заявлением о его намерении в ближайшее время внести необходимые коррективы или отменить оспариваемый нормативный правовой акт суд вправе удовлетворить ходатайство и приостановить производство.

В.Ю. Зайцев в комментарии к ст. 252 ГПК РФ «Рассмотрение заявлений об оспаривании нормативных правовых актов» указывает: «При рассмотрении дела об оспаривании нормативного правового акта суд должен проверить его законность в

полном объеме независимо от оснований и доводов заявленных требований»². Данное разъяснение, на наш взгляд, надо понимать буквально, т.е. заявителем оспорено не отдельное положение, а нормативный правовой акт в целом. Такой подход действует и в арбитражном суде по делам данной категории: «Арбитражный суд не связан доводами, содержащимися в заявлении об оспаривании нормативного правового акта, и проверяет оспариваемое положение в полном объеме» (ч. 5 ст. 194 АПК РФ).

² См.: *Зайцев В.Ю.* Комментарий к гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации. 4-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. Г.А. Жилин. М., 2008. С. 492.

КОНСТИТУЦИОННЫЙ ОПЫТ СОВЕТСКОЙ РОССИИ: ИДЕИ И ПРАКТИКА*

Советский период истории России и конституционный опыт страны в том числе воспринимается до сих пор достаточно болезненно и неоднозначно, и его исследование представляет несомненный интерес. Каковы были конституционные основы советского общества? Имели ли положения конституций страны реальное воплощение или носили фиктивный характер? Можно ли говорить о тенденции к постепенной демократизации и тем самым об определенной преемственности между советскими конституционными принципами и современными?

Как заметил французский социолог Р. Арон, «ошибочно предположение, будто конституционные фикции лишены смысла, что они всего лишь примитивные уловки или потемкинские деревни. Пока провозглашается во всеуслышание верность демократической конституции, есть надежда, что в режиме могут произойти демократические перемены. Провозглашая верность демократии, государство заявляет об одной из возможных конечных целей своего развития»¹.

Говоря о конституционных основах, принципах, конституционности того или иного режима, о конституционном государстве и конституционализме и антиконституционализме, необходимо понимать, о чем же, собственно, идет речь. Истории известны примеры, когда конституционное государство не имеет писаной конституции; с другой стороны, наличие документа под названием «конституция» ни в коей мере не превращает режим автоматически в конституционный. В литературе приводятся различные определения конституционализма: для одних это исторически складывающаяся деятельность государства по разра-

* Статья рекомендована к печати доктором юридических наук, профессором В.Г. Графским.

¹ Арон Р. Демократия и тоталитаризм. М., 1993. С. 93.

ботке, принятию, реализации и совершенствованию конституционного права, как основной системы государственных норм², для других – универсальная система философских и правовых принципов, идеологической программы реформ политической системы авторитаризма, а также социально-политического движения модернизирующегося общества³, согласно иному определению, конституционализм – особая правовая идеология, направленная на предотвращение деспотизма и гарантирующая индивидуальные свободы⁴. В целом можно говорить о двух основных позициях в восприятии конституционализма, берущих начало от представлений о праве позитивном и праве естественном. В рамках настоящей статьи речь пойдет в первую очередь о советских конституционных актах, хотя автор и не сводит к ним весь конституционный опыт страны.

Некоторые российские ученые полагают, что «западные» идеи конституционализма чужды русской культуре вообще и русской политической культуре в частности и что при попытке перенесения их на нашу почву таковые идеи претерпевают существенные, иногда кардинальные, изменения⁵. С другой стороны, есть мнение, что процесс исторического становления конституционализма в России подчинен общеевропейским тенденциям и не имеет в этой связи какой-либо принципиальной ущербности⁶.

Западные исследователи часто отмечают слабость русских и советских правовых традиций. Так, Р.С. Шарлет полагает, что

² См.: *Политаев П.П.* Методические указания по изучению курса «Конституционное право зарубежных стран». М., 1997. Часть I. С. 17.

³ См.: *Медушевский А.Н.* Демократия и авторитаризм: российский конституционализм в сравнительной перспективе. М., 1997. С. 596.

⁴ *Баев В.Г., Ковальски Е.* Конституционализм: история и теория вопроса // *Представительная власть XXI век.* 2008. № 8 (87).

⁵ См. например: *Арановский К.В.* Конституционная традиция в Российской среде. СПб., 2003; *Пивоваров Ю.С.*, Constitutional state и Русское государство // *Россия и современный мир.* М., 2000. С. 29–41.

⁶ См., например: *Медушевский А.Н.* Указ. соч.; *Калинин А.Ю.* Признание прав человека и концепция конституционализма в контексте их исторического влияния на процессы правообразования в России // *Представительная власть XXI век.* 2009. № 2–3 (89–90).

Россия и СССР стали примерами идеи государства людей, а не законов⁷. В свою очередь Г. Дж. Берман писал, что исторически слабая создателями законов и юристами Россия изначально была сильна в героях и святых⁸.

Сторонники отрицательного отношения к советскому конституционному опыту порой выражаются достаточно резко и беспартийно (например, Ю.С. Пивоваров постулирует, что «сегодня уже ни у кого нет сомнений в том, что советские конституции были фикцией и не по их нормам жила страна»⁹ – данное утверждение и подобные им представляются свехупрощенными и недостаточно обоснованными).

Так ли плохи были советские Основные законы? Являлись ли они формой без содержания, на которую все закрывали глаза, или их нормы подводили определенный фундамент под происходившие в стране события, за которые так часто в наше время ругают СССР?

Несмотря на сравнительно недолгий срок существования советского строя, он оставил нам богатое конституционное наследие, начиная от Конституции РСФСР 1918 г., заканчивая Конституцией СССР 1977 г. и Конституцией РСФСР 1978 г. При этом, если принятие Конституции РСФСР 1918 г. и Конституции СССР 1924 г. оправдано фактом образования нового государства, то в случае остальных основных законов их создатели по тем или иным причинам предпочли принятие новых актов внесения изменений в существующие.

Как справедливо – вслед за Г. Кельзеном – писал О. И. Чистяков, «любое государство, разумеется, может обойтись и без Конституции... Однако если государство может обойтись без Конституции, то все же наличие ее, несомненно, укрепляет государственный строй, всю государственную машину, цементирует ее отдельные части в нечто единое»¹⁰.

В литературе отмечается конституционное значение первых советских декретов («О земле», «О мире», «Об учреждении Со-

⁷ Sharlet R.S. Soviet Constitutional Crisis: from De-Stalinization to disintegration. N.Y., 1992. P. 5.

⁸ См.: Berman H.J. Justice in U.S.S.R. N.Y., 1963. P. 224.

⁹ Пивоваров Ю.С. Указ.соч. С. 29.

¹⁰ Чистяков О.И. Конституция СССР 1924 г.: Учеб. пособие. М., 2004.

вета Народных Депутатов» и др.), заложивших политические и экономические основы нового строя¹¹. Однако, указанные документы носили прежде всего декларативный характер, и для закрепления новых руководящих сил на занятых позициях, для легитимации их власти необходимо было принятие полноценного основного закона, каковым стала Конституция РСФСР 1918 г.

Каковы основные идеи данного законодательного акта? Обратимся к тексту Конституции.

Государство объявлялось Республикой Советов рабочих, солдатских и крестьянских депутатов, при этом страна провозглашалась свободным союзом наций, организованным в федерацию Советских национальных республик. На деле к моменту создания Конституции таких, говоря языком Основного закона, «сочленов» («частей») федерации попросту не существовало. Уже после провозглашения Конституции начался хаотичный процесс создания автономий по национальному или географическому признаку (к 1923 г. в составе РСФСР было 11 автономных республик, 14 автономных областей и 63 губернии и области¹²). Конституция не содержала каких-либо норм касательно статуса частей федерации, формирование органов управления (Советов) согласно Конституции также происходило на базе дореволюционного административно-территориального деления. Таким образом, хотя государство и провозглашалось федеративным, это положение носило ярко выраженный декларативный характер и рассчитано было, весьма вероятно, «на будущее», в надежде на вхождение в состав РСФСР бывших частей Российской империи, провозгласивших свою независимость после революции, которые при разработке своих конституционных актов во многом отталкивались от Конституции РСФСР 1918 г.

Конституция декларировала, что вся власть «принадлежит всему рабочему населению страны, объединенному в городских и сельских Советах». Однако, объявляя о народовластии, Конституция неоднократно подчеркивала его «классовый» характер, ведь «в момент решительной борьбы пролетариата с его

¹¹ Авакьян С.А. Конституция России: природа, эволюция, современность. М., 1997.

¹² См.: Баглай М.В. Конституционное право Российской Федерации: Учебник для вузов. М., 2004. С. 323.

эксплуататорами, эксплуататорам не может быть места ни в одном из органов власти».

Вопросам распределения и реализации государственной власти в стране был посвящен раздел о «Конструкции Советской власти», которая, по версии Конституции РСФСР 1918 г., включала в себя вопросы организации центральной власти (Всероссийский съезд Советов, ВЦИК, СНК), а также вопросы организации власти на местах (Съезды Советов и Советы депутатов). Вся власть была сосредоточена в руках ВЦИК и СНК, ни о каком разделении ветвей власти речи не идет. Что интересно, судебная власть Конституцией РСФСР 1918 г. также не упоминается. Возможно, это явилось следствием того, что после принятия Декрета «О суде» и разрушения сложившейся до революции судебной системы прошло слишком мало времени и образ нового, «социалистического» судопроизводства еще не сформировался. С другой стороны, такое безразличие к судебной власти при желании можно обосновать и личной неприязнью находящихся у власти лиц, в частности В.И. Ленина, который, по словам П. Стучки, «не особенно миловал юриспруденцию и юристов»¹³.

Конституция РСФСР 1918 г. носила ярко выраженный классовый характер: в тексте Основного закона можно обнаружить немало терминов, определяющих статус гражданина в зависимости от его профессиональной деятельности. Представляется возможным назвать установленную Конституцией РСФСР 1918 г. систему организации управления государством своеобразной элитарной демократией.

Конституция предоставляла права, свободы и привилегии четко ограниченному кругу лиц, а именно «трудящимся», в ряде статей уточняя, что под «трудящимися» подразумеваются «рабочие и беднейшие крестьяне». Такое восприятие особенно интересно в свете ст. 18 Конституции, согласно которой труд являлся обязанностью всех граждан страны. Жонглирование терминами в тексте Основного закона оставляло прекрасную возможность признать «нетрудовым элементом», не «трудящимся»

¹³ Стучка П. Избранные произведения по марксистско-ленинской теории права. Рига, 1964. С. 343.

практически любого, кто не трудится на фабрике либо не относится к «беднейшему крестьянству» (термин также достаточно неопределенный), а значит, отказать такому «нетрудовому элементу» во всех провозглашаемых Конституцией правах и свободах, которые включали свободу совести (ст. 13), свободу выражения своих мнений (ст. 14), свободу собраний (ст. 15), свободу союзов, доступ к знаниям, почетное право защищать родину с оружием в руках, право избирать и быть избранными. О таких «классических» правах человека, как неприкосновенность личности, жилища и т.д., Конституция РСФСР 1918 г. не говорила ни слова. С другой стороны, дабы окончательно развязать формально связанные конституционными положениями руки правоприменителям, ст. 23 Конституции законодательно предоставила государству возможность «лишать отдельных лиц и отдельные группы прав, которые используются ими в ущерб интересам социалистической революции»¹⁴. Таким образом, хотя формально создатели Основного закона закрепляли за гражданами (и то далеко не всеми) определенные права и свободы, они оставляли себе буквально конституционное – закрепленное в тексте самой Конституции, – право по своему усмотрению, руководствуясь «интересами рабочего класса в целом», ограничить в правах или вообще лишить их практически любого. Таким образом, террор и злоупотребления властью, которые имели место в стране в рассматриваемый период, в целом формально происходили вполне в пределах закрепленных в Основном законе норм.

Отдельный раздел Конституции был посвящен активному и пассивному избирательному праву. Положения данного раздела, с одной стороны, являлись весьма прогрессивными: избирательное право предоставлялось гражданам обоего пола независимо от национальности, вероисповедания, оседлости с 18-летнего возраста (а местами – даже с более раннего возраста). Для сравнения: в США женщины получили право голоса в 1920 г., а возраст, с достижением которого гражданин США получал право избирать, был снижен до 18 лет только в 1971 г. С другой сто-

¹⁴ По данному вопросу см. подробнее: *Портнов В.П., Славин М.М. Этапы развития Советской Конституции (Историко-правовое исследование).* М., 1982.

роны, советская избирательная система носила ярко выраженный классовый характер: ряд граждан, указанных в ст. 65 Конституции, лишались права быть избранными и избирать, исходя из рода их деятельности и профессии. Кроме того, даже в большой группе трудящихся (рабочие и крестьяне) устанавливалось неравноправие: городские жители избирали на съезд Советов одного представителя от 25 тыс. избирателей, а крестьяне – одного от 125 тыс. избирателей. Многоступенчатость выборов фактически лишала простых «трудящихся» возможности влиять на состав органов управления государством.

Таким образом, Конституция РСФСР 1918 г. закрепляла сложную иерархичную систему организации общества в зависимости от принадлежности гражданина к «трудовым» или «нетрудовым» элементам, предоставляя права первым и отказывая в них последним. При этом государство, исходя из текста Основного закона, являлось централизованным, федеративным лишь на бумаге, вся власть была сосредоточена в центре и фактически не ограничена (в «парадных» научных работах советской эпохи такая организация власти определялась как «демократический централизм», а также «социалистический демократизм»¹⁵).

Следующим этапом в конституционной истории советской России стало принятие Конституции СССР 1924 г. и вслед за ней создание основных законов республик СССР, в том числе Конституции РСФСР 1925 г. Как писал П.И. Стучка, «...Конституции СССР и РСФСР одна другую дополняют и, вместе взятые, составляют единое неразрывное целое, единую Советскую Конституцию»¹⁶. Действительно, Конституция СССР 1924 г. регулировала далеко не все конституционные вопросы, а касалась в основном распределения власти между СССР и входящими в него республиками; Конституции республик, в свою очередь, регулировали вопросы, не рассмотренные союзным Основным законом. Один из первых вопросов, возникающих, когда речь идет о первой союзной конституции, касается центра-

¹⁵ См., например: *Равин С.М.* Конституционные принципы советского государства: К 40-летию Конституции РСФСР 1918 г. // Правоведение, 1958. № 2. С. 26–36.

¹⁶ *Стучка П.И.* Учение о Советском государстве и его конституции. М.; Л., 1931. С. 93.

лизации и децентрализации, отвергнутого плана «автономизации». По мнению О.И. Чистякова, Конституция СССР 1924 г. создавалась «на перспективу», в надежде на скорое расширение СССР за счет вхождения в его состав новых государств. Широкое обсуждение получила норма первой советской союзной Конституции, предоставляющая – на бумаге – союзным республикам право свободного выхода из СССР. Это «право» впоследствии переключалось в конституции СССР 1936 г. (ст. 17) и 1977 г. (ст. 72), однако ни один из советских Основных законов не содержал процедуры такого выхода и, по всей видимости, не предполагал возможности применения данной нормы. Как отмечает М.В. Баглай, объединение народов в рамках СССР было «тесно увязано с антидемократической сущностью тоталитарного государства и являло собой фиктивную федерацию», поскольку «главное звено реального управления, каковым была Коммунистическая партия, рассматривалось как сила интернациональная, что и превращало формально федеративное государство в фактически унитарное»¹⁷. Хотя автор согласен с тем, что советский федерализм носил ограниченный характер, приведенное выше высказывание представляется чрезмерно резким.

Конституция РСФСР 1925 г. вслед за союзным Основным законом также провозглашала «право всех наций на самоопределение вплоть до отделения»¹⁸. Хотя Конституция РСФСР 1925 г., в отличие от союзной Конституции, регулировала более широкий круг вопросов, включая права граждан, избирательную систему, на деле в текст нового Основного закона республики были перенесены положения из Конституции РСФСР 1918 г.

Первая Конституция СССР и ее аналоги в советских республиках оказались не слишком долговечны, и были заменены принятием в 1936 г. новой Конституции СССР, за которой прочно закрепилось название «сталинской» (а также «бухаринской», по имени ее основного разработчика) и созданными по ее подобию конституциями республик СССР. Именно Конституцию СССР 1936 г. чаще всего критикуют за декларативность и фиктивный характер, отмечая, однако, прогрессивность постулируемых в

¹⁷ Баглай М.В. Указ. соч. С. 324.

¹⁸ Статья 13 Конституции РСФСР 1925 г.

ней норм и принципов. Немало вопросов вызывают причины замены Основного закона страны. В литературе советского периода принятие новой Конституции обосновывалось «исторической победой социализма» и, как следствие, необходимостью закрепить новые принципы «социально-экономической структуры социалистического общества и развернутого, до конца выдержанного социалистического демократизма»¹⁹. В более поздний период отношение к сталинской Конституции изменилось: так, С.А. Авакьян воспринимает принятие нового Основного закона как «триумф победителя, который и содержанием Конституции, и самим фактом ее принятия «освятил» свое торжество»²⁰. По мнению М.В. Баглая, Конституция СССР 1936 г. возникла, так как «И.В. Сталин, продолжавший курс на всемерное укрепление государственной власти, со временем пришел к выводу, что требуется демократизировать фасад этой власти»²¹. Но для кого нужен был такой «косметический ремонт» режима? До принятия Конституции СССР 1936 г. страна прошла через коллективизацию, через голод и репрессии, и люди не понаслышке знали как «гарантируются» в СССР права человека, а после провозглашения нового Основного закона репрессии и чистки, как известно, вышли на новый виток. Можно высказать предположение, что Конституция СССР 1936 г. служила прикрытием готовившейся акции по очистке партийного аппарата (в частности, вводила печально известный термин «враг народа»), и тогда цели ее создания в первую очередь лежали внутри страны. Тем не менее возможна и иная трактовка, согласно которой формальная демократизация преследовала внешнеполитические цели и задачи.

Конституция СССР 1936 г. – более совершенный документ с точки зрения юридической техники, чем предшествующие Конституции СССР и РСФСР, она наиболее долговечная из всех советских конституций. Формально было обеспечено активное участие народа в процессе обсуждения проекта Конституции: как пишет С.А. Авакьян, «официальный показатель того времени – в обсуждении приняло участие более 50 млн человек, хотя

¹⁹ Равин С.М. Указ. соч.

²⁰ Авакьян С.А. Указ. соч.

²¹ Баглай М.В. Указ. соч. С. 50.

те, кто знакомился с архивными материалами, находят и другую цифру – 36,5 млн человек»²². По объему вопросов, регулированию которых посвящен данный Основной закон, он полнее, чем первая советская Конституция. Несмотря на провозглашаемый федерализм, Конституция СССР 1936 г., по сути, являла собой Основным закон единого, фактически унитарного, централизованного государства.

Итак, что же нового и что прогрессивного было в Конституции СССР 1936 г.?

В качестве экономической основы СССР провозглашалась социалистическая система хозяйства и социалистическая собственность на орудия и средства производства в двух формах – государственной и колхозно-кооперативной.

Хотя СССР провозглашался федеративным государством, Конституция содержала нормы, указывающие на сверхцентрализацию власти: так, в тексте Основного закона были перечислены не только автономные республики и автономные области, входившие в состав союзных республик, но также и административно-территориальные единицы – края и области, при этом решение вопросов административного устройства республик СССР было переведено на союзный уровень (ст. 14 е).

Правам и обязанностям граждан впервые посвящен целый раздел Основного закона, причем перечень прав был существенно расширен. Первое место среди них отведено социально-экономическим правам: на труд (ст. 118), на отдых (ст. 119), на материальное обеспечение в старости, в случае болезни и потери трудоспособности (ст. 120), на образование (ст. 121). Как отмечает М.В. Баглай, «то были не столько индивидуальные права, сколько направления государственной социальной политики»²³. Из более ранних конституционных актов в Конституцию 1936 г. перекочевала свобода совести, правда, в новой «усеченной» формулировке – в виде свободы отправления религиозных культов и свободы антирелигиозной пропаганды (ст. 124). Формально провозглашались такие политические права граждан, как свобода слова, печати, собраний и митингов, уличных шествий и

²² Авакьян С.А. Указ. соч.

²³ Баглай М.В. Указ. соч. С. 50.

демонстраций (ст. 125). Нововведением Конституции явилось закрепление неприкосновенности личности граждан (ст. 127), их жилища, тайны переписки (ст. 128): как писал Р. Арон, «эта торжественно провозглашенная конституция на бумаге гарантировала уважение прав личности, Habeas corpus на таких же безупречных условиях, как и в Великобритании»²⁴.

Изменена избирательная система – согласно Конституции выборы осуществлялись избирателями на основе всеобщего, равного и прямого избирательного права при тайном голосовании (другое дело, насколько формальной была деятельность избираемых органов власти, система которых также претерпела изменения).

Впервые в Основном законе упоминалось о Коммунистической партии – в соответствии со ст. 126 «наиболее активные и сознательные граждане из рядов рабочего класса и других слоев трудящихся объединяются во Всесоюзную коммунистическую партию (большевиков), являющуюся передовым отрядом трудящихся в их борьбе за укрепление и развитие социалистического строя и представляющую руководящее ядро всех организаций трудящихся, как общественных, так и государственных». Однако, как верно отметил Р. С. Шарлет, хотя закон 1936 г. упоминает партию в двух статьях ближе к концу, таким образом прерывая предшествующее конституционное молчание, весь объем власти и силы Партии в Советской системе не может быть угадан, исходя лишь из этих ссылок²⁵.

Конституция СССР 1936 г. впервые декларировала принцип независимости суда и его подчинения только закону (ст. 112).

Претерпела изменения терминология, были созданы новые термины, надолго вошедшие в том числе и в научный язык («общественное устройство», «государственное устройство», «субъект федерации» и т.д.).

Вслед за Конституцией СССР 1936 г. были приняты соответствующие акты республик СССР, не имевшие существенного самостоятельного значения и копировавшие, в основном, положения союзного Основного закона.

²⁴ Арон Р. Указ. соч. С. 92.

²⁵ Sharlet R.S. Op. cit. P. 10.

За время действия Конституции СССР 1936 г. в нее было внесено достаточно большое количество изменений, касающихся различных вопросов (при жизни И.В. Сталина – за 16 с небольшим лет – было принято девять законов СССР о внесении изменений в Конституцию, после его смерти и до принятия новой Конституции СССР 1977 г. – за 24 года – 42 закона СССР, вносящих поправки в Конституцию). При этом решение о подготовке нового Основного закона было принято еще в 1962 г. Чем на этот раз руководствовалась власть, начиная разработку новой Конституции? Представляется, что основным мотивом создания нового Основного закона было не стремление заменить «плохую» или не соответствующую времени Конституцию, но заменить «сталинскую» Конституцию. Процесс подготовки нового конституционного акта затянулся (что очень ярко демонстрирует приведенная одним из разработчиков Конституции хронология мероприятий, связанных с разработкой конституции²⁶): как пишет Р.С. Шарлет, запутавшееся в политике десталинизации принятие новой советской Конституции в рамках более открытого, противоречивого, раздираемого противоречиями правотворческого процесса пост-сталинской эры оказалось сложной задачей, потребовавшей многочисленных изменений и компромиссов, чтобы согласовать различные интересы, отраженные в таком всеобъемлющем акте²⁷. По мнению С.А. Авакьяна, чтобы отойти от прежних догм и создать новую концепцию общества (иначе говоря, новые догмы), требовалось время, в ходе которого была сформирована теория развитого социализма²⁸. Так или иначе, представляется интересным тот факт, что после томительных 15 лет разработки «брежневской» Конституции, она была принята в то время, когда Л.И. Брежнев вследствие ухудшения здоровья практически перестал принимать участие в управлении страной.

По сравнению с Конституцией СССР 1936 г. новая Конституция заметно увеличилась в объеме (174 статьи против 146 в

²⁶ См.: Лукьянов А.И. Хронологический перечень мероприятий, связанных с разработкой и принятием Конституции СССР 1977 г. // http://constitution.garant.ru/DOC_3001.htm.

²⁷ См.: Шарлет R.S. *Op. cit.* P. 15–16.

²⁸ См.: Авакьян С.А. Указ. соч.

предыдущей Конституции), а также включила в себя пространную Преамбулу, красочно расписывающую достижения «развитого социализма». Изменилась терминология, формулировки положений Конституции стали носить более демократичный характер, однако в целом система управления государством во главе с КПСС (о руководящей и направляющей роли которой теперь говорилось в ст. 6 Конституции) осталась неизменной.

В отличие от предыдущих конституционных актов Конституция 1977 г. декларировала принцип полновластия всего народа, а не «трудящихся», «рабочих города и деревни», проводился курс на расширение роли граждан в управлении страной, в законодательном процессе, хотя на практике в указанный период имели место печально известные безальтернативные выборы с практически стопроцентной явкой избирателей.

Объем прав граждан, провозглашаемый в Основном законе, в очередной раз увеличился: граждане получили право на охрану здоровья (ст. 42), на жилище (ст. 44), на пользование достижениями культуры (ст. 46), свободу творчества (ст. 47), право обжаловать действия должностных лиц, государственных и общественных органов (ст. 58) и т.д.

По образу и подобию Конституции СССР 1977 г. были приняты и основные законы союзных республик, в частности Конституция РСФСР 1978 г., на смену которой уже после развала СССР пришла Конституция РФ 1993 г. Последним этапом конституционного строительства Советской России были реформы периода перестройки, которые коснулись структуры верховных органов власти, реформы избирательной системы, провозглашения идеи правового государства и т.д. Эти перемены, направленные на демократизацию страны и попытку создания «социализма с человеческим лицом», не смогли удержать СССР от саморазрушения (а по мнению многих, наоборот, способствовали развалу государства). Таким образом, период конституционного строительства советского государства стал историей.

* * *

Даже при кратком рассмотрении советского конституционного опыта можно проследить, как совершенствовались конституционные принципы, декларируемые основными законами, как советские конституции приобретали – во всяком случае в теории – все более

демократический характер, пройдя путь от провозглашения диктатуры пролетариата до постулирования народовластия в современном его понимании. Несмотря на наличие конституций, советское государство едва ли можно назвать конституционным в классическом значении этого термина, однако это не является основанием для перечеркивания всего советского конституционного опыта, изучение которого представляется неотъемлемой частью постижения истории нашей страны.

И.Б. Буриев

КОНТРОЛЬ ЗА ДОЛЖНЫМ ПОВЕДЕНИЕМ И ИНСТИТУТ МУХТАСИБА В СРЕДНЕВЕКОВОЙ ГОСУДАРСТВЕННОСТИ ТАДЖИКОВ*

Государству принадлежит контрольная функция, которую исполняют конкретные институты и чиновники. К сожалению, в западной культуре данная функция не была четко сформулирована и систематизирована, а в мусульманской культуре на протяжении столетий она была предметом анализа ученых¹.

Речь в данном случае идет об одном из институтов мусульманской, в частности таджикской, государственности с X в. по начало XX в. – о мухтасибе или хисбе². Хисба в мусульманском

* Статья рекомендована к печати доктором юридических наук, профессором В.Е. Чиркиным

¹ См.: Куж М. Шестой столп ислама. Запрещение осуждаемого / Пер. с англ. СПб., 2008. С. 9–12.

² Мухтасиб – от слова хасаба – учет. Хасаба – как специальный термин используется для обозначения получения заслуженного вознаграждения, хисба – как существительное означает «вознаграждение», «плата», используется также в значении запрещения тех действий, которые не разрешены шариатом. В религиозном понимании хисба – совершение чего-то ради Бога, которое учитывается Богом. См.: Петрушевский И.П. Ислам в Иране в VII–XV веках. Л., 1966. С. 195.

праве означает повеление добрых дел и запрещение осуждаемых дел³.

Мусульманские правоведы указывают на пять аятов Корана, которые предписывают всем совершение и пропаганду добрых дел (амр ба маруф) и запрещение осуждаемых поступков (нахай ба мункар).

Мухтасиб⁴ является религиозно-политическим институтом государственности. Наряду с шариатским судом, пишет И.П. Петрушевский, «в средневековых городах исламских стран, в частности в Иране, существовало еще учреждение, обязанное следить за тем, чтобы религиозные и моральные предписания ислама не нарушались. Это была хисба; термин этот еще во времена халифата стал обозначать службу надзора за нравами и общественной жизнью под углом зрения предписаний шариата»⁵.

Коротко об истории возникновения института мухтасиба в исламском государстве. Возникновение института мухтасиба связано с исламом и его распространением на территории исторического Таджикистана. Конкретно, данный институт возникает при пророке Мухаммаде, и связано это со случаем из его жизни⁶.

³ См.: Кук М. Указ. соч. СПб., 2008. С. 6.

⁴ Термин «мухтасиб» в основном использовался в центральноазиатских государствах, а термин хисба – в Иране. Мы использовали «мухтасиб» как термин, означающий чиновника, а «хисба» в значении органа государства. Майкл Кук переводит термин «мухтасиб» цензором. См.: Кук М. Указ. соч. С. 173.

⁵ Петрушевский И.П. Указ. соч. С. 195.

⁶ Однажды зайдя в рынок города Медины, Пророк увидел посуду (чашку) с красивой пшеницей. Когда он сунул руку внутрь посуды, ахал и вынул оттуда горсть пшеницы и спросил продавца: «Это что?» Продавец ответил, что-то вроде «это от дождя» или «с неба свалился». Пророк спросил, «почему снаружи поставил лучшие образцы, а внутри плохие?» и добавил, что среди мусульман не должен иметь место обман. А кто обманывает, тот не является мусульманином. Тут же после этого случая назначил ответственного надзирателя за рынком Медины. После завоевания Мекки Пророк назначил Сайид бин Ос бин Умай надзирателем (мухтасибом) этого города. См.: Сокит М.Н. Институты правосудия в исламе. Тегеран, 1325 г.х. С. 300.

При правлении четырех праведных халифов существовала группа образованных людей, которые по приказу первых занимались пропагандой добрых дел и осуждением противоправных действий⁷. С течением времени деятельность по пропаганде и агитации рекомендуемых дел и запрещению осуждаемых стала признаваться одной из обязанностей каждого правоверного. Закреплением основных полномочий за собой мухтасиб обязан Омару бин Хаттабу – второму из праведных халифов. Омар назначил Саиба бин Язида и двух женщин (ал-Шифои и Самро бинти Нухики Асади⁸) надзирателями рынка города Медины. Примерами о значимости данного института могут служить рассказы из жизни аббасидского халифа Махди⁹ или тимуридского султана, известного астронома Улугбека¹⁰.

⁷ Рассказывают, что однажды Марван Хаким (Марван Мудрый) (64–65 гг. хиджри) – третий Омеядский правитель Халифата, в праздничной молитве читал хутбу перед молитвой. Один из присутствующих сказал: «Хутба читается после молитвы». Марван ответил: «То правило, о котором ты говоришь, уже не действует». Бусаид Хадри сказал: «Этот человек использовал свое право, право, которое Пророк говорил, что кто увидит отрицающего, должен изменить его с помощью руки, если не может с помощью руки, то языком, если не сможет сердцем – и это самая слабая вера (имон)». *Газзоли. Ихйа улум ад-дин*. Тегеран, 1992. Т. 2. С. 315.

⁸ Современники этих женщин пишут о том, что Самро была современницей Пророка и назначенной надзирателем рынка, если увидела что-то противоречащее нормам ислама, то сама могла на месте наказать виновного. См.: *Сокит М.Н.* Указ. соч. С. 300.

⁹ Махди – третий аббасидский правитель Халифата, при совершении хаджа приказал всех выгнать из Каабы, чтобы он спокойно мог совершить паломничество. Присутствующий там же Абдаллах Марзук схватил одежду халифа и сказал: «Смотри, что ты делаешь! Эти люди пришли издалека, почему ты ограничиваешь их! По какому праву ты считаешь себя лучше них». Махди приказал схватить его и перевезти в Багдад. Тот сидел в тюрьме пока жив был Махди. (*Газзоли М.* Указ. соч. Т. 2. С. 316). Такая же участь должна была постигнуть Суфёна Саври, указавшего на недопустимость ограничения паломников от совершения хаджа того же халифа Махди, но Суфён сбежал и его не могли поймать. (*Газзоли М.* Указ. соч. Т. 2. С. 317).

¹⁰ Однажды Улугбек устроил пир (с вином) в своем загородном дворце близ Самарканда. На пир явился мухтасиб Сейид Ашик, и сказал Улуг-

Свое название данный институт получил при аббасидских халифах («волии хисба» и «мухтасиб»)¹¹. Абуджафар Мансур (142–158 гг. хиджры) – второй аббасидский халиф, основатель города Багдад, построил рынки в Багдаде и для организации порядка в них назначил «мухтасибов»¹². Обеспечение порядка на рынках в это время было важнейшим направлением деятельности мухтасибов. Это дало И.П. Петрушевскому основание утверждать, что «так как в восточном средневековом городе общественная жизнь сосредоточивалась вокруг базара, то и хисба превратилась в инспекцию нравов и базаров»¹³.

Следующее направление деятельности мухтасиба связано со случаем, произошедшим при правлении аббасидского халифа Маъмуна. Халифа Маъмуна известили о том, что «некий мухтасиб требует от населения делать добрые дела и воздерживаться от плохих, хотя халиф не назначал мухтасиба для данного дела». По приказу Маъмуна мухтасиба привели к нему, и между ними состоялся разговор.¹⁴ Маъмуну понравилась речь мухтасиба и он

бек: «Ты уничтожил веру Мухаммеда и ввел обычай кафыров». Улугбек ответил ему: «Ты заслужил славу своим происхождением от сейидов, знанием и достиг старости; очевидно, тебе хочется также стать мучеником за веру, и потому ты говоришь грубые слова, но я не исполню твоего желания» (*Бартольд В.В.* Улугбек и его время. С. 104). См.: также: *Петрушевский И.П.* Указ. соч. С. 197.

¹¹ Это произошло при правлении Махди (775–785 гг.). См.: *Сокит М.Н.* Указ. соч. С. 300.

¹² Мухтасибом халифа Хади (785–786 гг.) являлся Нафис бин Абдурахмон Абунаим. См.: *Сокит М.Н.* Указ. соч. С. 302.

¹³ *Петрушевский И.П.* Указ. соч. С. 195.

¹⁴ Маъмун спросил мухтасиба о вышесказанном. При этом халиф Маъмун сидел на диване и читал жалобу, которая с его руки упала на землю под его ноги. Мухтасиб сказал Маъмуну: «Сначала убери свои ноги от имени Аллаха, после этого поступай как хочешь!» Три раза повторил свое требование, но халиф не смог понять его, и он повторил в четвертый раз: «Или подними ногу, или разреши мне поднять бумагу». Халиф поднял жалобу, целовал бумагу, и ему стало стыдно. Халиф повторил свой вопрос. Мухтасиб ответил: «Правда, что Аллах дал Вам эту должность, но мы являемся Вашими помощниками, и ты нуждается в нас. И тем, которые хранят и величают книгу Бога, и предания пророка ты должен благодарить. Теперь прикажи, что хотел».

приказал, чтобы тот продолжил свое дело от имени Маъмуна везде, где он захочет¹⁵. Кроме того, халиф создал специально для мухтасиба «дор ул-хисба» – дом мухтасиба в Багдаде.

Интересно, что в разных регионах мусульманского мира данный институт назывался по-разному. Например, в Испании мухтасиба называли ас-сук. Востоковеды считают, что ас-сук является переводом должности «агораномос» (agoranomos). Так, Г.Э. Грюнебаум считает, что за экономической деятельностью надзирал чиновник, назначавшийся правительством; его первоначальный титул «господин рынка» – сохиб ас-сук происходил от византийского agoranomos. Около 700 г. он стал именоваться мухтасиб¹⁶.

В арабских и персидских источниках связь агораномос с институтом мухтасиба вообще отрицается¹⁷. Данный тезис подтверждается и тем, что за 300 лет до появления ислама в греческих и византийских источниках мы не находим слова agoranomos.

Майкл Кук приводит на первый взгляд похожие с институтом мухтасиба явления из жизни доисламских арабов, конфуцианского Китая, иудеев, католичества, но высказывается в том плане, что эти явления не схожи по содержанию с институтом мухтасиба в исламе¹⁸.

Перейдя к истории института мухтасиба на территории исторического Таджикистана, необходимо отметить, что Саманиды, создавая свое централизованное государство, учредили диван мухтасиба, который сыграл важную роль в управлении обществом. При этом круг его полномочий расширился, он стал осуществлять традиционный контроль за мерами и весами, методами приготовления продукции и ее качеством, а иногда и над ценами. Поэтому и требования к нему повысились: он должен был быть человеком высокой честности, действующим в соответствии со своим нравственным и религиозным долгом¹⁹. Мух-

¹⁵ См.: *Сокит М.Н.* Указ. соч. С. 303.

¹⁶ См.: *Грюнебаум Г.Э.* Классический ислам. Очерк истории (600–1258) / Пер. с англ. И.М. Дижур. М., 1986. С. 95.

¹⁷ См.: *Сокит М.Н.* Указ. соч. С. 304.

¹⁸ См.: *Кук М.* Указ. соч. С. 275–290.

¹⁹ См.: *Грюнебаум Г.Э.* Указ. соч. С. 95.

тасибу предписывалось воздерживать народ от совершения осуждаемых и неодобряемых дел; вести инспектирование рынков, в особенности следить за правильным использованием гирь и весов, чтобы людей не обманывали при купле-продаже вещей и товаров²⁰; содействовать в обеспечении мечетей всем необходимым. Мухтасиб следил за тем, чтобы горожане не пренебрегали посещением мечетей, чтобы муаззины вовремя провозглашали азан – призыв к молитве, чтобы никто в месяц рамазан открыто не нарушал поста. Мухтасиб наблюдал за тем, чтобы женщины не появлялись на улицах без покрывала, чтобы на улицах и базарах они не разговаривали с мужчинами, наблюдал за банями и за местами собраний. Он задерживал на улицах пьяниц, азартных игроков, наркоманов и т.д.²¹; особенно следил, чтобы не пили спиртного возле мечетей, кладбищ, базаров. Диван мухтасиба Саманидов назначал мухтасибов для всех областей и городов государства.

Диван мухтасиба приобрел огромное значение при Газневидах и Сельджуках в Центральной Азии и Иране. При их правлении мухтасибы назначались во все города и крупные селения. Они исполняли свои обязанности рьяно и с таким бесстрашием, что некоторые султаны (глава государства) давали советы своим гостям, пьяным не выходить на улицу, чтобы не попасть в руки мухтасиба, потому что он бессилен что-либо предпринять в отношении мухтасиба, действующего согласно шариату²². При Сельджуках Низам ал-мулк являлся сторонником назначения в каждое селение и город отдельных мухтасибов.

При монголах Газанхан, проведя реформу, для использования единых мер гирь и весов во всех базарах городов, подвластных ему, назначил в каждый из них мухтасиба. Мухтасиб, со-

²⁰ См.: Холиков А. Правовой справочник Саманидской эпохи. Душанбе, 1998. С. 13 (на тадж. яз.).

²¹ См.: Петрушевский И.П. Указ. соч. С. 196.

²² Низамал-мулк повествует о наказании военачальника Газневидов кнутом, за пьянство, со стороны мухтасиба. Таким же образом, Абулфазл Бейхаки пишет о клятве султана Масъуда больше не пить спиртное, и назначении мухтасиба. См.: История Бейхаки. Машхад, 1386 г. х. (на перс. яз.).

гласно реформе, должен был следить за использованием гирь и весов единого образца.

Институт мухтасиба функционировал при Тимуридах, Шибанидах и Аштарханидах, которые назначали мухтасибов во все города.

В годы правления мангытской династии стали развиваться новые тенденции. В одних административных единицах назначаются мухтасибы²³, в других должность мухтасиба одновременно выполняет казий. Есть сведения о том, что некоторое время в Курган-Тюбинском бекстве полномочия мухтасиба выполнял сам бек²⁴. Кроме того, в позднем Бухарском эмирате вместо термина «мухтасиб» начали пользоваться термином «раис». Накануне сентябрьской революции 1920 г. в Бухаре должность раиса была введена и в Курган-Тюбинском бекстве. По словам очевидцев, раис объезжал кишлаки, контролировал исполнение религиозных обрядов, если он устанавливал, например, что кто-то не читает молитву – назначал ему от трех до семи ударов плетью²⁵.

В исторической литературе есть сведения о том, что мухтасиба, как правило, назначал глава государства или глава местной власти. На протяжении столетий были выработаны условия назначения мухтасиба: быть мусульманином; таклиф (совершеннолетие); тавон (иметь возможности выполнения данной должности); адолат (справедливость); сохиброй (иметь собственное мнение, являться муджтахидом – знатоком калама и права); иметь все лучшие достоинства человека. Среди ученых

²³ Наблюдается тенденция замены названия данного института мухтасиба на раис. Если в самом городе Бухаре назначались мухтасиб и раис, то в областях государства назначенный раис исполнял в основном полномочия мухтасиба. Как указали выше, полномочия мухтасиба могли быть доверены судье, беку.

²⁴ По сведению П. Гаевского, должность раиса (читай – мухтасиба), обычной в других бекствах, в Курган-Тюбинском бекстве нет, и его обязанности, т.е. наблюдение за нравами, базарными мерами и весами и прочим, исполняет бек. См.: *Гаевский П.* Курган-Тюбинское бекство. Известия РГО. Т. LV 1919–1923. Вып. II. М., Пг.: Госиздат, 1924. С. 60.

²⁵ См.: *Юсупов Ш.* Вахшская долина накануне установления Советской власти. Душанбе, 1975. С. 24.

нет единства мнений по поводу условия о справедливости мухтасиба. По мнению Газзоли, найти справедливого человека очень трудно, а справедливость может поставить работу данного органа в трудное положение, поэтому она не является условием назначения мухтасиба²⁶. Несправедливость не снимает религиозную обязанность по пропаганде одобряемых дел и воздержания людей от свершения порицаемых.

Нет единого мнения и относительно знаний мухтасиба. Многие склоняются к тому, что мухтасибом должен стать муджтахид, который знает все разрешенное и запрещенное в исламе и связывает исполнение данной должности со знанием ислама и мусульманского права в целом. Но другая группа ученых считает достаточным знание мухтасибом разрешенных, порицаемых и неодобряемых действий, от него не требуется качества муджтахида.

К мухтасибам, надзирающим за нравственностью и религиозными обязанностями членов общества, предъявлялись особые требования. Он должен быть человеком высокой честности, действующим в соответствии со своим нравственным и религиозным долгом, отмечает Грюнебаум²⁷. Важнейшими качествами мухтасиба должны быть доброта, гуманизм в отношении людей при исполнении своих обязанностей. Данное требование вытекает также из хадиса Пророка, в котором говорится: «Милосердием Аллаха ты с ними стал обращаться мягко, а если ты стал бы жестко и твердо настаивать на своем, то они уходили бы от тебя»²⁸.

Мухтасиб должен быть беспристрастным, самодостаточным и выдержанным. Он не должен наказывать за первый же

²⁶ См.: *Газзоли*. Указ. соч. Т. 2. С. 312.

²⁷ См.: *Грюнебаум Г.Э.* Указ. соч. С. 95.

²⁸ Есть рассказ о том, что один человек зашел к халифу Маъмуну и приказал совершать добрые дела и запретил делать осуждаемые дела, при этом обращался к халифу жестко и в грубой форме. Халиф ответил: «Эй, человек! Бог тому, кто лучше тебя приказал говорить мягко, с теми, кто хуже меня; Бог приказал Моисею (Мусо) и Аарону (Хорун): говорите с фараоном в мягком тоне, может он будет бояться и придет к себе», и после этого халиф Маъмун отвернулся от мухтасиба и не слушал его (*Сокит М.Н.* Указ. соч. С. 338).

неправильный поступок. Мухтасиб должен настраивать людей на совершение добрых дел и предостерегать от совершения осуждаемых поступков.

Мухтасиб не должен использовать свое положение для присвоения чужого имущества. У него должны быть чистое сердце и чистые руки, таковыми должны быть и его помощники и подчиненные²⁹.

Используя свои полномочия, мухтасиб и чиновники данного дивана могли вмешиваться во все общественные и государственные дела. Если сравнить их деятельность с деятельностью современных государственных органов, то становится очевидно, что они имели широкие полномочия. Поэтому полномочия дивана мухтасиба могут быть разделены на: общие полномочия; полномочия в области религии и нравственности; социально-экономические; административные, судебные. Таким образом, мухтасиб выступает как институт с широкими полномочиями, обладая которыми он должен выполнять свою работу на высоком профессиональном уровне. Анализ полномочий мухтасиба привел исследователей Средневековья к заключению, что мухтасиб являлся фундаментом, основой власти исламского государства³⁰.

Одно перечисление направлений деятельности данного института говорит о многом. В круг его обязанностей входила проверка соответствия знаний людей, которые начали заниматься преподаванием, правосудием и другими делами, требующими специальных знаний. Мухтасиб был вправе отстранить человека от дальнейших занятий данной деятельностью.

Запрещение нововведений (бидъат) в словах и делах, рассказов и следования недостоверным хадисам являлось обязанностью мухтасиба³¹. В отношении совершавших эти действия мухтасиб мог применить самые жесткие наказания.

В сфере нравственности мухтасиб мог запретить кому-либо просить милостыню, если человек имел возможность зарабаты-

²⁹ См.: *Шизари Абдурахмон Наср*. Китоб нихоят ал-рутба фи талаб ал-хисба. Кохира, 1365х/1936. С. 9–10.

³⁰ См., например: *Ибн Таймия*. Ал-хисба фи-л-ислом. Каир, 1901. С. 339.

³¹ См.: *Ибн Таймия*. Ал-хисба фи ислом. Каир, 1318. С. 27.

вать трудом. При этом, если подобный поступок совершался повторно, мухтасиб был вправе применить наказание.

Мухтасиб контролировал содержание уроков в мактабах (средней школе), следил за тем, чтобы ученики воспитывались в духе уважения к старшим и родителям, а также чтобы наказания, которые применяли учителя в отношении учеников, не были жестокими.

Ряд полномочий мухтасиба характеризуют социально-экономическое направление его деятельности. Создание гармонии в обществе путем согласования интересов социальных групп было целью органа хисба. Мухтасиб пропагандировал исламские ценности, согласно которым благотворительность признавалась одним из важнейших качеств правоверного. Каждый богач был обязан участвовать в ремонте стен города, строительстве общественных зданий и дорог, в реконструкции мечетей, их ремонте, доставке чистой воды при отсутствии средств в казне государства³².

Мухтасиб контролировал правопорядок и чистоту на улицах города, заботился об охране здоровья, обо всем, что касалось питья и еды. Он запрещал вести строительство, которое может ограничить движение, сделать улицу узкой, предупреждал хозяина аварийных зданий о сносе или ремонте последних.

Важным считался также контроль с его стороны за деятельностью рынка. Во многих городах на стенах кабинета мухтасиба вывешивался перечень цен на вещи и товары, особенно продовольственные, выше которых нельзя было продавать данную вещь и товар³³. В его обязанности входило также создание условий для обеспечения населения товарами первой необходимости³⁴. Мухтасиб, сопровождаемый помощниками—арифами, пишет И.П. Петрушевский, и служителями, систематически объезжал и контролировал базары и ремесленные кварталы. Он проверял правильность весов и мер и особенно следил за тем, чтобы

³² См.: *Маварди*. Книга казия: В 2 т. Багдад, 1973. Т. 2. С. 234–235.

³³ По мнению И.П. Петрушевского, мухтасиб в Иране «не имел права устанавливать рыночные цены или заставлять купцов торговать по определенной цене», хотя в других мусульманских государствах это имело место. См.: *Петрушевский И.П.* Указ. соч. С. 196.

³⁴ См.: *Сокит М.Н.* Указ. соч. С. 344.

торговцы не фальсифицировали свои товары. Такая фальсификация в средние века практиковалась нередко: продавцы молока разбавляли его водой; москательщики торговали поддельным мускусом³⁵.

Мухтасиб вел надзор за деятельностью всех профессиональных групп. По мере развития ремесла появлялось много новых профессий, возникали профессиональные группы, которые составляли ремесленные корпорации – аснаф или синф. Мухтасиб контролировал их при помощи своих заместителей, которых называли «ариф» или «нойиб». Арифы в основном выбирались среди специалистов данной профессии, поэтому со знанием дела контролировали своих коллег. Мухтасиб контролировал деятельность хирургов, врачей, аптекарей, саррафов – менял. В его обязанности входило также инспектирование чеканки монет, работы золотых дел мастеров, купли-продажи золота и других драгоценностей.

Он призывал людей воздерживаться от заключения сделок, основанных на обмане, имеющих целью получение незаконного дохода (процентов), нарушающих установления мусульманского права, не создавать монополии, в особенности в сфере продажи товаров первой необходимости. При этом он мог аннулировать данные соглашения и конфисковать товары монополиста или монополистов³⁶.

Важными считались полномочия мухтасиба в административной и судебной сферах. Мухтасиба можно отнести к органам исполнительной власти, но в такой же мере есть все основания отнести его и к судебной сфере³⁷. Умар ибн Аббас писал, что «хисба является одним из главных диванов, и после дивана суда важнейшим, потому что хисба является религиозной обязанностью, но является участником многих правовых споров совместно с судебным органом». Институт мухтасиба по своему статусу

³⁵ См.: *Петрушевский И.П.* Указ. соч. С. 196.

³⁶ См.: *Шизари*. Китоб нихоят ал-рутба фи талаб ал-хисба. Кохира, 1936. С. 12.

³⁷ Абдун Ишбили писал, что «орган хисба является братом судебного органа». См.: *Сокит М.Н.* Указ. соч. С. 346.

в делах правосудия занимал место между институтом казия и мазалимом³⁸.

Согласно мусульманской теории права преступление входит в понятие «запрещенных» и «осуждаемых» поступков, поэтому мухтасиб вправе принимать решения по ним, мог выступить в качестве истца, когда сам был свидетелем проступка. В таком случае он являлся одновременно истцом и судьей. Если дело передавалось казию, мухтасиб являлся и истцом, и свидетелем. Если же он слышал о правонарушении, то его иск не является истинным иском, поэтому возникала необходимость в присутствии действительного истца³⁹. Мухтасиб объявлял вину, возбуждал дело и передавал его в суд. Он был вправе возбудить дело по частному обвинению.

Мухтасиб рассматривал также незначительные правовые споры по собственной инициативе, т.е. без жалобы или иска истца или потерпевшего. Это в основном споры по поводу нарушений при купле-продаже, использовании гирь и весов, продаже и покупке ниже стоимости или стоимостью сверх установленных цен, мошенничестве, продаже некачественных товаров, обмане и фальсификации при выполнении профессиональных обязанностей (такаллуб дар касб). Рассматривая полномочия мухтасиба в делах правосудия, можно прийти к выводу о том, что все иски и правонарушения, в которых для доказывания истины не требовались доказательства и свидетельства, являлись предметом ведения мухтасиба.

Принятие скорого решения, простые иски и их конкретность, когда для раскрытия истины не требовались процессуальные действия казия, являлись основой существования мухтасибского правосудия.

Если в досоветском Таджикистане мухтасиб представлял самостоятельный надзорный орган государства, то в Египте и Испании в случае, если казий воздерживался от рассмотрения дела, входящего в круг его обязанностей, мухтасиб мог рассмотреть данное дело, но принимать решение или вынести приговор

³⁸ См.: *Сокит М.Н.* Указ. соч. С. 346.

³⁹ См.: *Али ал-Хафиз.* Ал-хисба. С. 566.

самостоятельно не мог⁴⁰. При мухтасибском процессе использовались те же понятия, которые присущи гражданскому (казийскому) процессуальному праву. При этом мухтасибу помогали консультанты, которых называли «аъвон»⁴¹.

Исследователь Бернард Люис определяет и приравнивает институт мухтасиба к «полиции города». Мухтасиб в действительности имел полномочия решать некоторые вопросы, которые входили в круг ведения полиции. Кроме того, о близости их полномочий говорит и тот факт, что на должности главы полиции и хисба, или казия и мухтасиба в историческом Таджикистане, в разное время могли назначать одного человека⁴², но существовала также полиция – шихна (миршаб)⁴³.

Гражданские иски рассматривались мухтасибом (раисом – при мангытском правлении), если дело касалось просрочки долгового обязательства, займа и торговых операций. Должник, обратившись к мухтасибу, мог добиться отсрочки срока⁴⁴.

Наказания, налагаемые мухтасибом, относились к категории таъзир – «исправительных» наказаний⁴⁵. Он не имел права ни налагать, ни исполнять наказания категории «хадд». При необходимости помощники мухтасиба могли исполнять решения казия, полиции и самого мухтасиба.

В исламском обществе розыск преступников и расследование правонарушений при отсутствии специального органа ложатся на диван мухтасиба⁴⁶. Если возникали противоречия между выходцами различных классов, сословий, то мухтасиб вместе со своими помощниками и старцами – представителями

⁴⁰ См.: *Ибни Фархун Молик*. Табсирот ал-хукком. Каир (без г.). Т. 1. С. 13.

⁴¹ См.: *Шизари*. Указ. соч. С. 10.

⁴² См.: *Маджлисов А.* Аграрные отношения в Восточной Бухаре в XIX – начале XX в. Душанбе; Алма-Ата; Ирфон, 1967. С. 53.

⁴³ См.: *Петрушевский И.П.* Указ. соч. С. 197–198.

⁴⁴ См.: *Разыков Ш.* К истории советского суда в Таджикистане. Сталинабад, 1960. С. 20.

⁴⁵ См.: *Петрушевский И.П.* Указ. соч. С. 196.

⁴⁶ Но и мухтасибу было запрещено входить в дом без разрешения владельца, если было сомнение в совершении осуждаемого дела. См.: *Кук М.* Указ. соч. С. 11–112.

этих групп начинал свое расследование и принимал решение по спорному вопросу.

Подсудность категории дел мухтасибу определялась наличием четырех условий: 1) необходимо, чтобы совершенное действие было порицаемым действием (мункар). Данное действие должно быть с точки зрения веры осуждаемым; 2) порицаемое действие должно быть совершено в данный момент, в данное время, чтобы мухтасиб мог принять к рассмотрению данное дело. Действия, уже совершенные, или если есть уверенность в совершении их в будущем, не являются предметом ведения мухтасиба⁴⁷. Мухтасиб может предупреждать виновных, но рассмотрение данного дела передается казию; 3) порицаемое действие должно быть известным (ошкор) и не требовать исследования. Для рассмотрения и вынесения решения со стороны мухтасиба достаточно два свидетеля совершения порицаемого действия. Входить в дома и обследовать их мухтасиб не имел права⁴⁸, хотя многие порицаемые и неодобряемые действия совершались в домах. Одним из порицаемых дел было питье спиртного. Однако даже если изнутри дома слышны громкие звуки, свидетельствующие о наличии пьяных лиц в доме, мухтасиб мог войти в него только с разрешения хозяина дома⁴⁹; 4) для признания данного действия порицаемым не требуется обращения к иджтихаду, Корану и сунне. Такое действие должно быть признано порицаемым общим мнением. Если дело требует расследования, свидетельских показаний, то оно не является подсудным мухтасибу и передается казию или мазалиму. Некоторые исследователи пишут о том, что мухтасиб должен быть муджтахидом, т.е. знать все тонкости правовой теории и ведения процесса.

Имея огромную власть и широкий круг полномочий, мухтасиб не мог самовольно назначать и исполнять наказание. Какие действия мог принимать мухтасиб в отношении людей, совершивших порицаемое действие?

⁴⁷ См.: Газзали М. Указ. соч. Т. 2. С. 324.

⁴⁸ См.: Петрушевский И.П. Указ. соч. С. 196.

⁴⁹ См.: Газзали М. Указ. соч. Т. 2. С. 326.

По мнению Майкла Кука, согласно хадисам, запрещение осуждаемого может быть путем исправления, словом или сердцем⁵⁰.

В теории мусульманского права за мухтасибом признается наложение следующих наказаний:

1) ознакомление и предупреждение. Некоторые не подозревают, что действие, совершаемое ими, является осуждаемым, например подслушивание, чтобы услышать, что происходит или что говорит сосед⁵¹;

2) воздержание путем воспитания и устрашения именем Аллаха. Данное наказание принимается в отношении тех, кто знает, что совершаемое им действие является порицаемым и не одобряется;

3) выговор, жесткое, грубое обращение, но не брань;

4) вмешательство с помощью руки (радь). Данные действия могут быть предприняты в отношении пьющих спиртное (путем разбивания чашек и других вещей для питья), в отношении азартных игроков (собирающие и разрывание карт, используемых для всяких увеселительных игр). Обследование погребов и наказание виновных. Вмешательство с помощью руки имеет свои пределы. Оно допустимо до предела, не имеющего следствием противодействие или иного противоправного поступка;

5) угроза и устрашение, например путем произнесения слов: «Не делай этого, а то я сломаю твою шею или убью тебя» и т.д.;

6) удары руками и ногами, но до такой степени, чтобы не остались синяки и не навредить здоровью виновного. Если это не возымеет действия, мухтасиб может угрожать оружием или мечом;

7) использование помощников для поимки и наказания виновного в совершении порицаемого действия.

Все наказания, налагаемые мухтасибом, можно разделить на такие виды: 1) это предупреждение и порицание; 2) телесное наказание с помощью «дурры» (кнут или плеть); 3) ташир, или провоз на осле по улицам города; 4) штраф.

⁵⁰ См.: Кук М. Указ. соч. С. 27.

⁵¹ См.: Газзоли М. Указ. соч. Т. 2. С. 329.

Дурра готовилась из кожи коровы или верблюда. Удары наносились не сильные и не слишком мягкие, чтобы не навредить здоровью виновного. Ударить можно было по всем органам тела за исключением лица и детородных органов. Исполнять наказание должны, когда виновный стоит, а виновная сидит. Исполнение другого наказания (ташхир) происходило следующим образом: на голову человека надевали позорный колпак – «туртур»⁵², сажали на верблюда или ишака и провозили по многолюдным улицам города, при этом виновный кричал: «Я говорил противное, кто говорит неправду, тот достоин наказания»⁵³. Подобное наказание имело целью перевоспитание виновных лиц.

Исполнение обязанности мухтасиба для назначенных лиц являлось долгом⁵⁴. Он назначался для свершения правосудия, прослушивания жалоб и установления истины. Он мог назначить себе помощников, заместителей, представителей. Ему полагалась плата из государственной казны⁵⁵.

Если сравнить судебные институты государственности в исламский период развития исторического Таджикистана для выявления их соотношения и иерархии в системе судебной власти, то получается следующая картина: институт мухтасиба является институтом правосудия, потому что: 1) можно внести жалобу или иск мухтасибу, который рассматривает дело; 2) мухтасиб вправе обязать ответчика или виновного исполнить свое решение или решение других органов или приговора суда. Если ответчик имеет возможность исполнить свое обязательство, но

⁵² См.: *Петрушевский И.П.* Указ. соч. С. 196.

⁵³ См.: *Носири Хисрав.* Сафарнома. Душанбе, 1970. С. 59.

⁵⁴ Мухтасиб, хотя и был часто уроженцем города или района, подчиненных его юрисдикции, черпал... часть своего авторитета из официального назначения центральными властями. См.: Управление буидским Казвином // *Мусульманский мир. 950–1150 гг. М., 1981. С. 58.*

⁵⁵ Необходимо отметить, что заработная плата мухтасиба государства составляла 3 тыс. динаров в месяц, кроме одежды и других вещей, которыми одаривал его халиф или глава государства, а фатимидский халиф ал-Хаким Биллах назначил 5 тыс. динаров с 25 лошадьми, чтобы предостеречь своего мухтасиба от принятия взятки. См.: *Абдулмунъими Маджид.* Ал-нузум ал-фотимийун ва русумихим фи Миср. Каир, 1953. Т. 1. С. 183.

не хочет этого делать, то мухтасиб своим решением заставлял выполнять свое обязательство перед истцом⁵⁶.

Мухтасиб был вторым в иерархии судебной власти институтом после казия по причинам: а) всякие иски, требующие доказательства, не входили в его компетенцию; б) иски, находившиеся в его ведении, при согласии обеих сторон рассматривались мухтасибом, однако если одна из сторон не соглашалась с решением мухтасиба, дело передавалось для нового рассмотрения казию.

Полномочия мухтасиба были шире, чем полномочия казия, в двух аспектах. Во-первых, казию для открытия дела необходимы были жалоба или иск потерпевшего, мухтасибу в делах, подсудных ему, не было необходимости ждать иска или жалобы, он мог по своей инициативе начинать рассмотрение дела; во-вторых, мухтасиб мог применять наказание, угрозу, устрашение и другие средства воздействия для воздержания виновных от совершения порицаемых и неодобряемых дел, что в корне отличалось от принципов ведения дел казиями, связанными строгими процессуальными действиями, в рамках которых должны были происходить все действия сторон и самого казия.

Таким образом, институт мухтасиба сыграл огромную роль в религиозно-нравственном воспитании общества, являясь одним из важнейших институтов государственности средневекового мусульманского Востока, в том числе исторического Таджикистана.

⁵⁶ См.: *Сокит М.Н.* Указ. соч. С. 357.

СВОД СТЕПНЫХ ЗАКОНОВ КОЧЕВЫХ ИНОРОДЦЕВ ВОСТОЧНОЙ СИБИРИ КАК НАЧАЛЬНАЯ ПОПЫТКА КОДИФИКАЦИИ ОБЫЧНОГО ПРАВА СИБИРСКИХ НАРОДОВ*

Кодификация норм обычного права сибирских народов в Свод степных законов кочевых инородцев Восточной Сибири явилась частью реализации проблем и задач, вызванных введением Устава об управлении инородцев 1822 года.

В отчете генерал-губернатора Восточной Сибири А.С. Лавинского за 1822–1823 гг. отмечается, что началом введения в действие Устава об управлении инородцев явилось распоряжение местной администрации о переводе документа на языки местных народов. Затем администрация приступила к сбору сведений о коренных народах, чтобы на основании собранных данных разделить их на разряды. Следовало собрать полные и подробные сведения о законах и обычаях всех категорий коренного населения, так как предполагалось санкционировать обычную правовую систему и использовать ее в управлении. Для этой цели в Иркутске и Красноярске были учреждены особые временные комитеты, которые состояли из чиновников губернских правлений и возглавлялись гражданскими губернаторами И.Б. Цейдлером и А.П. Степановым. Сбор сведений следовало осуществлять в соответствии с программой, разработанной в Петербурге. В обязанности собирателей-чиновников – членов губернских комитетов «входила не простая фиксация данных по программе, а составление общих для всех описываемых народов справочников», т.е. задачи редактирования¹.

В роли информаторов о нормах права обычно выступали представители родовой знати. В Енисейской губернии это были

* Статья рекомендована к печати доктором юридических наук, профессором В.Г. Графским.

¹ См.: *Рабцевич В.В.* Записи обычного права сибирских народов последней четверти XVIII – первой половины XIX в. // *Сибирь в прошлом, настоящем и будущем.* Новосибирск, 1982. С. 31–34.

«почетнейшие старейшины в виде депутатов четырех главных инородческих родоначалей». В Иркутской губернии информаторами являлись главные тайши родовых управлений, их помощники, шуленги, старшины и другие «почетные инородцы». В Хоринском и Селенгинском ведомствах Верхнеудинского округа в составлении проекта свода законов приняло участие 154 депутата. В Якутской области необходимые сведения предоставили князцы Мишалкин, Королев, Ракулов и др.²

По полноте сведений о нормах обычного права в Восточной Сибири выделяется свод норм коренных народов, населявших Иркутскую губернию, в котором было собрано значительное количество письменных показаний представителей коренных народов, за подписями или печатями старшин различных рангов (тайшей, зайсанов, шуленг и проч.) и различных племен. А именно: от бурят Иркутской округи поступили показания по ведомствам: идинскому (12 родов), тункинскому (12 родов), балаганскому, верхоленскому (10 родов), кудинскому; округи Верхнеудинской: от 11 хоринских родов, от 10 селенгинских родов; от тунгусов Иркутской губернии поступило два документа: 1) показания начальника тунгусских родов князя Гантимурова и 2) положение, составленное 15 родами.

В первоначальной редакции указанный свод насчитывал 844 параграфа и подразделялся на 52 главы. Проект Якутского областного комитета состоял из 153 параграфов, Енисейского – из 74.

Но помимо этих материалов, отнесенных к разряду «основных», при дальнейших кодификационных работах комитеты собирали еще и «вспомогательные». Число этих последних возросло при дальнейшей обработке свода степных законов в Санкт-Петербурге. К их разряду были отнесены собрания некоторых норм, которые нельзя возвести к местному обычному праву. Таковыми были прежде всего кодексы соседней Цинской империи, которыми руководствовались при обсуждении некоторых вопросов степного права; составители свода степных законов пользовались русскими переводами этих кодексов. К ним относятся: Китайское

² См.: Дамешек Л.М. Ясачная политика царизма в Сибири в XIX – начале XX вв. Иркутск, 1983. С. 47.

уложение 1725 г., Уложение Китайской палаты внешних сношений, Монгольское уложение 1798 г., Уложение монгольского и калмыцкого народов 1640 г.

К разряду этих вспомогательных актов были причислены и акты русских властей, имевшие отношение к быту коренных народов: Инструкция пограничным дозорщикам о разборе мало-важных дел графа Саввы Владиславича Рагузинского 1728 г., Указ Верхнеудинской канцелярии 1760 г., Указы Иркутского правительства 1800 и 1806 гг., печатный экземпляр иноверческого положения, изданного Иркутским правительством 1812 г., отчет генерал-губернатора Трескина, материалы так называемых ясачных комиссий, назначенных в 1827 г. для выяснения оснований ясачных сборов и причин недоимок по этим сборам, и некоторые другие. Особенно важным в ряду актов этой категории являлся проект положения о гражданских правах монголо-бурятского и тунгусского ламаистского духовенства, составленный по инициативе Главного управления Восточной Сибири бароном Шиллингом фон Канштат³.

При рассмотрении сводов степных законов Советом главного управления в августе 1824 г. был внесен ряд поправок и предложений, после чего генерал-губернатор А.С. Лавинский «не нашел никакого препятствия к утверждению их»⁴ и проекты были направлены в Сибирский комитет.

К рассмотрению поступивших проектов Сибирский комитет приступил весной 1825 г. Однако работа продвигалась медленно. Тогда ввиду сложности было решено образовать специальную комиссию, которой поручалось изучить два проекта, состоявшие из нескольких сот статей, сравнить их с подлинными показаниями представителей сибирских народов, определить, насколько они соответствуют Уставу 1822 г. В конечном итоге комиссии следовало представить в Сибирский комитет заключение о дальнейшей судьбе проектов. Объем работы был достаточно велик, поэтому комиссия смогла завершить ее только к концу 1827 г.

³ См.: Нольде А.А. К истории составления проекта «Свода степных законов кочевых инородцев Восточной Сибири». М., 1903. С. 505.

⁴ Дамешек Л.М. Указ. соч. С. 48.

Сразу же после начала работы комиссии возникли некоторые трудности, предопределившие дальнейший характер ее работы. При сравнении проектов с показаниями «иностранцев» депутатов оказалось, что они значительно разнятся между собой. Проекты сводов представляли, по утверждению комиссии, «изложение, местными начальствами уже измененное». Поэтому члены комиссии решили составить новый проект свода законов, «приняв в ближайшее соображение подлинные показания иностранцев». В ходе работы выяснилось, что составление такого проекта займет много времени, поэтому было решено отказаться от составления нового проекта, а только исправить старый. Однако управляющий делами Сибирского комитета Величко не согласился с членами комиссии. Он настаивал не на исправлении старого, а на составлении нового проекта. Мотивируя свое решение, Величко утверждал, что в основу обсуждаемых проектов сибирская администрация положила свое собственное мнение, а «показания иностранцев или вовсе устранила, или приняла как вспомогательное в работе пособие»⁵.

В марте 1828 г. Сибирский комитет вынес решение по спорному вопросу, Величко поручалось составить новый проект свода степных законов «на началах более удовлетворительных». К 1831 г. были составлены шесть частей проекта и, по предложению Величко, отправлены в Иркутск на заключение известного «знатока быта иностранцев губернского переводчика монголо-бурятского языка Игумнова».

К 1836 г. было завершено составление второго проекта свода законов, а в следующем году с «высочайшего разрешения» напечатано 50 экземпляров проекта.

Проект 1836 г. содержит 178 страниц. В этой редакции он был разделен на 540 параграфов (с. 1–84).⁶ Параграфы свода состоят из текста и ссылок на источники. В качестве таковых чаще всего фигурируют заглавия тех собраний обычного права, кото-

⁵ Дамешек Л.М. Кодификация норм обычного права народов Сибири в XIX веке // Источниковедение теории государства и права дореволюционной России. Иркутск, 1983. С. 33.

⁶ Свод степных законов кочевых иностранцев Восточной Сибири: проект. СПб., 1836.

рые были присланы местными комитетами, но попадают указания на проекты сводов, составленные самими комитетами, и отдельные представления местного начальства. Кроме того, к некоторым статьям прибавлены примечания, объясняющие значение отдельных слов и терминов, упоминаемых в тексте, или рассуждения, поясняющие, почему редактор свода счел возможным придать общее значение правилу, упоминаемому в показаниях только одного народа. Очень многие примечания заимствованы из замечаний Игумнова, другие из описаний путешественников. Некоторые параграфы содержат просто ссылки на статьи Общего свода законов, например параграф 323, предписывающий родовым начальствам, в предупреждение от пожаров, наблюдать с точностью правила, предписанные в таких-то статьях Устава пожарного. Проект разделен на шесть разделов: о правах и обязанностях семейственных, о праве инородцев на имущества, об обязательствах по договорам, о благочинии в инородческих стойбищах, о взысканиях и наказаниях, о судопроизводстве. В конце проекта имеются «приложения»: I (с. 101–102) «Обозрение письменных показаний инородцев о степных законах и обычаях», в котором перечислены заглавия сборников обычаев и имена инородцев, дававших сведения о них; II (с. 103–118) приложение содержит «особые объяснения» по поводу отдельных институтов и явлений местной жизни; они являются как бы оправдательными соображениями для некоторых параграфов Свода⁷. Некоторые объяснения содержат интересные данные; например, первое, где сопоставлены сведения о брачном праве коренных народов, или четвертое, в котором перечислены звания и разряды ламаистских духовных лиц; сведения о них извлечены из разных источников. «Но другие поражают своею наивностью»⁸. Например, второе, по вопросу о преследовании зверя двумя промышленниками. «Для постановления по сему предмету общего правила», говорится в объяснении, «приняты к соображению 12 и 13 параграфов Юстиниановых Институтов кн. II, разд. I»; трудно, однако, предположить, чтобы нормы римского права в самом деле являлись удоб-

⁷ Свод степных законов кочевых инородцев Восточной Сибири: проект. СПб., 1836.

⁸ Нольде А.А. Указ. соч. С. 506.

ным восполнением обычаев каких-нибудь селенгинских или кудинских бурят. В качестве приложения III помещена обширная (с. 120–158) выписка из статей Общего свода законов, вошедших в состав Свода степных законов. Здесь имеются выдержки из законов гражданских, о состояниях, о благоустройстве в казенных селениях; из уставов лесного, горного, пожарного; из законов уголовных и судопроизводственных. В приложении IV сопоставлены сведения о племенах кочевых инородцев, на которых должно распространяться действие Свода степных законов и, наконец, в приложении V – выписка из донесения Игумнова по вопросу о том, на какой язык или наречие кочевых инородцев следует перевести Свод степных законов. Рассмотрев в общих чертах этническое происхождение отдельных племен, Игумнов пришел к выводу, что этот Свод может быть переведен только на монгольский язык.

В июле 1837 г. 20 экземпляров проекта были направлены генерал-губернатору Восточной Сибири С.М. Броневскому для обсуждения в губернских и областных советах. Итоговое обсуждение проекта в Совете главного управления Восточной Сибири состоялось в ноябре 1837 г. Многочисленные замечания участников обсуждения касались главным образом семейно-бытовой стороны жизни сибирских народов, а также вопроса о географии проектируемых преобразований. Знакомство с журналом заседания Совета главного управления позволяет заключить, что местная администрация предполагала распространить действие сводов степных законов на абсолютное большинство коренного населения края⁹.

Между тем пока в Сибири в течение полутора лет шло обсуждение проекта свода степных законов, 9 января 1838 г. последовал именной указ о закрытии Сибирского комитета. Кодификация степных законов была передана во II Отделение, куда был прикомандирован и Величко в качестве редактора Свода степных законов. Замечания, полученные из Сибири, были переданы на критику Величко, но вопреки установившейся во II Отделении для подобных случаев практики, эти замечания и пояснения ре-

⁹ См.: Дамешек Л.М. Ясачная политика царизма в Сибири в XIX – начале XX вв. С. 49.

доктора не были переданы на обсуждение какого-либо особого комитета в составе II Отделения. Кроме Величко, с ними имел дело только еще один чиновник Министерства государственных имуществ, который оказался во всем солидарным с Величко. Последний подверг присланные замечания суровой критике – из 348 он принял во внимание только 17¹⁰.

Обработанный им окончательный вариант был отпечатан в 1841 г. (в количестве 100 экземпляров), причем в нем были произведены намеченные уже раньше изменения текста 1836 г., т.е. были выключены все постатейные ссылки и в тексте введены статьи Общего свода. Вследствие этого очень увеличилось число параграфов – вместо 548 в первом издании 802 во втором¹¹. По существу же, как отметил сам редактор, особого различия между обоими изданиями нет, различия касаются только формы. К проекту были приложены в отдельном томе «Пояснительные примечания».

Министерства государственных имуществ и внутренних дел не имели возражений против этого проекта и с Высочайшего согласия он был представлен в Государственный Совет. Но Департамент законов, по-видимому, не был склонен заниматься сложной работой по проверке проекта, да и не обладал нужными для этого средствами, и ввиду этого переслал его на предварительное заключение министра юстиции (октябрь 1841 г.). Со стороны Министерства юстиции, а также, на этот раз, и внутренних дел как весь проект в целом, так и отдельные постановления встретили очень суровую критику. При критике отдельных статей было указано на неопределенность выражений, на их неуместность и двусмысленность, на многословие, неполноту и даже противоречия отдельных правил. Фактически это были редакционные замечания, не игравшие какой-либо заметной роли. Зато общие соображения, выдвинутые против проекта Свода степных законов, были более вескими. А именно, в них было указано на то, что основной материал, из которого создан Свод, внушает сомнения¹². Сведения, присланные комитетами, не да-

¹⁰ Нольде А.А. Указ. соч. С.45.

¹¹ Свод степных законов кочевых инородцев Восточной Сибири : проект. СПб., 1841.

¹² См.: Нольде А.А. Указ. соч. С. 508.

вали уверенности в том, что местные обычаи записаны точно и сформулированы в сборниках с достаточной полнотой. Особенно подозрительными показались данные, собранные Красноярским комитетом. Во всех сборниках министерства не нашли ни достаточной ясности, ни единства, «ни юридического несомненного достоинства народных судебных обрядов, без которого нельзя придавать им силы закона». Указывалось на то, что в Своде устанавливались нередко единые правила для различных племен. Например, родство у разных племен определялось различно, а связаны были с ним одинаковые последствия. Отмечался также странный по своей разнородности состав вспомогательных источников, где наряду с научными исследованиями и заметками путешественников фигурировали переводы монгольских и китайских кодексов. Указывалось, наконец, на то, что проект создавал сложный письменный порядок судопроизводства, не пригодный для быта инородцев, что он входил в излишнюю регламентацию мелочей их жизни и вводил из общего законодательства совершенно излишние детали, распространяя на кочевников множество статей, например, из законов о мерах благоустройства. Одним словом, проект являлся не столько выражением существовавших обычаев, сколько новым уложением для кочевых народов, недостаточным для племен на более высокой ступени развития и сложным для менее развитых племен.

Но редактор Свода Величко не сдавался. В ответ на замечания министров он написал пространные объяснения, стараясь опровергнуть каждое возражение в отдельности. И если по отношению к некоторым ему это и удалось сделать, то против главного пункта – указания на весьма вероятную неполноту и неточность сборников обычного права – он мог возразить только то, что все письменные показания подписаны кочевниками, а устные удостоверены местным начальством и что едва ли можно ожидать от новой попытки в этом направлении более солидных результатов¹³. Не мог он также оправдать и обширные заимствования из Общего свода. Громадная записка Величко (около 970 страниц) была представлена в Государственный Совет, но там успеха не имела. Департамент законов согласился с министром юстиции относи-

¹³ См.: Нольде А.А. Указ. соч. С. 512.

тельно шаткости источников Свода, обратил внимание на отмеченное министрами несоответствие уголовных законов, сочиненных для этих степных областей, с подготовляемым новым уложением о наказаниях, которое должно было получить силу во всех местностях Империи, и вернул все дело во II Отделение для того, чтобы оно пришло к соглашению с министром юстиции по спорным вопросам и согласовало бы проект Степного свода с проектом уложения о наказаниях¹⁴.

Такая позиция Департамента законов решило судьбу кодификации степного права. Первое время еще продолжались во II Отделении работы по согласованию Степного свода с уложением о наказаниях, но они, по-видимому, велись вяло, о каких-нибудь попытках проверки обычаев или спорах с министром юстиции в делах следа нет. Затем весь личный состав II Отделения был привлечен после утверждения Уложения о наказаниях к согласованию с ним Общего свода. В 1846 г. главный защитник Степного свода Величко покинул службу во II Отделении и дело о Степном своде стало переходить от одного чиновника II Отделения к другому. Оставалось, в сущности, только официально похоронить его, а вскоре представился удобный случай. На время отсутствия главноуправляющего II Отделением Д.И. Блудова заведование Отделением поручалось барону М.А. Корфу. В 1847 г. просматривая список нерешенных дел, Корф заинтересовался Степным сводом. 17 мая 1847 г. ему была представлена справка об этом деле, а 27 мая Корф вступил в переписку с министром юстиции о дальнейшей судьбе Степного свода¹⁵. Корф наметил три возможных вопроса, от разрешения которых зависело то или иное направление дела кодификации степных законов, а именно – удовлетворителен ли имеющийся проект Свода, можно ли составить лучший и, наконец, необходимо ли вообще составление письменного изложения степных обычаев. Корф признал убедительными доводы министра юстиции графа Панина о неудовлетворительности проекта и со своей стороны привел ряд принципиальных соображений против издания вообще какого-либо свода законов для инородцев. Он отметил, что введение Свода могло бы

¹⁴ См.: *Нольде А.А.* Указ. соч. С. 514.

¹⁵ См.: там же. С. 515.

только повредить успеху предпринимаемых правительством усилий к устройству Сибири; указывал на то, что обычный аргумент об изменчивости и жестокости изуточно передаваемого права не может иметь решающего значения, так как неизвестно, будут ли какие-нибудь перемены к лучшему в связи с изложением местных обычаев на письме¹⁶. Корф со своей стороны предлагал передать на заключение местных властей обсуждение вопроса о желательности издания Свода. Местные власти также высказались против издания Свода. Председательствовавший в совете главного управления Восточной Сибири чиновник, знакомый со Степным сводом, который ему пришлось рассматривать во втором издании, когда Свод находился на ревизии местных властей, указал на то, что и «благомыслящие» инородцы против издания Свода, опасаясь из-за его введения только усиления власти чиновников. Инородцы, как он сообщал, «повинуются своим родовым властям, как отцам, и присутственным местам редко приходится иметь дело с их тяжбами – к правительственному суду обращаются только подгородние»¹⁷. Исправляющий должность генерал-губернатора Муравьев также не нашел необходимым торопиться с изданием Свода и обещал поднять вопрос о нем впоследствии, когда ближе ознакомится со всеми частями управления. Но к этому вопросу он не возвращался и кодификация степных обычаев на этом закончилась.

Другой судьбы проекта Свода Степных законов и ожидать не следовало¹⁸. Достаточно прочесть проект 1841 г., чтобы убедиться, насколько он далеко удалился от основной цели кодификации, намеченной в уставе 1822 г. Результатом доработки проекта явилось создание какой-то справочной книги для кочевых народов. Из 802 статей всего 379 статей было заимствовано из сборников, полученных с мест, 131 статья содержала «дополнительные и переходные» правила, а 294 были взяты из Общего свода¹⁹. Кочевые инородцы из этого Свода своих «степных» законов узнали бы, например, про различие между имуществом

¹⁶ Нольде А.А. Указ. соч. С. 516.

¹⁷ Там же С. 517.

¹⁸ См.: Там же. С. 518.

¹⁹ Свод степных законов кочевых инородцев Восточной Сибири: проект. СПб., 1841.

движимым и недвижимым, родовым и благоприобретенным (ст. 134–137); узнали бы про ответственность за убытки, вызванные подтоплением пашен запрудной водой на мельницах (ст. 193) и т.д. Незаметно, путем якобы «кодификации», изменился бы весь юридический строй жизни коренных народов Восточной Сибири, – если бы, конечно, Свод степных законов был действительно введен в действие.

С.В. Панков

ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО СТАТУСА ГОСУДАРСТВЕННОЙ КОРПОРАЦИИ В РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ *

Новая организационно-правовая форма юридического лица – государственная корпорация, – которой признается не имеющая членства некоммерческая организация, учрежденная Российской Федерацией на основе имущественного взноса и созданная для осуществления социальных, управленческих или иных общественно полезных функций, была юридически оформлена путем внесения в Федеральный закон от 12 января 1996 г. № 7-ФЗ «О некоммерческих организациях» 8 июля 1999 г. дополнительной статьи 7.1¹.

Эта организационно-правовая форма некоммерческих юридических лиц, не предусмотренная Гражданским кодексом РФ, введенная в российскую правовую систему сравнительно недавно, изначально появилась в целях создания законодательной базы для особой формы некоммерческих организаций.

В сфере создания указанной формы некоммерческих организаций 2007 г. стал знаковым: в соответствии с федеральными законами «О Банке развития», «О Российской корпорации нанотехнологий» (Роснанотех), «О Фонде содействия реформирова-

* Статья рекомендована к печати кандидатом юридических наук Е.Н. Васильевой.

¹ СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3473.

нию жилищно-коммунального хозяйства», «О Государственной корпорации по строительству олимпийских объектов и развитию города Сочи как горно-климатического курорта», «О Государственной корпорации «Ростехнологии», «О Государственной корпорации по атомной энергии «Росатом» были созданы шесть государственных корпораций.

По сведениям из средств массовой информации в настоящее время идет подготовка законопроектов о создании государственной корпорации в сфере дорожного строительства, распределения лекарств по программе добровольного лекарственного обеспечения, развития машиностроения, судостроения и в некоторых других сферах народного хозяйства.

Следует, однако, отметить, что не все ученые и юристы-практики смотрят с оптимизмом на столь бурный рост числа государственных корпораций. Ряд экспертов полагает, что сейчас проходит фактическая национализация экономики². Другие авторы считают, что государственные корпорации в России — это уникальная специфика России, практически не контролируемая государством, т.е. они являются «черными дырами» в экономике³, в связи с чем появляется широкий простор для коррупции⁴.

Наличие среди ученых столь полярных по своему содержанию позиций относительно рассматриваемого нами юридического лица еще раз свидетельствует об актуальности данной темы.

В процессе создания государственной корпорации и в ходе ее деятельности возникает ряд вопросов и проблем, не нашедших однозначного разрешения в правовой науке.

Во-первых, почему данная форма некоммерческой организации именуется корпорацией?

Термин «корпорация» произошел от позднелатинского *corporatio*, что означает «объединение, общество, союз или просто группа лиц, объединенных общностью профессиональных

² См., например: Зюзев А. Сколько денег «съедят» госкорпорации? // Комсомольская правда. 2007. № 212.

³ См., например: Интервью М. Делягина, директора Института проблем глобализации // <http://www.svobodanews.ru>.

⁴ См., например: Степашин С. Модернизация: рынок России по плану Путина // Российская газета. 2007. № 246.

или сословных интересов»⁵. В современной отечественной правовой науке под корпорациями подразумеваются в основном сложные хозяйственные структуры, организованные по иерархическому принципу (такие, как концерны, холдинги и т.п.) и основанные преимущественно на акционерной форме собственности.

Классификационное деление юридических лиц на корпорации (союзы, ассоциации) и учреждения является традиционной для системы пандектного права, в первую очередь права Германии⁶. Основанием для такого разделения является наличие или отсутствие соответственно состояния «членства», т.е. наличия или отсутствия участников. В отличие от учреждений для корпораций характерно наличие участников, что предполагает, во-первых, строго фиксированный состав таких участников, а во-вторых, применительно к коммерческим корпорациям наличие особых «корпоративных» прав участников по отношению к организации.

В силу прямого указания закона (п. 1 ст. 7.1 Федерального закона «О некоммерческих организациях») членство в государственной корпорации невозможно. И.В. Елисеев, к примеру, полагает, что здесь законодатель использовал термин «корпорация» не в традиционном смысле, а просто как синоним понятия «организация»⁷.

Заслуживает внимания тот момент, что если термин «корпорация» является, прежде всего, указанием на родовую принадлежность юридического лица к группе организационно-правовых форм, краеугольным камнем при образовании которых является объединение лиц, то использование законодателем в норме п. 1. ст. 7.1 Федерального закона «О некоммерческих организациях» этого термина при обозначении конкретной организационно-правовой формы некоммерческой организации представляется, на мой взгляд, абсолютно неуместным и проти-

⁵ Словарь иностранных слов. М., 1980. С. 261.

⁶ См., например: Гражданское и торговое право капиталистических государств. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1993. С. 80–81; Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учеб. пособие. М., 2004. С. 106–107.

⁷ См.: Гражданское право: Учебник / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2002. Т. 1. С. 209.

воречащим правовой сущности указанной некоммерческой организации.

Более логичным при определении подобной формы организации представляется использование термина «учреждение» («институт»). Раскрывая указанный термин, русские юристы отмечали, что учреждением (институтом) определяется обыкновенно такое юридическое лицо, субстратом для которого служит имущество и за волю которого принимается воля учредителя, выраженная в учредительном акте.

Установленное нами противоречие в наименовании самой организационно-правовой формы государственной корпорации обусловлено содержанием термина «корпорация», общепринятого в мировой цивилистической теории и законодательной практике. Данное противоречие до настоящего момента законодателем не устранено, что порождает ряд правовых проблем при дальнейшем регулировании вопросов создания государственных корпораций, их имущественного статуса, а также при реализации их право- и дееспособности в ходе практической деятельности.

Государственная корпорация обладает общими признаками, характерными для любого вида юридического лица, и специфическими признаками, определяющими данную организационно-правовую форму. Юридический анализ нормы ст. 7.1 Федерального закона «О некоммерческих организациях» позволяет выделить следующие характерные черты государственной корпорации, имеющие важное значение при установлении содержания ее гражданской правосубъектности.

1. Государственная корпорация – это юридическое лицо, которое обладает всеми признаками, необходимыми и достаточными в силу установлений ст. 48 ГК РФ. Их можно объединить в группы материальных и правовых предпосылок, обуславливающих правосубъектность юридического лица. Материальные предпосылки проявляются в том, что государственная корпорация обладает внутренним организационным единством и внешней автономией, ей присуще наличие обособленного имущества. Правовыми предпосылками являются основанная на законе возможность самостоятельно выступать в гражданском обороте, т.е. от своего имени приобретать и осуществлять имущественные и

личные неимущественные права, исполнять обязанности, которые соответствуют ее целям и реализуемым задачам; быть истцом и ответчиком в суде общей юрисдикции, арбитражных и третейских судах; самостоятельно отвечать по своим обязательствам своим имуществом, на которое по законодательству Российской Федерации может быть обращено взыскание. Пределы имущественной ответственности государственной корпорации определяются стоимостью имущества, принадлежащего ей на праве собственности.

2. Государственная корпорация – некоммерческая организация, т.е. организация, не имеющая в качестве основной цели своей деятельности извлечение прибыли (ст. 50 ГК РФ). Прибыль, получаемая в результате осуществления корпорациями предпринимательской деятельности, направляется на достижение поставленных перед ней целей.

3. Государственная корпорация является субъектом гражданского права со специальной, целевой, или более точно – функциональной правоспособностью, поскольку содержание ее правоспособности обусловлено целями ее деятельности и ее функциями. Она создается только для осуществления социальных, управленческих или иных общественно полезных функций, которые прямо указаны в федеральном законе, на основании которого она создается.

Государственные корпорации создаются для решения первоочередных экономических и социальных задач, для выполнения специальных национальных проектов Президента РФ, федеральных целевых программ. Государство использует их для выполнения, прежде всего, своих функций в сфере публичного права. Основное предназначение и цель корпорации – эффективная реализация бюджетных средств, их рациональное и своевременное использование, формирование эффективных механизмов управления переданным ей имуществом.

4. Членство в государственной корпорации исключено. Этим достигается в числе прочего минимизация риска возникновения конфликта интересов участников и организации, способного причинить ущерб государству.

5. В качестве учредителя государственной корпорации может выступать только Российская Федерация. Ни субъект РФ, ни

муниципальное образование, ни физическое или юридическое лицо таким правом не обладают. Следовательно, данное право является исключительным правом только государства, и государственная корпорация может создаваться только для решения задач федерального значения.

6. Государственной корпорации присущ особый способ создания. Для ее учреждения издается специальный федеральный закон, в котором предусмотрен гражданско-правовой статус конкретной, создаваемой на его основе государственной корпорации. Государственная корпорация не может быть создана ни постановлением Правительства РФ, ни распорядительным документом органа отраслевого, ведомственного или регионального управления. Российская Федерация как учредитель государственной корпорации выражает волеизъявление в законе – акте высшей юридической силы. Органом, который в силу положений ст. 125 ГК РФ выступает от имени Российской Федерации, является орган законодательной, а не исполнительной власти. Можно предположить, что это объясняется тем, что при создании данного вида юридического лица Российская Федерация реализует одновременно и свою гражданско-правовую дееспособность, и выполняет свою публично-правовую функцию: выступает учредителем юридического лица, издает нормативный правовой акт высшей юридической силы – закон. При этом она как субъект гражданского права отходит от требований ст. 52 ГК РФ. Согласно ч. 1 указанной статьи «юридическое лицо действует на основании устава, либо учредительного договора и устава, либо только учредительного договора. В случаях, предусмотренных законом, юридическое лицо, не являющееся коммерческой организацией, может действовать на основании общего положения об организациях данного вида».

Таким образом, совершая одно юридическое действие: издавая закон о создании конкретной государственной корпорации, государство одновременно решает задачи в сфере публичного права и в сфере частного права.

Особенностью федерального закона, на основании которого создается государственная корпорация, является однократный, индивидуально-определенный характер его издания, так как применение его норм рассчитано для установления граждан-

ско-правового статуса конкретного юридического лица, в то время как федеральный закон как нормативный правовой акт рассчитан на многократное применение в отношении неопределенного круга лиц. Таким образом, можно констатировать, что такой федеральный закон приобретает сущностные черты ненормативного правового акта.

Помимо этого, можно отметить, что при создании государственной корпорации, и это отражается в содержании соответствующего федерального закона, характерно переплетение публично-правовых и частноправовых элементов, их взаимная обусловленность и взаимосвязь.

7. В соответствии с п. 3 ст. 7.1 Федерального закона «О некоммерческих организациях» для создания государственной корпорации не требуется учредительных документов, предусмотренных ст. 52 ГК РФ. Однако в том же п. 3 устанавливается ряд обязательных сведений, которые должны присутствовать в законе о создании государственной корпорации, в частности, наименование государственной корпорации, цели ее деятельности, место нахождения, порядок управления, реорганизации и ликвидации государственной корпорации и порядок использования имущества корпорации в случае ее ликвидации, что полностью соответствует п. 2 ст. 52 ГК РФ.

Таким образом, федеральный закон о создании корпорации по своему внутреннему содержанию и функциональному значению схож с учредительными документами, указанными в ст. 52 ГК РФ, но отнюдь не тождественен с ними.

8. Государственная корпорация подлежит обязательной государственной регистрации в органах юстиции на общих основаниях с другими юридическими лицами (ст. 51 ГК РФ).

Известно, что государственная регистрация юридического лица осуществляется путем внесения сведений о нем в Единый государственный реестр юридических лиц на основании его учредительных документов. В случае же с государственными корпорациями такие сведения основаны не на учредительных документах, а на соответствующем федеральном законе о создании государственной корпорации.

Если в регистрации юридического лица может быть отказано в связи с тем, что учредительные документы не отвечают

требованиям нормативных актов либо нарушен порядок создания юридического лица, установленный законом, то в отношении государственных корпораций регистрирующий орган фактически и юридически утрачивает такое право. Регистрирующий орган, являясь федеральным органом исполнительной власти, естественно, не может выполнять контрольные функции по отношению к федеральному органу законодательной власти. Видимо, целями недопущения парадоксальной ситуации, при которой нарушалась бы иерархия системы органов государственной власти, и обусловлен факт исключения самого института учредительных документов в отношении государственной корпорации. Таким образом, из регистрационной процедуры исключается такой важный этап, как проверка учредительных документов, а также обязательная регистрация изменений, вносимых в учредительные документы.

Следовательно, особенностью государственной регистрации государственной корпорации является ее формальность.

9. Анализ действующего законодательства позволяет сделать вывод о том, что для государственных корпораций предусмотрена одинаковая система органов управления. В нее включены: 1) наблюдательный совет – руководящий орган государственной корпорации; 2) правление – коллегиальный исполнительный орган; 3) генеральный директор (председатель) – единоличный исполнительный орган. Каждый из этих органов в пределах своей компетенции реализует дееспособность государственной корпорации как участника гражданских правоотношений.

10. Имущество государственной корпорации первоначально формируется за счет имущественного вноса государства в ее уставный капитал, которое при этом не приобретает статуса участника и сохраняет за собой статус учредителя. Это доказывает, что концептуальным обоснованием для создания данной организационно-правовой формы послужила так называемая теория юридического лица как целевого имущества. Основой, субстратом государственной корпорации является не людской субстрат, а так называемое целевое имущество, предназначенное для удовлетворения потребностей ее создания и деятельности и достижения тех целей, ради которых она создается.

В соответствии с упомянутой выше ст. 7.1 Федерального закона «О некоммерческих организациях» имущество, переданное государственной корпорации Российской Федерацией, является собственностью государственной корпорации. В результате создания государственной корпорации меняется форма собственности: имущество переходит из федеральной государственной собственности в частную собственность юридического лица. Следовательно, создание государственных корпораций можно рассматривать как особую форму приватизации государственной собственности. Здесь, однако, возникает вопрос: насколько такая форма приватизации отвечает требованиям приватизационного законодательства?

Федеральный закон от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества»⁸ определил приватизацию как «возмездное отчуждение имущества, находящегося в собственности Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований, в собственность физических и (или) юридических лиц»⁹. Безвозмездная передача государственного имущества при создании госкорпорации не подпадает под указанное определение. Следовательно, в данном случае речь идет о «неурегулированном законом» способе приватизации имущества, в связи с чем необходимость правового регулирования такого способа приватизации становится очевидной, тем более что при таком «переходе» права собственности на государственное имущество возникает множество «подводных камней», противоречий и проблем, с которыми сталкивается правовая наука и, безусловно, столкнется и судебная практика.

11. Государственная корпорация обладает имуществом, которое имеет самую высокую степень обособления от имущества учредителя, поскольку в соответствии с законом приобретает на закрепленное за ним учредителем имущество не ограниченное вещное право (право хозяйственного ведения или оперативного управления), а право собственности.

⁸ СЗ РФ. 2002. № 4. Ст. 251.

⁹ Статья 1. Федерального закона от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества».

В ст. 209 ГК РФ содержание права собственности раскрывается с помощью традиционной для российского гражданского права «триады» правомочий: владения, пользования и распоряжения. Собственник по своему усмотрению вправе совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие права и охраняемые законом интересы других лиц, в том числе отчуждать свое имущество в собственность другим лицам, передавать им, оставаясь собственником, права владения, пользования и распоряжения имуществом, отдавать имущество в залог и обременять его другими способами, распоряжаться иным образом.

Данной статьей не устанавливаются пределы (границы) права собственности государственных корпораций, но на них распространяется действие нормы п. 4. ст. 213 ГК РФ, согласно которой «некоммерческие организации могут использовать имущество лишь для достижения целей, предусмотренных их учредительными документами», т.е. применительно к госкорпорациям – предусмотренные федеральным законом об их учреждении.

Закон же определяет, что корпорация является субъектом со специальной целевой правоспособностью. То есть госкорпорация вправе использовать свое имущество только для достижения целей, определенных законом – социальных, управленческих, и т.д. Как справедливо отмечает И.В. Ершова, возникает дилемма: вправе ли государственная корпорация использовать свое право собственности «в целях, не противоречащих закону», или она может использовать его «для достижения целей, определенных законом»¹⁰.

Несомненно, что для госкорпорации, которая относится к разряду некоммерческих организаций, применима последняя формулировка. В силу этого можно констатировать сужение, ограничение правомочий государственной корпорации как собственника. Именно данный способ правового ограничения содержания права собственности государственной корпорации

¹⁰ *Ершова И.В.* Правовой режим государственного имущества в хозяйственном обороте. М., 2001. С. 356.

позволяет некоторым авторам делать вывод, что государственная корпорация де-факто не является собственником имущества и ставят под сомнение целесообразность придания ей статуса собственника.

Некоторые ученые полагают, что из предусмотренного ГК РФ перечня вещных прав к правовому режиму имущества государственной корпорации наиболее близко право оперативного управления¹¹. Другие говорят о необходимости использования модели разделенной собственности, при которой Российская Федерация олицетворяет верховную собственность (*dominium directum*), а государственная корпорация – подчиненную собственность (*dominium utile*)¹².

Сравнительный анализ содержания права хозяйственного ведения и субъективного права корпорации на свое имущество позволяет выделить много схожих черт. Так, собственник имущества, находящегося в хозяйственном ведении, так же как и Российская Федерация в отношении имущества корпорации, решает вопросы создания юридического лица, определения предмета и целей его деятельности, его реорганизации и ликвидации, назначает его директора (руководителя), осуществляет контроль над использованием по назначению и сохранностью принадлежащего предприятию имущества.

Однако субъекты права хозяйственного ведения (государственное или муниципальное унитарное предприятие) не вправе продавать принадлежащее им на праве хозяйственного ведения недвижимое имущество, сдавать его в аренду, отдавать в залог, вносить в качестве вклада в уставный (складочный) капитал хозяйственных обществ и товариществ или иным способом распоряжаться этим имуществом без согласия собственника.

На основании изложенного можно сделать вывод, что имущество корпорации принадлежит ей не на праве хозяйственного

¹¹ См.: Гражданское право: Учебник / Отв. ред. В.П. Мозолин, А.И. Масляев. М., 2003. Ч. 1. С. 165; *Ершова И.В.* Проблемы правового статуса государственных корпораций // Государство и право. 2001. № 6. С. 41.

¹² См.: *Толстой Ю.К.* К разработке теории юридического лица на современном этапе // Проблемы современного гражданского права: Сб. статей. М., 2000. С. 108.

ведения, а на каком-то ином вещном праве. Правомочия корпорации в отношении своего имущества значительно шире, нежели у субъектов рассмотренного ограниченного вещного права. В частности, законодатель не установил запретов по поводу распоряжения имуществом, единственное ограничение обусловлено некоммерческой природой корпорации и, как следствие, ее специальной правоспособностью (так, в компетенцию наблюдательного совета корпорации «Роснано» входит принятие решения о заключении сделки или нескольких взаимосвязанных сделок, связанных с приобретением, отчуждением либо возможностью отчуждения корпорацией имущества, балансовая стоимость которого составляет 1% и более балансовой стоимости активов корпорации).

В литературе высказываются позиции, что «госкорпорация представляет собой, по существу, новую форму собственности – частно-государственную»¹³.

Однако выделение той или иной формы собственности происходит в зависимости от особенностей субъекта, приобретающего право на имущество. Отмечаемая многими исследователями дуалистичность правового статуса государственной корпорации (с одной стороны, субъект публичного права, с другой – частного права как юридическое лицо) может, действительно, привести к подобному выводу. Но обязательственный, а не вещно-правовой, по сути, характер прав государства на закрепленное за государственной корпорацией имущество, содержание и объем правомочий последней в отношении своего имущества, а также прямое указание ст. 7.1 Федерального закона «О некоммерческих организациях» подтверждает, что имущество, предоставленное учредителем, принадлежит государственной корпорации на праве частной собственности.

В доказательство высказанной позиции отметим, что признание за собственником «триады правомочий» не всегда свидетельствует об объеме предоставленных ему возможностей. У законодателя существует возможность ограничения права

¹³ См.: Герасименко Н.В. Ответ на вопрос читателя: Что такое государственные корпорации и каковы цели их создания? // Законодательство и экономика. 2007. № 10. С. 82.

собственности, как и любого иного гражданского права в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства (п. 2 ст. 1 ГК РФ).

Определяя границы права собственности государственной корпорации, следует указать, что в качестве таковых могут выступать предусмотренные законом запреты, определяющие пределы свободы действий государственной корпорации в отношении принадлежащего ей имущества. Граница субъективного права собственности корпорации, как, впрочем, и других некоммерческих организаций, например фонда, некоммерческого партнерства, автономной некоммерческой организации, определяется целевым назначением данного имущества, установленно-го законом или лицами, передавшими конкретное имущество (целевые ограничения права собственности в интересах общества, государства). При этом собственник вовсе не лишается своих правомочий: государственная корпорация свободно владеет, пользуется и распоряжается своим имуществом. Речь идет об установлении законом определенных границ содержания самого права собственности, которое в любом случае не может быть беспредельным.

12. Для государственной корпорации законом установлен особый порядок ликвидации. В действующих федеральных законах о корпорациях «Роснано», «Внешэкономбанк», «Олимпстрой», «Ростехнологии», «АСВ», «Росатом» статьи, раскрывающие процедуру прекращения их деятельности, не содержат четкого порядка проведения ликвидационных процедур и имеют отсылочный характер.

Отличным от указанных норм является положение Закона относительно Фонда содействия реформированию ЖКХ – в Законе содержится четкая регламентация оснований и процедур ликвидации данной некоммерческой организации.

Также существенным отличием прекращения деятельности корпораций «АСВ», «Внешэкономбанк», «Роснано», «Олимпстрой», «Росатом» является необходимость принятия отдельного нормативного акта об их ликвидации – федерального закона, в котором будут четко прописаны ликвидационные процедуры. В отношении Фонда содействия реформированию ЖКХ

подобное правило не установлено, а решение о ликвидации входит в компетенцию Правления Фонда, но только по основаниям, указанным в законе.

Анализ действующего российского законодательства показывает, что ликвидация корпорации в добровольном порядке возможна по следующим основаниям:

- в связи с решением учредителя, т.е. Российской Федерации; оформление данного решения происходит путем принятия соответствующего федерального закона;

- в связи с истечением срока, на который создана корпорация (Фонд содействия реформированию ЖКХ действует до 1 января 2012 г.);

- в связи с использованием в полном объеме средств, предназначенных для осуществления деятельности корпорации (Фонд содействия реформированию ЖКХ подлежит ликвидации до 1 января 2012 г. в случае реализации выделенных бюджетных средств);

- в связи с достижением цели, ради которой корпорация создана (основной целью деятельности государственной корпорации «Олимпстрой» является обеспечение осуществления мероприятий, связанных со строительством (реконструкцией) объектов, необходимых для развития г. Сочи как горно-климатического курорта, а также для проведения XXII зимних Олимпийских игр и XI зимних Паралимпийских игр 2014 г. в г. Сочи; соответственно, после проведения игр корпорация достигнет цели, ради которой создана, и необходимость в ней отпадет).

Более сложным является вопрос о принудительной ликвидации корпораций. В случаях, указанных в п. 2 ст. 61 ГК РФ, любое юридическое лицо может быть ликвидировано по решению суда.

Как было указано, корпорация создается на основании принятого федерального закона и подлежит обязательной государственной регистрации в органах юстиции на общих основаниях с другими юридическими лицами (ст. 51 ГК РФ). Следовательно, принудительная ликвидация корпорации по первому основанию, указанному в ГК РФ, – допущение при создании грубых нарушений закона, если эти нарушения носят неустранимый харак-

тер, — невозможна, поскольку невозможно нарушение закона при принятии другого закона, а если и возникает между законами коллизия, то это не означает принудительную отмену более позднего нормативного правового акта.

Другие основания для принудительного прекращения деятельности юридического лица, указанные в ст. 61 ГК РФ (осуществление деятельности без надлежащего разрешения (лицензии), либо деятельности, запрещенной законом, либо с иными неоднократными или грубыми нарушениями закона или иных правовых актов), гипотетически могут служить причиной для ликвидации государственной корпорации. В то же время нельзя исключать ситуацию, когда государственная корпорация в процессе своей деятельности будет заниматься иной лицензируемой деятельностью, не предусмотренной в законе о ее создании. Будут ли в таком случае основания для принудительной ликвидации корпорации? Исходя из принципа приоритета ГК РФ над другими законами, ответ должен быть положительный.

Закономерно возникает вопрос о субъекте, в чью компетенцию входит принятие решения о принудительной ликвидации корпорации. В соответствии с п. 2 ч. 1 ст. 33 Арбитражного процессуального кодекса РФ споры о ликвидации организаций подлежат рассмотрению арбитражными судами. Однако при рассмотрении этого вопроса нельзя забывать об уникальной процедуре создания корпорации. По сути, принудительная ликвидация будет представлять собой отмену или признание недействующим того федерального закона, на основании которого функционирует корпорация. Исходя из Конституции РФ и Арбитражного процессуального кодекса РФ, арбитражные суды такими полномочиями не обладают.

В соответствии с п. 2 постановления Конституционного Суда РФ от 16 июня 1998 г. № 19-П «По делу о толковании отдельных положений статей 125, 126 и 127 Конституции Российской Федерации»¹⁴ суд общей юрисдикции или арбитражный суд, придя к выводу о несоответствии Конституции РФ федерального закона, обязан обратиться в Конституционный Суд РФ с запросом о проверке конституционности этого закона. Таким

¹⁴ СЗ РФ. 1998. № 25. Ст. 3004.

образом, в соответствии со ст. 125 Конституции РФ разрешение дел о соответствии федеральных законов Конституции РФ относится к исключительной компетенции Конституционного Суда РФ. Лишь этот судебный орган вправе выносить постановления о признании закона неконституционным и, соответственно, не подлежащим применению.

Из изложенного можно сделать вывод, что принятие решения о принудительной ликвидации корпорации относится к исключительной компетенции Конституционного Суда РФ.

Специальным основанием ликвидации юридического лица является признание его несостоятельным (банкротом). Однако в отношении государственных корпораций законом установлено, что на данные некоммерческие организации положения Федерального закона «О несостоятельности (банкротстве)» не распространяются.

Подобный подход законодателя представляется неверным, поскольку корпорации – это крупные структуры, использующие огромные средства федерального бюджета, которые, по сути, монополизировали отдельные сферы экономики. Очевидно, что государство, установив такое изъятие из общего правила, наделило корпорацию особым, «привилегированным» положением по отношению к другим субъектам. Подобное исключение можно оправдать теми особыми, «социально значимыми» целями, для которых создается государственная корпорация, однако границы такого «льготного правового режима» не должны противоречить правовой системе.

Ввиду многочисленных вопросов, касающихся деятельности данных некоммерческих организаций, и многих пробелов в законодательстве, на наш взгляд, сегодня государство должно на какое-то время «приостановить процесс» их создания для того, чтобы оценить, насколько эффективно решение тех или иных задач через данную организационно-правовую форму.

Представляется необходимым установить на законодательном уровне четкие критерии, определяющие сферы экономики, где необходимо присутствие государственных корпораций, что позволит определить объем их правоспособности, механизм контроля за использованием переданных в собственность корпораций объектов имущественных прав.

ПРАВОВЫЕ ВОПРОСЫ СОГЛАШЕНИЙ О РАЗДЕЛЕ ПРОДУКЦИИ МЕЖДУ ГОСУДАРСТВОМ И ИНОСТРАННЫМИ ИНВЕСТИТОРАМИ В НЕФТЕГАЗОВОЙ ОТРАСЛИ*

Экспорт углеводородов является главной статьей дохода российского бюджета и в обозримом будущем останется основным источником внешнеторговых валютных поступлений. По данным Федеральной таможенной службы, доход от продажи сырой нефти (без учета нефтепродуктов) и природного газа только в 2008 г. составил более 218 млрд долларов¹.

Чтобы в течение долгого времени пополнять запасы нефти и газа, гарантировать стране обеспеченность ими, сохранить возможность зарабатывать на их экспорте, России надо найти и активно разрабатывать новые крупные месторождения. Это требует инвестиций на десятки миллиардов долларов. Поэтому нефтегазовую отрасль можно по праву назвать не только одной из самых прибыльных отраслей экономики, но и одной из самых капиталоемких.

Из-за высоких цен на энергоресурсы на мировом рынке в последние годы у российских компаний было больше средств для инвестирования в действующие разработки, и добыча нефти и газа возрастала. Однако в связи с мировым экономическим кризисом цены на энергоресурсы резко упали, добыча нефти и газа сократилась, а получить кредитные средства стало крайне сложно. Поэтому в настоящее время особенно остро стоит вопрос о необходимости притока прямых инвестиций в данную отрасль.

* Статья рекомендована к печати доктором юридических наук, профессором С.С. Занковским.

¹ По данным официального сайта ФТС России: <http://www.customs.ru/ru/stats/arhiv-stats-new/trfgoods/popup.php?id286=508> (последнее посещение 10.06.2009).

Разработка крупных месторождений неизбежно потребует либо партнерства российских и зарубежных компаний, либо финансирования российских компаний зарубежными банками. В обоих случаях неизбежно использование соглашений о разделе продукции (далее – СРП) – конкурентного по международным меркам правового режима для привлечения крупномасштабных инвестиций.

Это связано с тем, что традиционные схемы извлечения рентных платежей не позволяют защитить интересы государства и, вместе с тем, обеспечить необходимую для нормального функционирования бизнеса гибкость. Во времена бума государство не успевает ограничить доходы компаний приемлемым уровнем и изымать причитающуюся ему горную ренту. В трудные для нефтегазовых компаний времена оно так и не научилось оперативно их поддерживать (как это было, например, в 1998 г., когда в условиях падения мировых цен на нефть ниже 10 долл. за баррель, государство так и не успело ввести в действие для компаний серьезные налоговые и тарифные компенсаторы потерь).

СРП регулируются специальным Федеральным законом от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции»² (далее – Закон о СРП). Как закреплено в преамбуле, Закон о СРП, принятый в развитие законодательства Российской Федерации в области недропользования и инвестиционной деятельности, устанавливает правовые основы отношений, возникающих в процессе осуществления российских и иностранных инвестиций в поиски, разведку и добычу минерального сырья на территории Российской Федерации, а также на континентальном шельфе и (или) в пределах исключительной экономической зоны Российской Федерации на условиях СРП.

Права и обязанности сторон СРП, имеющие гражданско-правовой характер, определяются в соответствии с названным Федеральным законом и гражданским законодательством Российской Федерации. При этом согласно п. 4 ст. 1 Закона о СРП в случае, если законодательными актами Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены

² СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 18.

настоящим Федеральным законом, в сфере регулирования данных отношений применяются правила настоящего Федерального закона.

Перейдем к рассмотрению непосредственно СРП и порядка его заключения.

СРП является договором, в соответствии с которым Российская Федерация предоставляет субъекту предпринимательской деятельности (инвестору) на возмездной основе и на определенный срок исключительные права на поиски, разведку, добычу минерального сырья на участке недр, указанном в соглашении, и на ведение связанных с этим работ, а инвестор обязуется осуществить проведение указанных работ за свой счет и на свой риск. Соглашение определяет все необходимые условия, связанные с пользованием недрами, в том числе условия и порядок раздела произведенной продукции между сторонами соглашения (п. 1 ст. 2 Закона о СРП).

Сторонами такого соглашения являются, с одной стороны, Российская Федерация, от имени которой в соглашении выступают Правительство РФ или уполномоченные им органы, с другой стороны – инвесторы – юридические лица и создаваемые на основе договора о совместной деятельности и не имеющие статуса юридического лица объединения юридических лиц, осуществляющие вложение собственных, заемных или привлеченных средств (имущества и (или) имущественных прав) в поиски, разведку и добычу минерального сырья и являющиеся пользователями недр на условиях соглашения (ст. 3 Закона о СРП).

В соответствии с п. 1 ст. 6 Закона о СРП соглашения заключаются государством с победителем конкурса или аукциона, проводимых в порядке, установленном законодательством Российской Федерации, и в сроки, согласованные сторонами, но не позднее чем через год со дня объявления результатов конкурса или аукциона. При этом соглашения, связанные с использованием участков на континентальном шельфе, в исключительной экономической зоне и на участках, отнесенных к особым государственным стратегическим интересам, а равно соглашения, заключенные без проведения конкурса или аукциона, утверждаются федеральным законом.

На основании ст. 16 Закона о СРП инвестор имеет право передать полностью или частично свои права и обязанности по соглашению любому юридическому лицу или любому гражданину (физическому лицу) только с согласия государства при условии, если эти лица располагают достаточными финансовыми и техническими ресурсами и опытом управленческой деятельности, необходимыми для выполнения работ по соглашению.

Стороны несут ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств по соглашению в соответствии с условиями соглашения с соблюдением гражданского законодательства Российской Федерации (п. 1 ст. 20 Закона о СРП).

На основании ст. 21 Закона о СРП действие соглашения прекращается по истечении зафиксированного срока или досрочно по согласованию сторон, а также по другим основаниям и в порядке, который предусмотрен соглашением в соответствии с законодательством Российской Федерации, действующим на дату подписания соглашения.

Закон о СРП был принят почти 14 лет назад, но на практике использовался всего несколько раз. Это связано с его недоработками. Несмотря на многочисленные изменения, внесенные в Закон после принятия (федеральными законами от 7 января 1999 г. № 19-ФЗ, от 18 июня 2001 г. № 75-ФЗ, от 06 июня 2003 г. № 65-ФЗ, от 29 июня 2004 г. № 58-ФЗ, от 29 декабря 2004 г. № 199-ФЗ, от 30 декабря 2008 г. № 309-ФЗ)³, очевидно, что необходима новая редакция. Что же надо изменить в Законе о СРП, чтобы СРП стало тем механизмом, который был бы выгоден и иностранным инвесторам, и государству?

В соответствии с мировым опытом применения СРП исключительно для привлечения иностранных инвестиций в сферу изысканий, разработок и добычи нефти и газа необходимо внести дополнения в Закон о СРП, прямо указав в преамбуле, где определяется предмет регулирования, и в соответствующих статьях Закона о СРП, касающихся этого предмета, что данный За-

³ СЗ РФ. 1999. № 2. Ст. 246; 2001. № 26. Ст. 2579; 2003. № 23. Ст. 2174; 2004. № 27. Ст. 2711; 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 25; 2009. № 1. Ст. 17.

кон устанавливает правовые основы отношений при осуществлении инвестиций в поиски, разведку и добычу нефти, газа и минерального сырья на территории Российской Федерации. Нынешняя редакция Закона о СРП, где указано только «минеральное сырье», дает формально-юридические основания для утверждений, что Закон о СРП не распространяется на соглашения об инвестициях в изыскания, разработку и добычу нефти и газа.

В ныне действующей редакции Закона о СРП нет четкого решения проблемы ответственности инвестора за ущерб, нанесенный окружающей среде при разработке и добыче нефти и газа, а также в случаях нарушения требований безопасного ведения работ, причинения вреда здоровью населения, несоблюдения императивных условий государственной безопасности России. Требования к иностранному инвестору о его безусловной обязанности соблюдать государственные стандарты и законодательные нормы по безопасному ведению работ, охране недр, окружающей природной среды, здоровья населения, а также по обеспечению государственной безопасности (включая, например, требования о соблюдении пограничного режима), прямо не сформулированы, в ст. 18 Закона о СРП они предусмотрены лишь как исключения из общей нормы, в соответствии с которой на инвестора не распространяется действие законов и других правовых актов (как федерального, так и регионального уровня), если эти законы и акты устанавливают ограничения прав инвестора, осуществляемых им на основе заключенного СРП, хотя во всех суверенных государствах такие требования устанавливаются как прямые императивные предписания публично-правовых актов, носящие категорический характер.

На наш взгляд, императивные требования к инвестору, находящиеся за рамками частноправовых отношений, ввиду их особой важности, по существу, должны быть сформулированы в Законе о СРП прямым и категорическим образом.

Крайне расплывчато сформулирован абз. 1 п. 2 ст. 17 Закона о СРП: «В случае, если в течение срока действия соглашения законодательством Российской Федерации, законодательством субъектов Российской Федерации и правовыми актами органов местного самоуправления будут установлены нормы, ухудшающие коммерческие результаты деятельности инвестора в рамках

соглашения, в соглашение вносятся изменения, обеспечивающие инвестору коммерческие результаты, которые могли быть им получены при применении действовавших на момент заключения соглашения законодательства Российской Федерации, законодательства субъектов Российской Федерации и правовых актов органов местного самоуправления. Порядок внесения таких изменений определяется соглашением».

Возможность установления предполагаемых «коммерческих результатов», которые могли бы быть инвестором получены за прошедшие после заключения соглашения годы, если бы не изменились правовые нормы, представляется весьма затруднительной. Это крайне сложно рассчитать в принципе. А ведь именно на этом основании инвестор будет требовать возмещения своих материальных потерь, которые он предположительно понес за эти годы и которые должны будут вычитаться из российской части «прибыльной продукции» в пользу инвестора. Такая неопределенность понятий и формулировок, на основе которых будет производиться раздел продукции и прибыли, может привести к затяжным спорам и конфликтам между сторонами соглашения. Нетрудно предвидеть, что в проигрыше в таких ситуациях окажется прежде всего российская сторона. Очевидно, необходимо сузить смысл и назначение п. 2 ст. 17 Закона о СРП, четко ограничив его применение лишь случаями, когда изменения правовых норм явно и непосредственно влияют на экономические условия деятельности инвестора, если это может быть установлено независимой экспертизой (аудитом), или исключить этот пункт из текста Закона о СРП.

Обращает на себя внимание, что в Законе о СРП об ответственности инвестора сказано самым общим и невнятным образом, а обязательства государства перед инвестором расписаны гораздо более развернуто. Этот перекося еще более усиливается в контексте п. 7 ст. 2 Закона о СРП, которым устанавливается принцип: «Положения настоящего Федерального закона применяются к соглашениям, заключенным до его вступления в силу, лишь в той мере, в какой его применение не противоречит условиям таких соглашений и не ограничивает права, приобретенные и осуществляемые инвесторами в соответствии с уже заключенными соглашениями». Фактически это означает, что инвестор

наделяется правами иммунитета перед действием тех положений Закона, которые должны были бы применяться к его отношениям с российским государством (если эти положения под давлением инвестора будут сочтены не отвечающими его интересам). В то же время согласно ст. 23 Закона о СРП Российская Федерация может по условиям соглашения отказаться от части своего иммунитета.

С принципиальных позиций правовой теории и с учетом мировой практики инвестиционных соглашений необходимо исходить из того, что распространение на инвестиционные отношения метода частноправового регулирования и гражданско-правового законодательства приводит к тому, что государство становится равноправным партнером частного зарубежного инвестора и отказывается от части своих иммунитетов (как и предусмотрено ст. 23 Закона о СРП). Но из этих же принципов вытекает, что зарубежный партнер государства – частный инвестор не должен наделяться какими-либо фактическими иммунитетами перед действием законов государства. Поэтому следует убрать из текста Закона о СРП вышеуказанную сомнительную правовую норму п. 7 ст. 2 и ограничиться общепринятым в законодательной технике указанием о том, что соглашения, заключенные до вступления в силу настоящего Федерального закона, подлежат исполнению в соответствии с определенными в них условиями.

В ст. 22 Закона о СРП указано, что споры между государством и инвестором, связанные с исполнением, прекращением и недействительностью соглашений, разрешаются в соответствии с условиями соглашения в суде, в арбитражном суде или в третейском суде (в том числе в международных арбитражных институтах). Это означает, что сам законодатель практически подталкивает инвестора к тому, чтобы настаивать на включении в текст соглашения указания на любой из видов судебных институтов, который будет для него удобнее. Конечно, иностранный инвестор более всего хотел бы рассматривать споры в национальном суде того государства, резидентом которого он является. Не исключается также, если инвестор будет на этом настаивать, назначение единоличного арбитра.

Однако подобная, ничем не мотивированная возможность выбора инвестором любого вида суда или арбитража противоречит как принципам российского гражданско-процессуального законодательства, так и наиболее принятым в мировой практике способам выбора арбитражного органа, в том числе с учетом обычных критериев международного частного права: место заключения сделки, место исполнения сделки, место вложения инвестиций, место нахождения ответчика – все это указывает на российский, а не на какой-либо иной судебный орган. Разумеется, общепринятой остается и возможность выбора международного арбитражного суда.

Кроме того, полная неопределенность в выборе сторонами любого вида судебного органа противоречит и нормам международных соглашений, заключенных Россией, о порядке разрешения подобных споров. В связи с этим необходимо изменить формулировку ст. 22 Закона о СРП, указав в ней в общем виде, что споры между государством и инвестором разрешаются в российских арбитражных судах или в международных арбитражных институтах.

Возражения, выдвинутые в юридической литературе⁴ против установленного п. 1 ст. 6 Закона о СРП порядка утверждения специальными федеральными законами отдельных СРП, относящихся к разработке участков недр особо важного стратегического значения, затрагивающих интересы обороны и безопасности страны или заключенных без проведения конкурса или аукциона, нельзя признать убедительными. Особая значимость таких участков недр или особая ситуация, связанная с процедурой заключения соглашения, требуют и специального контроля за содержанием этих соглашений на самом высоком государственном уровне. Поэтому процедуру утверждения Федеральным собранием России отдельных видов соглашений по п. 1 ст. 6 Закона о СРП необходимо сохранить.

Отдельно следует сказать о контроле государства за иностранными инвесторами. Опыт, полученный иностранными ин-

⁴ См. например: *Платонова Н.Л.* Научно-практический комментарий к Федеральному закону «О соглашениях о разделе продукции». М., 2002. С. 78–80.

весторами в нефтегазовой сфере, подтверждает факт избыточного контроля: достаточно сравнить число согласований, которые они были вынуждены получить при подготовке и реализации СРП, с количеством согласований, получаемых недропользователями в обычной системе. На наш взгляд, представляется необходимым упростить контроль за инвестором, используя принцип разумной достаточности. Как саркастически заметил Н. Смирнов из ТНК: «Судье нет нужды бежать рядом с марафонцем, для того чтобы определить время прохождения дистанции. Для этого достаточно засесть время на старте и финише. Наши же органы власти стремятся контролировать инвестора ежедневно и ежемесячно, вводя все новые способы регламентации»⁵.

В настоящее время за один год, отводимый Законом о СРП (п. 1 ст. 6) для заключения соглашения, инвестор должен пережить следующие события: создание переговорной комиссии, проведение переговоров, получение положительных отзывов министерств и ведомств на подготовленный проект СРП, получение отзыва Экспертного совета при Правительстве РФ, рассмотрение вопроса на Комиссии по координации деятельности, принятие постановления Правительства РФ о заключении соглашения, принятие постановления губернатора субъекта Федерации о заключении соглашения и, наконец, заключение соглашения. Таким образом, в случае безукоризненной работы и инвестора, и органов власти, принимая во внимание существующие порядки и регламенты подготовки документов, срок подготовки соглашения будет минимум вдвое больше, чем предусмотрено Законом о СРП.

Помимо этого, у государства имеется рычаг, делающий практически все другие механизмы контроля за инвестором излишними. Этим рычагом является утверждение годовых программ работ инвестора и отчета об их исполнении (п. 3 ст. 19 Закона о СРП). В обычной лицензионной системе у государства нет даже близких по силе механизмов контроля. Невозможно себе представить, чтобы в обычной лицензионной системе орга-

⁵ Методика обоснования параметров раздела продукции при разработке СРП для Самотлорского месторождения // Нефтяное хозяйство. 2000. № 9. С. 28.

ны государственной власти утверждали бизнес-план недропользователя на предстоящий год. В режиме СРП это – правило, закреплённое законом. Более жесткого контрольного механизма невозможно себе представить, и нет нужды вводить дополнительные меры, которые только замедлят и удорожат реализацию соглашений. Тем более что все министерства и ведомства будут следить за деятельностью инвестора в рамках своей, определенной законом, компетенции, как и за недропользователем в рамках обычной лицензионной системы.

В заключение хотелось бы отметить, что внесение изменений в законодательство о СРП будет способствовать поддержанию трудно складывающегося образа России как страны с улучшающимся инвестиционным климатом, потенциальным местом приложения крупных прямых инвестиций мирового уровня в нефтегазовую отрасль. Сотрудничество государства и иностранных инвесторов – непростой путь к взаимной выгоде. На наш взгляд, крупнейшие инвесторы играют роль стабилизатора экономического развития, отстаивая принципы правового государства и последовательности в выполнении взятых на себя обязательств, прозрачности ведения дел в России.

*С.А. Тюрина**

ПРИЗНАКИ АКЦЕССОРНОСТИ В ДОГОВОРАХ ОРГАНИЗАЦИОННОГО ХАРАКТЕРА

Под договором организационного характера (организационным договором) понимается, в широком смысле, соглашение двух и более лиц, направленное на упорядочение их совместной деятельности и определяющее процедуру их участия в конкретных гражданско-правовых имущественных отношениях в будущем.

Организационные договоры ориентированы на последующие имущественные отношения лиц, их заключивших. В одних случаях они рассчитаны на последующий учет их содержания, в

* Статья рекомендована к печати кандидатом юридических наук Е.Н. Васильевой.

других – на конкретизацию их условий в отдельных договорах имущественного характера.

Как справедливо отмечает профессор Б.И. Пугинский, выявление сущности организационных договоров представляет определенную сложность. Организационные договоры могут служить вспомогательной частью имущественных договоров, хотя решаемые ими организационные вопросы в них выходят на первое место. Организационные договоры также могут быть и обособлены от имущественных, выполняя самостоятельные функции в организации отношений заключивших их сторон¹.

Организационные договоры, исходя из характера основанных на них обязательств, можно условно подразделить на однородные и неоднородные. Участники первых, именуемых в юридической литературе также «чистыми» организационными договорами², в рамках заключаемого договора согласовывают исключительно взаимные организационные обязательства. К такому можно отнести, например, предварительный договор. Согласно п. 1 ст. 429 ГК РФ единственным, по сути, обязательством сторон, заключивших предварительный договор, является организационное обязательство заключить в будущем основной имущественный договор (о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг) на условиях и в порядке, определенных таким предварительным договором. Непосредственной целью названного договора является установление обязательственной связи между его сторонами и придание юридической силы достигнутым договоренностям до подписания основного имущественного договора.

К однородным организационным договорам можно также отнести большинство заключаемых на практике генеральных соглашений. Такие соглашения направлены на неоднократное применение одних и тех же условий в заключаемых на их основании локальных имущественных договорах.

К неоднородным организационным договорам относятся договоры, которые включают в себя помимо организационных

¹ См.: Пугинский Б.И. Коммерческое право России. Учебник. 2-е изд. М., 2007. С. 283.

² См.: Меньшенин П.А. Опционный договор // Право и экономика. 2008. № 5.

аспектов отдельные элементы имущественного договора. При этом имущественные обязанности в таких договорах не изменяют их организационную сущность. Непосредственная цель указанных договоров не товарообмен, а улучшение организации взаимосвязанной деятельности его участников.

Так, согласно п. 1 ст. 1041 ГК РФ по договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) двое или несколько лиц (товарищей) обязуются соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица для извлечения прибыли или достижения иной не противоречащей закону цели.

Распространенным в юридической науке является мнение, что обязательства, порождаемые организационными договорами, всегда прямо обслуживают имущественный оборот, неотделимы от него и не имеют самостоятельного значения³.

В связи с указанной спецификой обязательств, порождаемых договорами организационного характера, возникает вопрос о возможности отнесения их к дополнительным (акцессорным) обязательствам.

Акцессорность принято определять как свойство обязательства быть придаточным, дополнительным к основному, разделять его судьбу. Свойство акцессорности проявляется через ряд признаков.

Рассмотрим на предмет наличия основных признаков акцессорности следующие договоры организационного характера: генеральное соглашение, предварительный договор и договор простого товарищества.

1. Акцессорное обязательство не имеет самостоятельной ценности в отсутствие основного обязательства. У сторон отсутствует самостоятельный интерес в заключении акцессорных договоров.

Договоры организационного характера обладают собственной ценностью, состоящей в создании на их базе определенной упорядоченности совместной деятельности субъектов, в резуль-

³ См.: Гражданское право: В 4 т. Т. 3: Обязательственное право: Учебник для студентов вузов, обучающихся по направлению 521400 «Юриспруденция» и по специальности 021100 «Юриспруденция» / Отв. ред. Е.А. Суханов. 3-е изд. М., 2006. С. 11.

тате чего достигается обоюдовыгодный полезный результат. Особенно это прослеживается на примере генеральных соглашений, заключаемых сторонами в целях длительного сотрудничества. На практике такие соглашения также именуются договорами о сотрудничестве, рамочными договорами и т.п.

Участники длительных имущественных отношений в определенной сфере деятельности выносят как бы за рамки все условия договора, имеющие в основном организационное свойство и являющиеся неизменными для целого потока однородных имущественных отношений сторон. Генеральное соглашение оставляет некое неурегулированное пространство, которое должно быть предметом будущих соглашений сторон.

Для возникновения на основе генерального соглашения конкретного имущественного правоотношения участникам требуется только согласовать предметную часть последнего (т.е. определить конкретные взаимные имущественные обязательства сторон). Такой подход в построении договорных связей освобождает стороны от заключения массы однотипных имущественных договоров.

В результате складывается двухуровневая система договорных связей, состоящая из базового договора (самого генерального соглашения), в котором согласовываются условия будущих экономических отношений сторон, и заключенных на его основании локальных имущественных сделок. Последние в юридической литературе именуются также договорами-сателлитами, договорами-приложениями или исполнительскими сделками (Л.Г. Ефимова, Л.А. Чеговадзе).

В гражданском законодательстве отсутствует легальное определение генерального соглашения, не содержит оно и правового регулирования гражданско-правовых отношений, складывающихся на его основании. Однако отдельные виды такого соглашения все-таки нашли отражение в законодательстве.

Так, законодатель допускает по соглашению страхователя со страховщиком систематическое страхование разных партий однородного имущества (товаров, грузов и т.п.) на сходных условиях в течение определенного срока на основании одного договора страхования – генерального полиса (ст. 941 ГК РФ, ст. 262 Кодекса торгового мореплавания РФ).

Генеральный полис представляет собой организационный договор страхования однотипных рисков на типовых условиях. При этом партии имущества, которые страхуются по генеральному полису, должны быть в такой степени однородными, а условия страхования для каждой из них до такой степени сходными, чтобы было возможно описать в генеральном полисе способы определения существенных условий договора страхования относительно каждой партии.

Непосредственная цель такого организационного договора – установление устойчивых хозяйственных отношений между страхователем и страховщиком и упрощение процедуры страхования однотипных рисков. Генеральный полис предусматривает непрерывность страхового обеспечения.

Как и генеральное соглашение, предварительный договор предполагает заключение на его основании гражданско-правового договора имущественного характера.

По предварительному договору стороны обязуются заключить в будущем договор о передаче имущества, выполнении работ или оказании услуг (основной договор) на условиях, предусмотренных предварительным договором (п. 1 ст. 429 ГК РФ). Непосредственной целью названного договора является установление обязательственной связи между его сторонами и придание юридической силы достигнутым договоренностям до подписания основного договора.

Установление обязательственной связи необходимо в ситуации, когда стороны не имеют объективной возможности заключить основной (имущественный) договор в момент достижения ими обоюдовыгодного соглашения по его существенным условиям.

На практике, как отмечают отдельные авторы, основной нишей для применения конструкции предварительного договора является использование его в качестве «ступени», очередного этапа перед заключением сложных сделок. Заключение предварительного договора позволяет в данном случае еще раз проверить добросовестность контрагента, взвесить возможные риски при исполнении будущего имущественного договора. Кроме того, убытки при неисполнении одной из сторон условий предва-

рительного договора всегда будут меньше, нежели убытки при неисполнении основного договора⁴.

Договор простого товарищества, в отличие от уже рассмотренных договоров организационного характера, не требует заключения участниками на его основании взаимных имущественных сделок.

По договору простого товарищества (договору о совместной деятельности) двое или несколько лиц (товарищей) обязуются соединить свои вклады и совместно действовать без образования юридического лица для извлечения прибыли или достижения иной не противоречащей закону цели (п. 1 ст. 1041 ГК РФ). Из законодательного определения следует, что договор простого товарищества уже включает в себя два аспекта: имущественный и организационный. Имущественный аспект заключается в обязанности товарищей внести вклады в общее дело, организационный аспект – в определенной упорядоченности действий как каждого товарища совместной деятельности, так и товарищества в целом для достижения полезного совместного результата.

Исполняя имущественную обязанность по внесению вкладов в общее дело, участники договора о совместной деятельности не преследуют основной целью таких действий создание общего имущества товарищества. Внесенное товарищами в общее дело имущество является способом достижения цели совместной деятельности, но никак не самоцелью.

Именно исполняя организационные обязанности, выраженные в совместных действиях, товарищи на базе объединенных вкладов решают поставленную совместную задачу – эффективное использование принадлежащих им активов, выражающееся в извлечении прибыли и (или) достижении иной не противоречащей закону цели. При этом результативность совместных действий напрямую зависит от способности товарищей наиболее оптимальным образом их организовать.

⁴ См.: Кондакова К.А. Предварительный договор: характеристика и область применения// Предприниматель без образования юридического лица. ПБОЮЛ. 2007. № 9.

Ценность договора простого товарищества состоит в создании организационного единства – объединения, которое позволит участникам товарищества выступать в имущественном обороте консолидированно.

Итак, договоры организационного характера имеют самостоятельную непосредственную цель, состоящую в организации деятельности лиц для удовлетворения определенного совместного интереса – заключения нового договора или осуществления совместной деятельности в рамках данного договора.

2. Акцессорное обязательство не может существовать без основного, т.е. не может возникнуть ранее основного, не может «пережить» основное обязательство в случае его прекращения.

Такие организационные договоры, как генеральное соглашение и предварительный договор, предшествуют имущественным договорам, заключаемым на их основании, и, соответственно, могут существовать при отсутствии последних. При этом следует отметить, что указанные организационные договоры сами по себе не способны удовлетворить интересы участников гражданско-правовых отношений в определенном материальном благе. Только в связке с имущественными сделками они позволяют достичь экономического результата.

Локальные договоры заключаются и исполняются в рамках уже существующего генерального соглашения. Однако следует отметить, что стороны генерального соглашения могут в порядке п. 2 ст. 425 ГК РФ установить, что условия соглашения применяются к их отношениям, возникшим до его заключения (в том числе и к ранее заключенным имущественным сделкам).

Прекращение генерального соглашения прекращает неисполненные локальные имущественные договоры в случае, если последние не отвечают признакам самостоятельных сделок. При этом прекращение локальных договоров не влияет на прекращение генерального соглашения, если только в самом генеральном соглашении не оговорено иное.

Особенность правовой связи предварительного и основного договоров заключается в том, что прекращение первого путем его исполнения означает заключение второго. В связи с этим периоды действия названных договоров никогда не совпадают, и прекращение одного объективно не может оказать влияние на

прекращение другого.

Основаниям прекращения договора простого товарищества посвящена ст. 1050 ГК РФ.

К общим основаниям прекращения договора простого товарищества относятся:

- истечение срока договора;
- невозможность достижения поставленной цели.

К специальным основаниям прекращения договора простого товарищества, вытекающим из его фидуциарной природы, относятся следующие обстоятельства:

- объявление кого-либо из товарищей недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим;
- объявление кого-либо из товарищей несостоятельным (банкротом);
- отказ кого-либо из товарищей от дальнейшего участия в бессрочном договоре простого товарищества;
- расторжение договора простого товарищества, заключенного с указанием срока, по требованию одного из товарищей в отношениях между ним и остальными товарищами и др.

Обстоятельства, с которыми закон связывает прекращение договора простого товарищества, в основном относятся к организационному аспекту данного договора, нежели к имущественной его части. Из чего можно сделать вывод, что прекращение обязательств имущественного характера не влечет прекращения договора простого товарищества в целом. Простое товарищество существует пока у создавших его лиц есть необходимость в организационном единстве для достижения совместной цели.

3. Акцессорное обязательство следует судьбе основного при переходе прав кредитора к другому лицу.

Переход прав кредитора по генеральному соглашению к другому лицу не влечет автоматический переход прав кредитора по локальным договорам, если последние обладают всеми признаками самостоятельных сделок. Если же генеральное соглашение содержит существенные условия локальных договоров, то с переходом прав кредитора по соглашению к другому лицу перейдут права кредитора и по неисполненным локальным договорам.

Переход прав кредитора по локальному договору не влечет изменение субъектного состава ни генерального соглашения, ни других локальных договоров.

В связи с тем, что периоды действия предварительного и основного договоров не совпадают по времени, переход прав кредитора к другому лицу по одному из них не затрагивает другой.

По договору простого товарищества участники являются кредиторами одновременно имущественных и организационных обязательств.

В силу своей фидуциарной природы договор простого товарищества по общему правилу не допускает правопреемства. Если же товарищи предусмотрели в договоре или в последующем соглашении возможность сохранения договора после перехода прав по нему к иным лицам, новые товарищи приобретают права кредитора и в имущественных, и в организационных обязательствах одновременно.

4. Недействительность основного обязательства влечет недействительность акцессорного обязательства. При этом недействительность акцессорного обязательства не влечет недействительность основного.

Договоры организационного характера могут быть признаны недействительными по любым общим основаниям для признания недействительной любой гражданско-правовой сделки.

В зависимости от содержания генерального соглашения последствия его недействительности для локальных договоров могут быть разными. Заключая генеральное соглашение, стороны должны согласовать общие условия локальных договоров. Указанные общие условия могут быть двух видов:

1) условия, без согласования которых локальные договоры не могут считаться заключенными (существенные условия);

2) условия, не являющиеся необходимыми для существования локальных договоров (несущественные условия).

Как уже отмечалось, в генеральном соглашении стороны обычно согласовывают только организационные условия будущей совместной деятельности, которые не являются существенными условиями локальных имущественных договоров. В связи с этим недействительность генерального соглашения приводит к

недействительности и согласованных в нем общих организационных условий, не затрагивая юридической силы ранее заключенных локальных договоров. Такие договоры продолжают существовать и подлежат надлежащему исполнению.

Недействительность генерального соглашения не приводит к автоматической недействительности локальных договоров, если они являются самостоятельными договорами и содержат все существенные условия договора своего типа. Локальные договоры в смысле действительности являются автономными по отношению к недействительному генеральному соглашению.

В генеральном соглашении стороны могут согласовать часть существенных условий локальных договоров. Например, стороны генерального соглашения могут согласовать предмет будущих локальных договоров. В соответствии с п. 1 ст. 432 ГК РФ условие о предмете является существенным условием договора любого типа, без согласования которого он считается незаключенным.

В этом случае недействительность генерального соглашения автоматически превращает локальные договоры в незаключенные сделки, поскольку они лишаются согласия по своим существенным условиям.

Условия действительности локальных договоров не отличаются от условий действительности генерального соглашения.

Как правило, недействительность локального договора не оказывает никакого влияния ни на генеральное соглашение, ни на другие локальные договоры. Генеральное соглашение должно отвечать своим собственным условиям действительности. Его автономность и специфическая правовая природа не позволяют локальному договору воздействовать на действительность генерального соглашения.

Влияние недействительности предварительного договора на действительность основного договора неоднозначно.

Предварительный договор по отношению к основному договору устанавливает исключение из принципа свободы договора, т.е. установленная добровольно принятым на себя сторонами обязательством возможность понуждения к заключению основного договора.

Предварительный договор признан недействительным, но при этом сторонами уже исполнен, следовательно, нарушен принцип

свободы договора и автономии воли участников гражданского правоотношения, так как добровольно принятое на себя обязательство, предусматривающее обязанность заключить договор и возможность понуждения к заключению договора, отпало. В связи с этим можно сделать вывод, что заключение основного договора вступает в определенное противоречие с основными принципами гражданского права.

Заключение основного договора есть исполнение предварительного договора. Если предварительный договор недействителен, то в таком случае заключение основного договора представляет собой исполнение недействительной сделки.

Некоторые юристы полагают, что заключение основного договора во исполнение недействительного предварительного договора является мнимой сделкой, совершенной без намерения создать соответствующие ей правовые последствия⁵.

Следуя приведенным выше рассуждениям, можно прийти к выводу, что основной договор носит подчиненный по отношению к предварительному договору характер, что не соответствует природе отношений, возникающих на основании договорной системы «предварительный договор – основной договор».

Представляется, что в случае признания недействительным предварительного договора вопрос о недействительности основного договора должен рассматриваться самостоятельно. При этом необходимо внимательно исследовать обстоятельства, при которых был заключен основной договор. Если при признании предварительного договора недействительным основной договор все равно был бы заключен сторонами на содержащихся в нем условиях (при отсутствии иных оснований недействительности), то он не может быть признан недействительным.

Существенные условия договора простого товарищества включают обязанности как имущественного, так и организационного характера.

Недействительность существенных условий договора простого товарищества, регулирующих имущественные обязательства сторон, влечет автоматическую недействительность всего

⁵ См.: *Богданов В.* О последствиях недействительности предварительного договора // *ЭЖ-Юрист.* 2006. № 24.

договора, в том числе и организационных обязательств. Также недействительность существенных организационных условий договора влечет недействительность и имущественных условий.

Недействительность несущественных имущественных либо организационных условий договора простого товарищества, влечет недействительность договора в соответствующей части и не оказывает влияние на иные условия договора.

5. Порядок защиты прав в акцессорном обязательстве напрямую зависит от основного обязательства. В частности, с истечением срока исковой давности по требованию из основного обязательства истекает срок исковой давности и по акцессорному (ст. 207 ГК РФ).

Такие организационные договоры, как генеральное соглашение и предварительный договор, и заключенные на их основании имущественные договоры в этом случае рассматриваются как самостоятельные сделки. Истечение срока исковой давности по требованиям из имущественных договоров не влечет истечения срока исковой давности по требованиям из организационных договоров и наоборот.

Требования из обязательств организационного и имущественного характера в договоре простого товарищества имеют единый срок исковой давности.

Проведенный анализ позволяет сделать вывод о том, что по природе организационным договорам присуще свойство акцессорности. Они существуют постольку, поскольку необходимы участникам гражданских правоотношений для более эффективного исполнения в последующем взаимных имущественных обязательств. При этом договоры организационного характера, как было отмечено, имеют и собственную ценность. Кроме того, они проявляют себя иным образом, чем акцессорные договоры, им не свойственны основные признаки акцессорности.

Таким образом, договоры организационного характера нельзя признать классическими акцессорными договорами.

СПОСОБЫ ОГРАНИЧЕНИЯ ВОЗМЕЩАЕМЫХ УБЫТКОВ ПО ГРАЖДАНСКОМУ ПРАВУ РОССИИ

Ведущим способом защиты прав по российскому законодательству является возмещение убытков. Возмещение убытков представляет собой общую меру гражданской ответственности¹, которая применима при нарушении любых гражданско-правовых обязательств – договорных и внедоговорных, и которая сама представлена в форме гражданско-правового обязательства, выполняющего охранительную функцию. Обязанность возместить убытки предполагает компенсацию всех имущественных потерь кредитора, если только закон не устанавливает ограничения возмещения убытков.

В отдельных случаях обязанность возместить убытки не представляет собой санкцию, меру гражданско-правовой ответственности, а формирует в обязательственных отношениях условие использования кредитором своего права, например, на отказ от договора.

Принцип полноты возмещения убытков

По общему правилу, предусмотренному ст. 15 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ), лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков. Под полным возмещением убытков понимается возмещение в полном объеме реального ущерба, т.е. расходов, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, при восстановлении утраты или повреждения его имущества, а также упущенной выгоды в виде неполученных доходов, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено.

* Статья рекомендована к печати кандидатом юридических наук Е.Н. Васильевой.

¹ Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. М., 1999. С. 543.

Если стороны, заключая договор, ожидают друг от друга полного возмещения своих убытков в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения договора, то по общему правилу им не обязательно предусматривать в договоре указание на полное возмещение убытков. В таком случае право сторон на полное возмещение убытков сохранится как предусмотренное ГК РФ, если только закон не ограничивает его применительно к конкретным отношениям сторон. Вместе с тем в некоторых случаях законодатель закрепляет право сторон на полное возмещение убытков путем прямого указания в законодательных актах, что при том или ином нарушении обязательств подлежат возмещению как реальный ущерб, так и упущенная выгода. Примером является норма ст. 7 Федерального закона от 30 июня 2003 г. № 87-ФЗ «О транспортно-экспедиционной деятельности», согласно которой наряду с возмещением реального ущерба и возвращением клиенту уплаченного им экспедитору вознаграждения в размерах, установленных настоящей статьей, экспедитор обязан возместить клиенту упущенную выгоду в связи с утратой, недостачей или повреждением (порчей) груза, произошедшими по вине экспедитора. В этом и в иных аналогичных случаях право сторон на возмещение убытков в полном объеме, т.е. как реального ущерба, так и упущенной выгоды, не может быть ограничено договором.

Если в договоре предусмотрена неустойка в случае нарушения обязательств, то по общему правилу возмещение убытков будет возможно произвести только в той части, в какой выплата неустойки не покрывает причиненные убытки. Описанный зачетный характер неустойки устанавливается ст. 394 ГК РФ. Таким образом, потерпевшая сторона полностью получит компенсацию в связи с негативными имущественными последствиями нарушения ее права, но частично эта компенсация будет произведена за счет выплаты потерпевшей стороне неустойки. Это правило распространяется на все случаи, когда закон или договор прямо не предусматривают иной порядок компенсации имущественных потерь в случаях, когда договор предусматривает выплату неустойки. В законодательстве могут быть установлены случаи, когда убытки взыскиваются в полном объеме сверх неустойки (правило штрафной неустойки), когда взыскиваются

либо только убытки, либо только неустойка (правило альтернативной неустойки), а также когда взыскание неустойки лишает потерпевшую сторону права требовать возмещения ей убытков сверх суммы неустойки (правило исключительной неустойки).

В случае применения правила об уплате процентов за неправомерное пользование чужими денежными средствами на основании ст. 395 ГК РФ потерпевшая сторона имеет право требовать возмещения убытков только в части превышения убытков над суммой процентов за неправомерное пользование денежными средствами. В отличие от взыскания убытков при наличии неустойки, когда законом или договором может предусматриваться различное соотношение взыскания убытков и неустойки как общей и специальной мерой ответственности, вышеуказанный способ возмещения убытков сверх взыскания с должника процентов за неправомерное пользование денежными средствами является единственным возможным в силу императивного правила п. 2 ст. 395 ГК РФ.

Критерии, определяющие различные способы ограничения возмещения убытков

В соответствии со ст. 15 ГК РФ возмещение убытков в меньшем размере возможно, если это предусмотрено законом или договором. Ст. 400 ГК РФ также предусматривает, что по отдельным видам обязательств и по обязательствам, связанным с определенным родом деятельности, законом может быть ограничено право на полное возмещение убытков (ограниченная ответственность). Ограничения возмещаемых убытков в основном встречаются в нормах гражданского права, регулирующих определенную область отношений, формирующих отдельный гражданско-правовой институт.

При установлении правил об ограничении возмещения убытков используются различные способы, классификация которых возможна по ряду оснований, наиболее важными из которых представляются два. Один из них важен для основной классификации, а другой – для дополнительной.

Критерием основной классификации этих способов служит показатель такого ограничения. Этих показателей два – ограничение объема убытков и ограничение одновременно объема и

размера убытков. При этом выделяется два способа ограничения убытков, во-первых, ограничение убытков по объему путем ограничения только элементов в структуре общего объема убытков. Во-вторых, комбинированный способ ограничения возмещения убытков – ограничение объема убытков при одновременном ограничении размера убытков при помощи указания на размер такого ограничения в абсолютных или относительных показателях.

Структура объема убытков включает в себя два основных элемента – реальный ущерб и упущенную выгоду. При этом реальный ущерб, в свою очередь, составляют два субэлемента, которые представлены имущественными утратами различного происхождения. Во-первых, это расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, а во-вторых, это утрата или повреждение его имущества. Таким образом, способ ограничения по объему предполагает возможность компенсации имущественных потерь в ограниченном объеме – только в пределах одного элемента, а иногда и субэлемента, входящих в структуру объема убытков.

При комбинированном способе ограничения возмещения убытков объем возмещаемых убытков ограничивается только одним элементом объема убытков. Кроме того, ограничивается размер возмещения убытков в рамках одного элемента объема убытков. Под способом ограничения возмещаемых убытков путем указания на их размер понимается указание на конкретные числовые значения (в денежном исчислении), которые всегда устанавливаются в размере меньшем, чем размер убытков, который исчислялся бы, если бы убытки возмещались полностью. Также возможно ограничение верхнего предела возмещения убытков, указанного в абсолютном денежном выражении, или же с использованием некой единицы исчисления как относительной величины.

Таким образом, при комбинированном способе возмещения убытков одновременно ограничивается и объем убытков, и их размер. В законодательстве, как правило, встречается такой комбинированный способ ограничения возмещения убытков, при котором возмещение реального ущерба как элемента объема

убытков ограничивается по размеру. Вместе с тем представляется возможным предусмотреть в законе или в договоре и такой способ комбинированного ограничения возмещения убытков, при котором ограничивался бы размер возмещения упущенной выгоды как элемента объема убытков.

В законе или договоре различаются позитивное и негативное ограничение убытков. Позитивное ограничение имеет место тогда, когда в норме указывается тот элемент (субэлемент) в объеме убытков или размер, в пределах которого кредитор вправе требовать возмещения убытков (например, только реального ущерба в размере утраченного или поврежденного имущества). Негативное ограничение предусматривает исключение права требовать возмещения убытков, составляющих один из элементов (субэлементов) в их структуре, или устанавливает, что кредитор не вправе требовать возмещения убытков в сумме, превышающей определенный размер.

Ограничение возмещения убытков по объему

Законодательное ограничение объема возмещения убытков представляет собой в большинстве случаев ограничение возмещения только реальным ущербом.

Ограничение возмещения убытков только реальным ущербом характерно для законодательного регулирования последствий недействительности сделок. В рамках института недействительности сделок в ГК РФ предусмотрено несколько норм, которые прямо устанавливают ограничение возмещения убытков исключительно реальным ущербом.

В частности, применительно к ничтожной сделке, совершенной гражданином, признанным недееспособным вследствие психического расстройства, дееспособная сторона обязана возместить другой стороне понесенный ею реальный ущерб, если знала или должна была знать о недееспособности другой стороны (ст. 171 ГК РФ). В случае кабальной сделки (сделки, которую лицо было вынуждено совершить вследствие стечения тяжелых обстоятельств на крайне невыгодных для себя условиях, чем другая сторона воспользовалась) или сделки, совершенной под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения

представителя одной стороны с другой стороной, потерпевшей стороне возмещается реальный ущерб (ст. 179 ГК РФ).

Кроме того, в случае заблуждения сторона, по иску которой сделка признана недействительной, вправе требовать от другой стороны возмещения причиненного ей реального ущерба, если заблуждение возникло по вине другой стороны (ст. 178 ГК РФ).

В вышеуказанных случаях потерпевшей стороне возмещается также неосновательное обогащение другой стороны (неосновательно приобретенное или сбереженное имущество) на основании норм гл. 60 ГК РФ о неосновательном обогащении.

Согласно ст. 1052 ГК РФ сторона договора простого товарищества, заключенного с указанием срока или с указанием цели, вправе требовать расторжения договора в отношениях между собой и остальными товарищами по уважительной причине с возмещением остальным товарищам реального ущерба, причиненного расторжением договора. В данном случае, видимо, снятие обязанности возмещения упущенной выгоды с вышедшего из простого товарищества участника обусловлено тем, что его выход был вынужденной мерой, обусловленной уважительной причиной.

Возмещение убытков лицу, действовавшему в чужом интересе, за счет этого заинтересованного лица также ограничено реальным ущербом (ст. 984 ГК РФ). В данной норме отсутствие обязанности возместить упущенную выгоду вытекает из самого существа обязательства, так как согласно определению обязательства из действий в чужом интересе такие действия должны совершаться, исходя из очевидной выгоды или пользы, действительных или вероятных намерений заинтересованного лица и с необходимой по обстоятельствам дела заботливостью и осмотрительностью, а не в целях получения выгоды гестором, т.е. лицом, действующим в чужом интересе.

Только реальным ущербом ограничивается возмещение убытков и в случае, когда организатор открытых торгов или игр отказался от их проведения с нарушением указанных сроков. Отсутствие обязанности возместить упущенную выгоду может быть связано с тем, что упущенная выгода участников торгов в случае отказа организатора от их проведения может оказаться весьма значительной и, следовательно, организатору торгов бу-

дет крайне затруднительно возместить ее несостоявшимся участникам торгов.

Ограничение ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств только возмещением реального ущерба происходит и в случае нарушения договора энергоснабжения (ст. 547 ГК РФ). Включение в закон возможности взыскать упущенную выгоду с энергоснабжающей организации могло бы повлечь для нее значительные риски из-за потенциально большого количества абонентов, которые могут пострадать от нарушения договора энергоснабжения.

В случае непредоставления вещи в безвозмездное пользование, обнаружения недостатков ссудополучателем у такой вещи либо непредоставления информации ссудодателем о правах третьих лиц на вещь ссудополучатель имеет право требовать наряду с расторжением договора ссуды возмещение только реального ущерба (ст. 692).

Возмещение убытков будет представлять собой только реальный ущерб и в случаях, когда одаряемый отказался принять дар у дарителя при условии, что договор дарения заключен в письменной форме. Здесь убытки дарителя выступают не как мера ответственности за неисполнение обязательства (так как обязанности одаряемого принять дар не существует), а как условие осуществления права одаряемого на отказ от дара до его передачи.

Что касается ограничения возмещения только правом требовать его в объеме упущенной выгоды, то законодательство содержит очень немного подобных норм. В качестве примера можно привести норму п. 1 ст. 1022 ГК РФ, согласно которой доверительный управляющий, не проявивший при доверительном управлении имуществом должной заботливости об интересах выгодоприобретателя или учредителя управления, возмещает выгодоприобретателю упущенную выгоду за время доверительного управления имуществом. В данном случае, исходя из содержания отношений доверительного управления, убытки, которые могут возникнуть у выгодоприобретателя, могут быть только в виде упущенной выгоды, так как убытки в виде реального ущерба в указанных случаях понесет учредитель доверительного управления.

Кроме того, в договорах некоторых видов согласно ГК РФ возмещение упущенной выгоды в добавление к возмещению реального ущерба происходит, только если стороны договорятся об этом в договоре. Такими случаями являются возмещение убытков из договоров о выполнении научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ (согласно ст. 777 ГК РФ).

Необходимо отметить, что во всех вышеуказанных случаях закон не предоставляет права сторонам предусмотреть в договоре условие о полном возмещении убытков, которое будет считаться действительным.

Комбинированное ограничение возмещения убытков

Другим видом ограничения взыскиваемых убытков является описанный выше комбинированный способ, при котором происходит ограничение не только объема возмещаемых убытков, но и их размера. Примеры подобного ограничения возмещения убытков можно найти в законодательстве.

Ограничение объема взыскиваемых убытков при комбинированном способе выражается, как правило, в ограничении реальным ущербом как элементом объема убытков. Ограничение размера убытков в рамках комбинированного способа возмещения убытков может иметь различные виды. Например, ограничение может устанавливаться в зависимости от стоимости утраченного или поврежденного имущества, подразумевая полную компенсацию вышеуказанного. Наряду с этим для установления предела возмещаемых убытков может применяться особая расчетная единица. Кроме того, ограничение размера убытков может представлять собой фиксированную сумму, указанную в законе.

Комбинированный способ ограничения взыскиваемых убытков свойствен для отношений перевозки. Одним из примеров ограничения является ст. 170 Кодекса торгового мореплавания (КТМ), ограничивающая ответственность перевозчика за утрату или повреждение принятого для перевозки груза, если род и вид, а также стоимость груза не были объявлены отправителем до погрузки груза и не были внесены в коносамент. В таких случаях возмещение убытков перевозчиком не может превышать 666,67 расчетной единицы за место либо иную единицу

отгрузки либо две расчетные единицы за один килограмм массы брутто утраченного или поврежденного груза в зависимости от того, какая из вышеуказанных сумм выше, если иные, более высокие пределы не предусмотрены соглашением сторон. Норма ст. 170 КТМ, содержащая ограничение возмещения убытков в виде указания на то, что невозможно взыскать убытки свыше определенного размера, является также примером негативного способа ограничения возмещения убытков, рассматриваемого ниже.

Расчетная единица, используемая в данных случаях для расчета убытков, является в соответствии со ст. 11 КТМ единицей специального права заимствования, как она определена Международным валютным фондом. Подобное ограничение, по-видимому, связано с вопросом доказывания, так как если род, вид и стоимость груза не были объявлены, то и определить его достоверную стоимость в случае утраты либо стоимости повреждений представляется затруднительным, если не невозможным. Кроме того, если бы перевозчик был уведомлен о стоимости груза и она была бы значительной, возможно, он бы отказался от его перевозки в связи с нежеланием брать на себя риски возмещения его стоимости при утрате, недостатке или повреждении. Таким образом, ограничение возмещения убытков в ст. 170 КТМ направлено на защиту прав перевозчика от риска возмещения значительной стоимости груза в случае, если перевозчику она не была объявлена.

Кроме вышеуказанных случаев ограничения возмещения убытков, морской перевозчик имеет право заключить соглашение об освобождении от ответственности или ограничении ответственности еще меньшим размером (ст. 175 КТМ). Соглашение может быть заключено с момента принятия груза до его погрузки на судно и после выгрузки груза до его сдачи, а также если в отношении перевозки груза не выдается коносамент и согласованные условия перевозки груза включены в документ, который не является товарораспорядительным документом и содержит отметку об этом. Важно, что род и вид груза, его состояние, сроки перевозки, а также условия, при которых должна осуществляться перевозка груза, должны оправдывать заключение соглашения об ограничении ответственности.

Воздушный кодекс РФ также предусматривает комбинированные способы ограничения возмещаемых убытков. Так, в ст. 119 Воздушного кодекса РФ указана ответственность воздушного перевозчика за утрату, недостачу или повреждение (порчу) багажа, груза, принятых к воздушной перевозке без объявления ценности, в размере их стоимости, но не более 600 руб. за килограмм веса багажа или груза. За утрату, недостачу или повреждение (порчу) вещей, находящихся при пассажире, перевозчик несет ответственность в размере их стоимости, а в случае невозможности ее установления – в размере не более чем 11 тыс. руб. Если же объявлена ценность багажа или груза, то ответственность перевозчика ограничена размером объявленной стоимости. Нормы ст. 119 Воздушного кодекса РФ являются еще одним примером негативного способа ограничения убытков.

Ограничение ответственности перевозчика только размером объявленной ценности груза не вызывает сомнений в ее обоснованности. В то же время ограничение суммы возмещения в случае утраты, недостачи или повреждения груза вышеуказанной суммой, равно как и ограничение возмещения убытков за утрату, недостачу или порчу вещей в ручной клади вызывает ряд вопросов. Во-первых, представляется, что в настоящее время один килограмм груза, перевозимого авиаперевозками, часто имеет стоимость свыше 600 руб. Во-вторых, вещи, которые современные пассажиры обычно берут с собой в ручную кладь (например, мобильные телефоны, портативные компьютеры) часто имеют стоимость более, чем 11 тыс. руб. Таким образом, ограничение ответственности авиаперевозчика может зачастую не соответствовать реальной стоимости вещей (включая багаж или груз), которые могут быть утрачены или повреждены при авиаперевозке.

В то же время согласно ст. 123 Воздушного кодекса РФ возможно заключение соглашения с перевозчиком, предусматривающего более высокие пределы его ответственности. На практике заключение такого соглашения представляется затруднительным, поскольку авиаперевозчики имеют стандартные разработанные договоры перевозки грузов, а подтверждением перевозки пассажира являются авиабилет и багажная квитанция, в

которых повышение ответственности перевозчика, как правило, не отражается.

Устав железнодорожного транспорта РФ, в отличие от вышеуказанных нормативных актов, регулирующих отношения в иных областях транспорта, не содержит ограничений ответственности перевозчика с применением расчетных единиц или же с указанием верхнего предела ответственности в виде определенной денежной суммы. Возмещение убытков при утрате или недостаче груза ограничивается их стоимостью – объявленной стоимостью или стоимостью аналогичных товаров. Более того, любые соглашения перевозчика с грузоотправителями, грузополучателями или пассажирами, имеющие целью ограничить либо устранить ответственность, возложенную на перевозчика, грузоотправителей, грузополучателей или пассажиров, считаются недействительными, если иное не предусмотрено Уставом железнодорожного транспорта РФ.

Что касается возможности предусмотреть комбинированный способ ограничения возмещения убытков в договоре, то подобное ограничение в договорном порядке еще меньшей суммой возмещения убытков, уже ограниченных по законодательству, является возможным. Например, ст. 1290 ГК РФ предусматривает, что ответственность автора по договору об отчуждении исключительного права на произведение и по лицензионному договору ограничена суммой реального ущерба, причиненного другой стороне, если договором не предусмотрен меньший размер ответственности автора. Представляется, что и в иных случаях ограничение договором возмещаемых убытков, которые уже ограничены в той или иной степени в силу нормы законодательства, является допустимым².

Позитивное и негативное ограничение возмещения убытков

Классификация способов ограничения возмещения убытков на позитивный и негативный, как нам представляется, является дополнительной к основной классификации и связана с форму-

² См.: постановление Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа от 6 мая 2008 г. по делу № А56-27240/2007 и др.

лировкой ограничения возмещения убытков в законе или в договоре.

Примерами позитивного способа ограничения возмещения убытков являются нормы, ограничивающие объем возмещаемых убытков только реальным ущербом, в случаях сделки, совершенной под влиянием заблуждения (ст. 178 ГК РФ), кабальной сделки (ст. 179 ГК РФ), возмещения убытков лицу, действовавшему в чужом интересе, за счет такого лица (ст. 984 ГК РФ), нарушения договора энергоснабжения (ст. 547 ГК РФ) и в других случаях. Комбинированный способ возмещения убытков, содержащий указание на конкретный размер, будь то денежная сумма или такая формулировка, как «утраченное или поврежденное имущество», в пределах которого должны возмещаться убытки, также представляет собой позитивный способ ограничения возмещения убытков. В целом большинство способов ограничения возмещения убытков в гражданском законодательстве представляют собой позитивный способ ограничения возмещения убытков.

Что касается негативного способа ограничения возмещения убытков, то он выражается в указании в законе или договоре на тот элемент объема убытков или на тот размер убытков в рамках комбинированного способа ограничения возмещения убытков, свыше которого убытки взыскать невозможно. Примерами негативного способа ограничения размера возмещаемых убытков являются приведенные выше нормы ст. 170 КТМ, ст. 119 Воздушного кодекса РФ и иные.

В целом применение негативного способа возмещения убытков в законодательстве более характерно при комбинированном способе ограничения размера возмещаемых убытков. В договоре стороны могут по своему усмотрению договориться об использовании как позитивного, так и негативного способа ограничения возмещения убытков.

Таким образом, возмещение убытков может быть ограничено в законодательных актах или в договорном порядке двумя способами: как в отношении объема возмещаемых убытков, так и комбинированным способом, означающим ограничение и объема возмещаемых убытков, и их размера. В нормах права или в

соответствующих условиях договора ограничение может устанавливаться позитивно или негативно.

В большинстве случаев ограничение возмещения убытков только реальным ущербом или только упущенной выгодой или же комбинированное ограничение возмещения убытков является обоснованным и не вызывает сомнений в правомерности, так как связано с определенной спецификой регулируемых отношений. Наряду с этим выше были рассмотрены случаи комбинированного ограничения убытков, в частности, в положениях Воздушного кодекса РФ, при которых верхние пределы возможного возмещения убытков могут быть охарактеризованы как заниженные по сравнению с реальным ущербом, который может возникнуть у потерпевшей стороны. Для обеспечения оптимального баланса участников гражданских отношений представляется необходимым привести отдельные нормы, которые содержат ограничения возмещения убытков, не отвечающие интересам участников гражданско-правовых отношений, в соответствии с потребностями современного правового регулирования.

Д.В. Гук

ПОНЯТИЕ И ВИДЫ ЗАВЕЩАТЕЛЬНЫХ РАСПОРЯЖЕНИЙ*

В части третьей ГК РФ впервые за всю историю наследственного права отдано приоритетное значение наследованию по завещанию, что определяется в ст. 1111 ГК РФ, указывающей, что «наследование по закону имеет место поскольку, поскольку оно не изменено завещанием...». Законодатель сделал это с целью подчеркнуть главенствующее значение наследования по завещанию в числе оснований наследования¹. Таким образом, выдвигание наследования по завещанию на первое место в тексте закона стало «...прямым следствием как расширения

* Статья рекомендована к печати доктором юридических наук Л.В.Санниковой.

¹Гражданское право: Учебник: В 3 т. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2004. Т. 3. С. 614.

самого круга объектов наследственного преемства, то есть объектов частной собственности граждан, так и возможностей распоряжения находящимся в частной собственности имуществом...»². При этом законодателем расширен перечень завещательных распоряжений, с помощью которых наследодатель может распределить свое имущество после своей кончины.

Однако вызывает удивление тот факт, что не только исследователи наследственного права, но и практикующие юристы не уделяют должного внимания разграничению понятий «завещание» и «завещательное распоряжение». Ни в теоретических работах, ни в практических комментариях к действующему законодательству завещательное распоряжение не рассматривается как отдельная правовая категория.

Анализ норм части третьей ГК РФ дает возможность предположить, что завещательное распоряжение является составной частью завещания. В частности это подтверждается положениями п. 4 ст. 1118 ГК РФ: «В завещании могут содержаться *распоряжения...*»; а также положениями ст. 1119 ГК РФ. Указанные нормы, раскрывая принцип свободы завещания, дают перечень распоряжений, которые могут быть включены в завещание: «Завещатель вправе по своему усмотрению завещать имущество любым лицам, любым образом определить доли наследников в наследстве, лишить наследства одного, нескольких или всех наследников по закону, не указывая причин такого лишения, а также включить в завещание иные *распоряжения*, предусмотренные правилами настоящего кодекса о наследовании». В пользу выдвинутого предположения говорят положения п. 2 ст. 1130 ГК РФ, определяющие, что «завещатель вправе посредством нового завещания отменить прежнее завещание в целом либо изменить его посредством отмены или изменения отдельных содержащихся в нем завещательных *распоряжений*», и нормы п. 4 ст. 1131 ГК РФ, указывающие, что недействительным может быть как завещание в целом, так и отдельные содержащиеся в нем *завещательные распоряжения*.

² Суханов Е.А. О третьей части Гражданского кодекса Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. 2002. № 3. С. 74.

Юристы-правоведы, как правило, не выделяют «завещательное распоряжение» в отдельную правовую категорию и смешивают его с понятием «завещание», хотя в то же время приравнивают отдельные распоряжения на случай смерти к понятию «завещательное распоряжение». Так, в частности, К.Б. Ярошенко, комментируя ст. 534 ГК РСФСР, указывает: «*Завещательное распоряжение* относится к числу сделок, которые носят личный характер»³, а в комментарии к ст. 539 ГК РСФСР она же пишет: «*Специальное завещательное распоряжение*, предусматривающее обязанность наследника совершить какое-либо действие для общепольной цели, именуется «возложением»⁴.

Но ведь законодатель в тексте ГК РФ непосредственно акт выражения воли или документ, в который облечена последняя воля человека относительно распределения принадлежащего ему имущества, называет строго завещанием, в то время как все остальные пожелания наследодателя именуется просто распоряжениями и только в п. 2 ст. 1130, п. 4 ст. 1131 говорится о содержащихся в завещании «завещательных распоряжениях».

Таким образом, можно сделать вывод, что юридическая доктрина и действующее законодательство придерживаются мнения, что понятие «завещание» шире понятия «завещательное распоряжение», и это обусловлено тем, что завещание может содержать в своем тексте несколько завещательных распоряжений, каждое из которых, как правило, выражает конкретное пожелание завещателя относительно порядка или характера распоряжения принадлежащим ему имуществом на случай своей смерти.

Перечень завещательных распоряжений, включение которых в завещание возможно по действующему ГК РФ, определен в ст. 1119 ГК РФ. Однако в теории помимо установленных законом завещательных распоряжений рассматриваются и не предусмотренные нормативными правовыми актами указания наследодателя. Данное отступление от положений закона осно-

³ Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР / Под ред. С.Н. Братуся, О.Н. Садикова. – М., 1982. С. 639.

⁴ Там же. С. 644.

вано на отсутствии единого мнения по вопросу классификации распоряжений, включаемых в завещания.

Многие исследователи предлагают делить распоряжения, которые завещатель может включить в завещание, на две группы: распоряжения неправового фидуциарного (доверительного) характера⁵ и основное содержание (существенные пункты) завещания или непосредственно завещательные распоряжения.

К фидуциарным распоряжениям они относят пожелания завещателя о месте и способе захоронения, о назначении определенных лиц опекунами несовершеннолетних детей завещателя, о возложении обязанностей погасить долги завещателя на лицо, не получающее никакого имущества в порядке наследования ни по закону, ни по завещанию⁶. П.С. Никитюк указывает, что распоряжения такого рода, будучи актом, не порождающим права и обязанности, не являются завещательными в правовом смысле слова, они носят рекомендательный характер, несоблюдение подобного рода распоряжений не влечет неблагоприятных правовых последствий для наследников⁷, так как не обеспечивается принудительной силой закона. К существенным пунктам, соответственно, относятся все основные распоряжения наследодателя о порядке распределения имущества.

Так, согласно положениям действующего ГК РФ ко второй группе распоряжений возможно отнести следующие установления:

1) определение любым образом (без каких бы то ни было объяснений) доли наследников в наследстве, в том числе установив разные размеры долей наследников;

2) совершение завещания в пользу одного или нескольких лиц, как входящих, так и не входящих в круг наследников по закону;

⁵ См., например: *Никифоров А.В.* Правовое регулирование наследования по завещанию в Российской Федерации: Автореф. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 22; *Барцевский М.Ю.* Правовое регулирование наследования по завещанию в СССР: дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1984. С. 63.

⁶ См.: *Барцевский М.Ю.* Указ. соч. С. 63.

⁷ См.: *Никитюк П.С.* Наследственное право и наследственный процесс. Кишинев, 1973. С. 139.

3) лишение наследства одного, нескольких или всех наследников по закону, не указывая причин такого лишения;

4) подназначение наследника как наследнику по завещанию, так и наследнику по закону;

5) назначение исполнителя своей воли, выраженной в завещании (душеприказчика);

6) возложение на одного или нескольких наследников по завещанию или по закону исполнение за счет наследства обязанности имущественного характера в пользу одного или нескольких лиц – отказополучателей (завещательный отказ);

7) возложение на наследника (наследников) по закону или завещанию обязанности совершить какое-либо действие имущественного или неимущественного характера, направленное на осуществление общепользуемой цели (возложение);

8) «прощение» своих недостойных наследников путем назначения их наследниками после утраты ими права наследования как недостойными.

Помимо такого рода завещательных распоряжений, в завещаниях могут встречаться распоряжения, носящие характер совета, наставления своим потомкам.

В настоящее время анализ действующих норм части третьей ГК РФ и Основ законодательства о нотариате⁸ дает основание утверждать, что завещательное распоряжение – это распоряжение гражданина относительно имущества на случай смерти, и нормы права не предусматривают возможность включения в завещание фидуциарных (неправовых) распоряжений. А.В. Никифоров предлагает рассматривать завещание, содержащее только доверительные распоряжения, в качестве своеобразной духовной памяти наследодателя⁹.

Как свидетельствует практика, нотариусы отказываются удостоверить завещания, содержащие такого рода распоряжения. Но нельзя забывать, что, несмотря на четкую позицию законодателя, включение «духовной памяти» в завещание возможно путем оставления закрытого завещания ввиду невоз-

⁸ Российская газета. 1993. 13 марта.

⁹ См.: *Никифоров А.В.* Правовое регулирование наследования по завещанию в Российской Федерации Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 22.

возможности нотариуса ознакомиться с его содержанием и провести его правовую экспертизу и при составлении завещания в чрезвычайных обстоятельствах. Помимо этого, отступление от норм закона путем установления фидуциарных распоряжений в реальной жизни возможно при удостоверении завещаний должностными лицами, которым такое право предоставлено законом.

Практика показывает, что наиболее частым распоряжением неимущественного характера, пожелания о включении которого высказываются завещателями, является определение порядка захоронения и увековечения памяти. При этом представляется ошибочной точка зрения Ю.К. Толстого об исключении такого распоряжения из числа фидуциарных. Ссылаясь на ст. 1174 ГК РФ Ю.К. Толстой относит это распоряжение к числу основных, регулируемых законодательством, завещательных распоряжений¹⁰. Возможность включения в завещания распоряжений относительно порядка захоронения допускает и Т.В. Зайцева¹¹, которая, как и некоторые другие авторы, считает такого рода распоряжения вариантом завещательного отказа¹². Такой подход является необоснованным и не соответствующим законодательству, поскольку указание похоронить себя определенным образом, даже при выделении на это конкретной суммы денег, не является ни завещательным отказом (отсутствует фигура отказополучателя), ни завещательным возложением (нет общественно полезного характера), следовательно, включение в завещания таких распоряжений ГК РФ не допускает. Законодатель попытался предоставить гражданам право выразить свое желание относительно порядка своего погребения в ст. 5 Федерального закона «О погребении и похоронном деле»¹³, согласно положениям которой любому лицу дается право выразить свое волеизъявление о достойном отношении к его телу после смерти

¹⁰ Гражданское право: Учебник: В 3 т. / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2004. Т. 3. С. 700.

¹¹ Зайцева Т.В. Образцы нотариальных документов: Практическое пособие. М., 2005. С. 48.

¹² Ракина Л.Н., Можяева О.А. Нотариальное удостоверение завещаний. М., 2009. С. 56.

¹³ Федеральный закон от 12 января 1996 г. № 8-ФЗ «О погребении и похоронном деле» // Российская газета. № 12. 1996. 20 янв.

в устной форме в присутствии свидетелей или в письменной форме, в том числе: о согласии или несогласии быть подвергнутым патолого-анатомическому вскрытию; о согласии или несогласии на изъятие органов и (или) тканей из его тела; быть погребенным на том или ином месте, по тем или иным обычаям или традициям, рядом с теми или иными ранее умершими; быть подвергнутым кремации; о доверии исполнить свое волеизъявление тому или иному лицу, но не путем включения в завещание, а посредством составления отдельного документа. Данная попытка законодателя вызывает недоумение и не только вследствие того, что правовой механизм реализации последней воли гражданина относительно увековечения своей памяти разработан не был, но и ввиду того, что законодательством не предусматривается никаких мер ответственности за неисполнение пожеланий умершего, и тем более это никоим образом не привязано к порядку призвания к наследованию. Такого рода распоряжения представляют собой пример учредительного определения (модуса).

Так, в практике работы автора в качестве помощника нотариуса был следующий случай: в нотариальную контору обратился гражданин Л. с просьбой удостоверить завещание и включить в него распоряжение, обязывающее наследников соблюсти определенный порядок его захоронения. Нотариусом было ему отказано в совершении такого действия, но было предложено составить заявление с включением его пожеланий относительно порядка погребения, нотариусом также было разъяснено гражданину Л., что данное пожелание не является обязательным для наследников. В результате гражданин Л. составил документ следующего содержания: «Я, гражданин Л., настоящим заявлением выражаю свое желание и согласие быть кремированным, и чтобы мой прах был развеян в водах священной реки Ганг».

Другие неимущественные распоряжения, предусмотренные положениями части четвертой ГК РФ, выражаются в возможности автора произведения своим завещанием запретить обнародовать свое произведение (ст. 1268 ГК РФ); назвать лицо, на которое он возлагает охрану авторства, имени автора и неприкосновенности произведения после своей смерти в порядке, преду-

смотренном для назначения исполнителя завещания (ч. 2 ст. 1267 ГК РФ)¹⁴.

Составителями завещаний часто высказываются пожелания о назначении опекуна своим несовершеннолетним детям. Однако гражданское законодательство Российской Федерации обходило этот вопрос стороной, отдавая его на откуп органам опеки и попечительства, и только недавно законодатель предоставил право единственному родителю право выбора опекуна своему несовершеннолетнему ребенку в случае своей смерти. Так, п. 2 ст. 13 Федерального закона от 24 апреля 2008 г. № 48-ФЗ «Об опеке и попечительстве» определяет, что единственный родитель несовершеннолетнего ребенка вправе определить на случай своей смерти опекуна или попечителя ребенку. Соответствующее распоряжение родитель может сделать в заявлении, поданном в орган опеки и попечительства по месту жительства ребенка. Заявление родителя об определении на случай своей смерти ребенку опекуна или попечителя должно быть собственноручно подписано родителем с указанием даты составления этого заявления, при этом подпись должна быть удостоверена в установленном законом порядке. Таким образом, данное установление выведено современным законодателем за рамки завещания, что объясняется стремлением соблюсти волю единственного родителя, так как в случае его смерти судьба ребенка будет определяться органами опеки и попечительства по месту его жительства; именно этим объясняется необходимость довести прежде всего до их ведома желание умершего родителя посредством хранения в них заявления с указанием лица опекуна. Если данное распоряжение будет включено в завещание, то в случае смерти родителя, который никому не сообщил о наличии у него завещания, никто никогда не узнает об этом, в том числе относительно кандидатуры опекуна, так как нотариус, у которого хранится завещание, узнает о смерти завещателя только в момент предъявления ему свидетельства о смерти. Статья 13 указанного Закона императивно устанавливает возможность назна-

¹⁴ См.: *Осинцева И.В.* Интеллектуальная собственность. Часть четвертая Гражданского кодекса Российской Федерации // *Нотариальный вестник*. № 3. 2009. С. 27–28.

чения опекуна только посредством составления заявления, которое, в свою очередь, может быть удостоверено нотариально. Отсюда возникает вопрос: будет ли действительным пожелание завещателя в данной области, если оно будет включено в завещание? Представляется допустимым положительный ответ на этот вопрос. Так как воля умершего, касающаяся судьбы его ребенка, не должна зависеть от такого рода формальностей. Так, германское право прямо предусматривает возможность включения в завещание положений об опекуне над ребенком. Согласно § 1776–1777 Германского гражданского уложения родитель может указать в завещании опекуна своего ребенка на случай своей смерти, при этом, если отец и мать предложили разных лиц, то силу имеет указание родителя, умершего позднее. Однако более предусмотрительными выглядят нормы французского Гражданского кодекса, в частности ст. 397–398, предоставляющие право выбрать опекуна из родственников или посторонних лиц родителю, умершему последним, если он до дня своей смерти осуществлял законное управление или опекунство. Это право может быть осуществлено лишь в форме завещания или специального заявления перед нотариусом. Данные положения целесообразно привести и в наше законодательство.

Исходя из вышеизложенного, возникает необходимость дополнить ст. 1119 ГК РФ следующими положениями:

«Пункт 3. Завещатель вправе выразить свое желание относительно порядка своего погребения посредством включения в завещание распоряжения о достойном отношении к его телу после смерти, в том числе: о согласии или несогласии быть подвергнутым патолого-анатомическому вскрытию; о согласии или несогласии на изъятие органов и (или) тканей из его тела; быть погребенным на том или ином месте, по тем или иным обычаям или традициям, рядом с теми или иными ранее умершими; быть подвергнутым кремации; о доверии исполнить свое волеизъявление тому или иному лицу.

Действия по достойному отношению к телу умершего должны осуществлять наследники или назначенный завещателем исполнитель завещания в полном соответствии с волеизъявлением умершего, если не возникнут обстоятельства, при ко-

торых исполнение волеизъявления умершего невозможно, если иное не установлено законодательством Российской Федерации.

Право требовать исполнения установленных обязанностей наследника принадлежит исполнителю завещания, каждому из сонаследников, а также лицам, к которым перешло бы завещанное наследство, если бы завещания не существовало.

Пункт 4. Родители ребенка вправе выбрать на случай своей смерти опекуна своему несовершеннолетнему ребенку посредством включения такого распоряжения в завещание или составление отдельного заявления, хранящегося в органах опеки и попечительства по месту жительства ребенка. В случае, если матерью и отцом ребенка указываются разные лица в качестве опекуна, силу имеет распоряжение родителя, умершего позднее».

Исходя из изложенного, завещательное распоряжение можно определить как правовую форму, в которую облекаются конкретные пожелания завещателя на случай смерти, носящие имущественный или неимущественный характер, направленные на распоряжение конкретным имуществом или касающиеся конкретного наследника, так и на возложение на наследника какой-либо обязанности имущественного или неимущественного характера. В то время как завещание является формой, в которую гражданин облекает свои завещательные распоряжения, то есть документом.

*Ю.М. Федорова**

ПОНЯТИЙНЫЙ АППАРАТ НАУКИ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОГО ПРАВА

В современной юридической литературе широко дискутируются проблемы образовательного права. До завершения этой дискуссии должна быть выработана приемлемая для специалистов разных отраслей система понятий. Пока же образователь-

* Соискатель кафедры гражданского права юридического института Томского государственного университета.

ное право как правовой феномен еще только формируется, свидетельством чего является многообразие мнений по основополагающим вопросам, и прежде всего о понятии образовательного права, его квалификации и месте в системе правовых конструкций, таких как «система права» и «система законодательства».

Вопросы деления правовой материи на отдельные отрасли и институты активно обсуждались еще в 50–60-х гг. прошлого столетия. Журналом «Советское государство и право» была организована широкая научная дискуссия, главный вопрос которой был связан с критериями выделения отраслей права и, как следствие, с существованием (несуществованием) таких отраслей, как хозяйственное право, прокурорский надзор, исправительно-трудовое право. Большинство ученых считали, что основным критерием является предмет правового регулирования¹, тем самым подтвердив выводы дореволюционных авторов². Ни одна из вышеперечисленных совокупностей норм, претендовавших тогда на статус отрасли права, не имела однородного предмета регулирования. Однако сторонников их выделения в самостоятельную отрасль это не убедило, и до настоящего времени ведется спор о понятии и квалификации хозяйственного права, коммерческого, предпринимательского, а также «медицинского права»³ и, наконец, более всего интересующего нас образовательного права.

Вторая волна интереса к теории и методологии права⁴ обусловлена, к сожалению, попытками не углубить научную разра-

¹ Первым предложил использовать именно этот критерий М.А. Аржанов. См. об этом: *Реутов В.П.* Функциональная природа системы права. Пермь, 2002. С. 106.

² Например, Д.И. Мейер, не делая акцент на самом термине «предмет», чаще называл его «содержанием» гражданского права, считал его «чертой, отделяющей гражданское право от других частей права» (*Мейер Д.И.* Русское гражданское право. М., 2003. С. 40–41).

³ Существование «медицинского права» как самостоятельной отрасли права обосновывает, в частности, А.А. Мохов. См.: *Мохов А.А.* Сочетание частных и публичных интересов при правовом регулировании медицинской деятельности. СПб., 2003. С. 212.

⁴ См., например: *Матузов М.Н.* Актуальные проблемы теории права. Саратов, 2004. С. 68.

ботку теоретических категорий, а в большинстве своем обосновать самостоятельность той или иной совокупности правовых норм. Как считает Е.А. Суханов, сторонники указанной концепции «попросту не знакомы с проблематикой систематизации отраслей права»⁵ и не считаются с достижениями науки теории права.

Теоретики права и административисты, напротив, настаивают на том, что в системе права уже сформировалось или, по крайней мере, формируется образовательное право как отрасль. Главным разработчиком «концепции образовательного права» является В.М. Сырых. Обосновывая свою позицию, он предпринял попытку выявить самостоятельный предмет и метод правового регулирования, а также его принципы, кроме того, разработал концепцию Кодекса об образовании, который необходим, по его мнению, для завершения формирования «образовательного права». Не имея ничего против принципов «образовательного права», следует, однако, заметить, что в основе любой отрасли права должен лежать самостоятельный, присущий только данной отрасли предмет, а также метод правового регулирования. Что касается наличия кодифицированного акта, то, по нашему мнению, эти вопросы лежат в разных плоскостях. Кодификация – это систематизация законодательства, а законодательство, в свою очередь, – это система нормативных актов, т.е. документов, содержащих нормы права, входящих в ту или иную отрасль права. Являясь внешней формой, «оболочкой» права, кодексы не могут подтверждать наличие или отсутствие правовой отрасли, они лишь свидетельствуют о повышенном внимании законодателя к соответствующей области общественных отношений. Подтверждением этому служит наличие многих кодифицированных актов, содержащих в себе значительное число норм различных отраслей права и не составляющих единую отрасль (например, Воздушный, Лесной, Жилищный кодексы РФ).

Для опровержения идеи наличия «образовательного права» достаточно остановиться на предмете правового регулирования, который должна иметь любая самостоятельная отрасль права.

⁵ Суханов Е.А. Осторожно: гражданско-правовые конструкции // Законодательство. 2003. № 9. С. 60–65.

Концепция «образовательного права» не выдерживает критики даже по этому критерию.

Говоря о предмете «образовательного права», В.М. Сырых указывает, что им являются образовательные правоотношения⁶, которые обладают спецификой, позволяющей выделить их в ряду других отношений. При этом указанной спецификой обладает каждый элемент образовательного отношения: объект, субъект и содержание. В первую очередь обращает на себя внимание отождествление автором отношений и правоотношений. Между тем предметом отрасли являются, как известно, общественные отношения.

Объектом образовательного правоотношения В.М. Сырых называет духовные блага в виде знаний, навыков и умений⁷. Прежде чем говорить об особенностях объекта, хотелось бы отметить, что знания, навыки и умения, тем более возникшие у обучающегося, вообще не могут рассматриваться в качестве объекта правоотношения, так как им является деятельность образовательного учреждения по формированию знаний, навыков и умений. Поскольку названный автор не акцентирует внимание на отличии отношений в сфере, например, начального общего и высшего профессионального образования, позволим себе рассматривать данную проблему преимущественно с интересующей нас точки зрения – высшего профессионального образования. Итак, особенность объекта образовательных отношений В.М. Сырых видит в том, что он не может определяться соглашением сторон, так как обязательный минимум содержания образования устанавливается государственным образовательным стандартом. По поводу этой «особенности» хотелось бы сказать следующее. Во-первых, негосударственные образовательные учреждения могут и не пользоваться государственными образовательными стандартами и выдавать диплом негосударственного образца, и, тем не менее, не вызывает сомнений, что в стенах такого вуза тоже идет образовательный процесс; во-вторых, сам автор пишет, что государственным образовательным стандартом

⁶ См.: *Сырых В.М.* Образовательное право как отрасль российского права. 2-е изд. М., 2000. С. 10.

⁷ См.: там же. С. 11.

предусматривается только минимум содержания, т.е. только федеральный компонент, а ведь есть еще региональный, содержание которого может формироваться в том числе и при участии обучающихся; в-третьих, государство предъявляет определенные требования не только к уровню образования, но и ко многим иным сферам, например строительство, где действует множество СНиПов. Таким образом, никакой специфики в указанном элементе правоотношения нет, более того, то, на что указывает В.М. Сырых как на специфику правоотношения, т.е. на установление определенного минимума, определенного качества, является, по нашему мнению, характерной чертой для многих отношений. Далее В.М. Сырых пишет: «Объект образовательных отношений – это не любые знания, навыки, умения, приобретенные в процессе обучения, а такие, уровень которых соответствует государственному образовательному стандарту, что подтверждается итоговой аттестацией обучающихся и удостоверяется соответствующим документом»⁸.

Этот тезис вызывает недоумение – изначально целью, скорее всего, и будет приобретение именно таких навыков (если опять-таки речь не идет о негосударственном учебном заведении), но ведь результат не всегда ожидаем. Следуя логике В.М. Сырых, если в процессе обучения положительный эффект не будет достигнут, студент не сможет подтвердить приобретенные им навыки на итоговой аттестации, придется констатировать, что это были не образовательные отношения. Узнать, были ли эти отношения образовательными или нет, можно только на финальной стадии, когда такое знание уже теряет смысл. Возникает вопрос: если не образовательные, то какие? Ведь автор утверждает, что это ни в коем случае не гражданские и никак не административные отношения.

«Специфика» обнаруживается В.М. Сырых в таком элементе правоотношения, как субъект. Субъектами, по его мнению, являются «обучающийся, педагогические работники и иные работники образовательных учреждений»⁹. Само образовательное

⁸ *Сырых В.М.* Образовательное право как отрасль российского права. С. 12.

⁹ Там же. С. 13.

учреждение автор упоминает только потом, но оставляет без ответа, что это за «иные работники образовательных учреждений».

Специфика субъектов, по его мнению, заключается в том, что в образовательных правоотношениях дееспособность у субъекта появляется значительно раньше, буквально с младенчества. Кроме того, недееспособные в других отраслях права в образовательном праве обладают полной дееспособностью. «Признание несовершеннолетних обучающихся субъектами, имеющими ограниченную дееспособность в образовательных отношениях, означало бы, что их недостающую правоспособность должны восполнять родители или законные представители, как это имеет место в гражданском праве». И далее: «Может быть, родители или законные представители должны участвовать в образовательном процессе и усваивать образовательную программу, которую не в состоянии усвоить их дети (опекаемые)?»¹⁰ Приведенное высказывание свидетельствует о том, что автор, вероятно, не видит принципиальной разницы между право- и дееспособностью, а также между действиями, индифферентными праву, объединяя все под дееспособностью. Однако в доктрине нельзя игнорировать наличие легальных дефиниций. В теории права общепризнано, что дееспособность – это предусмотренная нормами права способность и юридическая возможность лица своими действиями приобретать и осуществлять права и обязанности, что соответствует легальному определению дееспособности, закрепленному в ст. 21 ГК РФ. Таким образом, понятием «дееспособность» охватываются только те действия, которые имеют юридическое значение. Освоение программы определенного уровня образования никак нельзя отнести к элементу дееспособности. Право на образование является элементом правового статуса личности наряду с дееспособностью, и соответственно действия, направленные на обучение, являются актом реализации конституционного права на образование.

¹⁰ Сырых В.М. Концептуальные основы кодификации законодательства об образовании // Проблемы и перспективы законодательства об образовании и его кодификации. Материалы VI Международной научно-практической конференции. Москва, 11–12 октября 2001 г. / Отв. ред. А.Я. Капустин, В.В. Еремян. М., 2002. С. 39.

Действия по освоению знаний, навыков, умений, на наш взгляд, лежат за пределами права. В сферу его регулирования входит лишь форма (способ) приобретения этих знаний, и то не любая, и при условии, что знания приобретаются с привлечением третьих лиц – репетиторов, учебных заведений, а затраты лица, привлеченного для обучения, компенсируются либо за счет обучающегося, либо за счет государства.

Специфика В.М. Сырых обнаруживается и в содержании «образовательного правоотношения». Заключается она, с его точки зрения, в том, что получатель услуги реализует свое субъективное право путем как своих активных действий, так и действий другой стороны. Вряд ли это можно считать спецификой – такое положение дел характерно для многих обязательств об оказании услуг, например медицинских (если пациент не будет посещать назначенные ему процедуры, соблюдать диету, т.е. не будет всячески способствовать своему выздоровлению, то оно, вероятнее всего, и не наступит, какие бы действия ни предпринимал врач).

Специфика, по мнению В.М. Сырых, заключается и в способах «исполнения обязательств». При этом он, пытаясь отграничить указанные отношения от гражданско-правовых, пользуется гражданско-правовой терминологией. Обязательством, как известно, называется имущественное, гражданско-правовое отношение, а не любое правоотношение. Оно опосредует товарное перемещение материальных благ на основе юридического равенства сторон. Самостоятельная отрасль права должна обладать «собственными категориями и понятиями, а также инструментарием для исследований, отвечающим именно их специфике»¹¹.

Наконец, В.М. Сырых обращает внимание на систему юридических фактов: «Если в гражданском, трудовом, семейном и других отраслях права правоотношения возникают по обоюдному согласию сторон или, по крайней мере, по желанию одной стороны, то значительная часть образовательных отношений может возникать и существовать, на основании действующего закона и

¹¹ Суханов Е.А. Указ. соч. С. 60–65.

без явно выраженной воли сторон»¹². Следует, однако, заметить, что, во-первых, какие-либо юридические факты необходимы только для возникновения правоотношения. Во-вторых, процитированное рассуждение наводит на мысль о том, что автор не различает формулировки «на основании» и «в силу». Любое правоотношение возникает на основании закона. Однако из текста видно, что автор имеет в виду не «на основании», а именно «в силу закона». Об этом свидетельствует то, что он противопоставляет соглашение закону. Юридический факт – это факт реальной действительности, с которым закон связывает наступление правовых последствий. Следовательно, сам закон юридическим фактом не является, он лишь предусматривает обстоятельства, имеющие значение юридического факта. Кроме того, даже в гражданском праве договор не является единственным основанием возникновения правоотношений. Так, в ст. 8 ГК РФ перечислены основания, в числе которых названы акты государственных органов, судебное решение, причинение вреда. Кроме того, перечень, предусмотренный данной статьей, не является исчерпывающим. Правоотношения в сфере образования возникают не в силу действующего закона, а на основании сложного фактического состава, закрепленного в законе. К сложному фактическому составу, необходимому для возникновения указанного правоотношения, относятся такие обстоятельства, как достижение определенного возраста, наличие образования предыдущего уровня и др. Конкретный фактический состав определяется видом правоотношения.

После перечисления всех особенностей «образовательных правоотношений» В.М. Сырых предлагает «полностью исключить попытки отрицать наличие особого предмета... и распространять на эти отношения нормы гражданского права»¹³. Возникает вопрос: какими нормами должны регулироваться отношения из договора платных образовательных услуг, если не гражданско-правовыми? На этот вопрос автор ответа не дает.

¹² Сырых В.М. Образовательное право как отрасль российского права. С. 18.

¹³ Сырых В.М. Концептуальные основы кодификации законодательства об образовании. С. 49.

Кроме того, В.М. Сырых усматривает невозможность распространения действия Закона «О защите прав потребителей» на образовательные отношения, так как студент не является потребителем, поскольку получает образование не только для себя, но и в интересах общества; его целью является извлечение прибыли в будущем¹⁴. По справедливому замечанию Е.А. Суханова, не «мифические цивилисты» включают образование в предмет гражданского права, а сам В.М. Сырых¹⁵.

Представляется, что перечисленного выше достаточно для того, чтобы убедиться в отсутствии специфичного предмета и соответственно самостоятельной отрасли образовательного права. Однако у В.М. Сырых есть последователи. Например, Е.А. Киримова также говорит о специфике образовательных отношений, но с некоторой незначительной модификацией¹⁶. На необходимость обособления образовательного права в самостоятельную отрасль права указывает Ю.А. Тихомиров¹⁷.

Отдельного внимания заслуживает точка зрения В.И. Шкаутллы. По его мнению, образовательное право является комплексной отраслью права, включающей нормы различных отраслей, при этом указанные нормы одновременно остаются и в своих отраслях права¹⁸. С точки зрения этого автора, образовательное право составляют нормы различных отраслей права¹⁹.

¹⁴ См.: *Сырых В.М.* Концептуальные основы кодификации законодательства об образовании. С. 44.

¹⁵ См.: *Суханов Е.А.* О концепции кодекса об образовании и самостоятельного «образовательного права» // Проблемы и перспективы законодательства об образовании и его кодификации: Материалы VI Международной научно-практической конференции. Москва, 11–12 октября 2001 г. С. 73.

¹⁶ См.: *Киримова Е.А.* Об образовательном праве // *Право и образование.* 2005. № 4. С. 17–22.

¹⁷ См.: *Зенков В.Н.* Проблемы правового обеспечения публичных и частных интересов в образовании. Обзор научно-практической конференции // *Журнал российского права.* 2007. № 5.

¹⁸ См.: *Шкаутлла В.И.* Образовательное право: Учебник для вузов. М., 2001. С.5. Такого же мнения придерживается Ю.М. Федорова. См.: *Федорова Ю.М.* Образовательное право: Учеб. пособие для вузов. М., 2003. С. 15.

¹⁹ См.: там же. С. 8.

О комплексных отраслях права говорил В.К. Райхер. В частности, он писал: «Закономерно наличие таких областей права, которые наряду с моментом разнородности своего нормативного содержания отличаются и моментом некоторого, притом предметного, единства. Такая область имеет самостоятельный, комплексный характер»²⁰. Выделяя предмет по другому признаку, можно получить отрасли права, которые являются комплексными по отношению к основным, если учитывать предмет основных отраслей, и обладают однородностью, если учитывать другой критерий выделения предмета. Таким образом, возможно существование нескольких измерений отраслей права. Однако при этом подчеркивалось, что предмет, каков бы ни был критерий его обособления, должен обладать однородностью²¹. Не говоря уже о том, что существование комплексных отраслей права далеко не бесспорно, положительное решение все равно не снимает проблемы.

В.И. Шкатулла включает в предмет «образовательного права» педагогические, конституционные, трудовые, управленческие, имущественные, социальные, земельные, финансовые, семейные и другие отношения²². Очевидно, что о предметном единстве не может быть и речи.

По нашему мнению, «образовательное право» можно рассматривать исключительно в качестве отрасли законодательства, поскольку в нее входят нормы разной отраслевой принадлежности – комплексной отрасли законодательства. Система права и система законодательства опираются на разные основания. Элементом системы права является норма права, элементом системы законодательства – нормативный правовой акт, в котором закрепляются эти нормы права. Следовательно, система законодательства основана на системе права, но, будучи лишь ее внешним отражением, может не совпадать с последней. Как указывал Р.З. Лившиц, в построении системы права преобладает объективный научный элемент, тогда как в системе законодательства – решение

²⁰ Райхер В.К. Общественно-исторические типы страхования. Л., 1947. С. 189.

²¹ См.: Там же. С. 190.

²² См.: Шкатулла В.И. Указ. соч. С. 21.

законодателя, которое может обуславливаться различными причинами²³. Нормативный массив, регулирующий отношения в сфере образования, объединяет нормы различной отраслевой принадлежности и составляет отрасль образовательного законодательства.

К такому же выводу приходят в своих исследованиях такие ученые, как В.В. Кванина, А.Н. Козырин и др.²⁴

Итак, образовательное право является не отраслью права, а отраслью законодательства, состоящей из норм различной отраслевой принадлежности, в которое входят и нормы гражданского права. К ним относятся нормы о статусе вуза как юридического лица, о его деятельности, приносящей прибыль, об образовательном договоре и др. Поскольку речь идет об отрасли законодательства, нормы гражданского права находятся там вполне обоснованно.

Следующий по важности теоретический вопрос связан с понятием так называемого образовательного правоотношения. Эта проблема была обстоятельно исследована В.В. Спасской²⁵. Однако не со всеми принципиальными выводами можно безоговорочно согласиться именно потому, что они имеют иную исходную направленность – теоретико-правовую, неприменимую с позиций цивилистики. Прежде всего имеется в виду многообразие гражданско-правовых форм (конструкций), которое обуславливает необходимость детализации разноотраслевых правовых связей опосредующих образовательный процесс.

Представляется, что попытки обнаружить единственное правоотношение, которое бы охватывало весь комплекс прав и обязанностей сторон и при этом было бы единым по своей при-

²³ См.: *Лившиц Р.З.* Современная теория права. Краткий очерк. М., 1992. С. 51.

²⁴ См., например: *Кванина В.В.* Гражданско-правовое регулирование отношений в сфере высшего профессионального образования: М., 2005. С. 37; *Козырин А.Н.* Современные контуры образовательного права // Закон. 2007. № 3; *Миннигулова Д.Б.* Проблемы понятия и структуры образовательного права // Право и образование. 2009. № 4.

²⁵ См.: *Спасская В.В.* Правовое регулирование образовательных отношений: теоретико-правовое исследование: Автореф. дисс. ... докт. юрид. наук. М., 2007.

роде, не могут быть плодотворными. Подтверждением этому может служить разнообразие мнений по поводу природы самого договора, а также правоотношений, из него возникающих. Правоотношение, которое теперь называют образовательным, является комплексным образованием, правоотношением в широком смысле. Оно представляет собой систему юридических правовых связей – элементарных правоотношений различной отраслевой принадлежности. Таким образом, образовательное правоотношение – это собирательное понятие, система последовательно развивающихся отношений, которые на том или ином этапе регулируются различными отраслями права. В рамках образовательного правоотношения сосуществуют конституционные правоотношения (реализация конституционного права на образование), административные правоотношения (определенная власть вуза над студентом, подчинение студента учебному распорядку, дисциплине), гражданские (из договора возмездного оказания образовательных услуг).

Элементом образовательного правоотношения (в широком смысле), обусловившим резкий поворот в системе социальных ценностей и повлекшим негативные последствия в виде социального напряжения, явилось обязательство возмездного оказания образовательных услуг, основанное на одноименном договоре. Это породило появление феномена в виде «образовательного права» и все соответствующие проблемы, прежде всего проблемы платных образовательных услуг. Этому вопросу был посвящен ряд исследований Л.М. Волчанской, М.Н. Суровцова, Т.В. Жуковой, В.В. Кваниной, А.В. Белозерова, В.Э. Минаева и других авторов. В то же время далеко не все аспекты получили обстоятельное освещение, и большинство вопросов по-прежнему остаются дискуссионными. Представляется, что проблемы «образовательного права» в принципе нельзя решить в рамках какой-либо одной отрасли – это можно сделать только совместными усилиями представителей различных отраслей права.

**К ВОПРОСУ О ПРЕДОСТАВЛЕНИИ
ЗЕМЕЛЬНЫХ УЧАСТКОВ
ДЛЯ СТРОИТЕЛЬСТВА ИЗ ЗЕМЕЛЬ,
НАХОДЯЩИХСЯ В ГОСУДАРСТВЕННОЙ
ИЛИ МУНИЦИПАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ***

Реализация любого проекта строительства требует предварительного решения вопроса о приобретении права на земельный участок, предназначенный для строительства. Право строительства и возникновение права собственности на построенный объект обусловлены наличием права на земельный участок. Согласно п. 1 ст. 222 Гражданского кодекса РФ¹ (далее – ГК РФ) недвижимое имущество, созданное на земельном участке, не отведенном для этих целей в установленном порядке, является самовольной постройкой и подлежит сносу.

Право на землю для строительства можно получить различными способами. С развитием земельного рынка появились такие гражданско-правовые способы приобретения земельных участков у собственников – граждан и юридических лиц, как покупка земельного участка, покупка акций или долей в уставном капитале общества, которому принадлежит право на земельный участок, и т.д. Однако с учетом того, что большинство земель находится в государственной или муниципальной собственности, приобретение права на землю путем предоставления земельных участков уполномоченными на то органами государственной власти и местного самоуправления по-прежнему преобладает.

Принято считать, что предоставление земельного участка имеет своей целью наделение определенного субъекта правом на земельный участок. Однако следует признать, что этим цели предоставления не ограничиваются. Важнейшей задачей предоставления земельных участков является эффективное распре-

* Статья рекомендована к печати кандидатом юридических наук О.А. Самончик.

¹ См.: Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

ление и перераспределение земли как специфического и ограниченного природного ресурса. Как отмечает И.А. Иконницкая, предоставление определенному субъекту права пользования конкретным земельным участком «...имеет подчиненный характер по отношению к основной непосредственной цели земельного законодательства – обеспечению рационального использования земли»². В силу того что государство передает частным лицам особое имущество – землю, которая имеет ценность не только как объект частных интересов, но и как всенародное достояние, оно должно распорядиться каждым земельным участком наиболее рационально. При этом следует учитывать, что количество земельных участков, пригодных для строительства, ограничено, в частности, с учетом градостроительных, экологических, пожарных, санитарных и иных требований, предъявляемых при строительстве.

Указанные обстоятельства обуславливают значимость процесса предоставления земельных участков из земель государственной или муниципальной собственности для строительства. Несмотря на свою очевидную актуальность, в настоящее время порядок предоставления земельных участков для строительства из земель, находящихся в государственной или муниципальной собственности, урегулирован правом недостаточно. Теоретические исследования правового регулирования этого вопроса носят в основном фрагментарный характер, не уделено должного внимания понятию предоставления земельных участков для строительства. Остановимся на этом вопросе несколько подробнее.

Понятие «предоставление земельных участков из земель, находящихся в государственной или муниципальной собственности», в действующем законодательстве не раскрывается. Земельный кодекс Российской Федерации³ (далее – ЗК РФ) использует термин «предоставление земельных участков» в различных значениях. Так, в соответствии с п. 1 ст. 28 ЗК РФ права

² Иконницкая И.А. Эффективность правового регулирования предоставления и изъятия земель // Конституция СССР и правовые проблемы совершенствования руководства народным хозяйством. М., 1979. С. 218.

³ См.: Земельный кодекс Российской Федерации от 25 октября 2001 № 136-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4147.

на земельные участки, находящиеся в государственной или муниципальной собственности, приобретаются гражданами и юридическими лицами в порядке предоставления земельных участков. Предоставление земельных участков осуществляется на основании решений исполнительных органов государственной власти или органов местного самоуправления, обладающих правом предоставления соответствующих земельных участков в пределах их компетенции (ст. 29 ЗК РФ).

Помимо этого, термин «предоставление земельных участков» используется ЗК РФ при передаче земельных участков, находящихся в собственности граждан и юридических лиц, на основании гражданско-правовых договоров иным гражданам и юридическим лицам. Например, земельные участки могут быть предоставлены их собственниками – гражданами и юридическими лицами – в аренду (п. 2 ст. 22 ЗК РФ); в безвозмездное срочное пользование (пп. 2 п. 1 ст. 24 ЗК РФ).

В отношении приобретения прав на земельные участки из земель государственной или муниципальной собственности в Федеральном законе от 25 октября 2001 г. № 137-ФЗ «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации»⁴ (далее – Закон «О введении в действие ЗК РФ») помимо термина «предоставление земельных участков» применяются термины «оформление» и «переоформление» прав на земельные участки⁵. Данные термины используются в тех случаях, когда речь идет о приобретении права в отношении ранее предоставленного земельного участка из земель государственной или муниципальной собственности, находящегося в фактическом пользовании лица, но не надлежаще оформленного либо принадлежащего лицу на таком праве, на котором оно не может обладать земельным участком после вступления в силу ЗК РФ. Передача земельных участков из земель государственной или муниципальной собственности в порядке оформления или переоформления прав на земельные участки также может сопровождаться принятием

⁴ СЗ РФ. 2001. № 44. Ст. 4148.

⁵ См., например, п. 4, 2 ст. 3 Закона «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации».

компетентными органами решений о предоставлении земельных участков.

В настоящей статье мы придерживаемся узкого понимания термина «предоставление земельных участков» как передачи компетентными органами права на земельные участки из земель государственной или муниципальной собственности, не обусловленной предшествующим фактическим использованием этих земельных участков приобретателями прав.

Земельные участки из государственных и муниципальных земель могут предоставляться на различных правах. По общему правилу земельные участки предоставляются в собственность или в аренду. Ограниченным категориям лиц в предусмотренных ЗК РФ случаях земельные участки могут быть предоставлены в постоянное (бессрочное) пользование и в безвозмездное срочное пользование. Предоставление земельных участков, как правило, осуществляется за плату. Случаи бесплатного предоставления земельных участков в собственность должны быть прямо предусмотрены ЗК РФ, федеральными законами и законами субъектов РФ.

В соответствии со ст. 28, 29 ЗК РФ предоставление земельного участка означает принятие уполномоченным органом решения о предоставлении гражданину либо юридическому лицу земельного участка из земель, находящихся в государственной или муниципальной собственности, на любом из предусмотренных титулов, т.е. в собственность, аренду, постоянное (бессрочное) пользование или безвозмездное срочное пользование бесплатно или за плату. В связи с этим предоставление земельных участков часто рассматривается как административно-правовое основание возникновения прав на землю⁶.

Встает вопрос, достаточно ли для предоставления земельного участка из земель государственной или муниципальной собственности только принятия уполномоченным органом решения о предоставлении?

⁶ См., например: *Эйриян Г.Н.* Основания возникновения прав на землю: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 83.

Рассмотрим предусмотренный ЗК РФ порядок предоставления земельных участков из земель, находящихся в государственной или муниципальной собственности, для строительства.

Пункт 1 ст. 30 ЗК РФ предусматривает, что предоставление земельных участков для строительства из земель, находящихся в государственной или муниципальной собственности, осуществляется с проведением работ по их формированию: без предварительного согласования мест размещения объектов и с предварительным согласованием мест размещения объектов.

Предоставление земельных участков для строительства без предварительного согласования мест размещения объектов осуществляется по общему правилу на торгах (конкурсах или аукционах) по продаже земельного участка или продаже права на заключение договора аренды земельного участка. Исключения из этого правила прямо предусмотрены ЗК РФ. В частности, торги не проводятся при предоставлении земельного участка для строительства в границах застроенной территории, в отношении которой принято решение о развитии (п. 2.1 ст. 30 ЗК РФ), предоставлении земельного участка пользователю недр (п. 2.2. ст. 30 ЗК РФ) и т.д. Торги инициируются уполномоченным органом путем вынесения решения о проведении торгов и завершаются подписанием протокола о результатах торгов. Решение о предоставлении земельного участка при проведении торгов по продаже земельного участка или продаже права на заключение договора аренды земельного участка не принимается.

Предоставление земельных участков с предварительным согласованием мест размещения объектов осуществляется, напротив, на основании решения о предоставлении земельного участка для строительства и без проведения торгов. Данная процедура инициируется лицом, заинтересованным в предоставлении земельного участка. Принятию решения о предоставлении земельного участка предшествует выбор земельного участка и принятие решения о предварительном согласовании места размещения объекта. Решение о предварительном согласовании места размещения объекта является основанием последующего принятия решения о предоставлении земельного участка для строительства.

На основании анализа положений ст. 30 ЗК РФ можно сделать вывод, что установленная Кодексом процедура предостав-

ления земельных участков без предварительного согласования мест размещения объектов содержит ряд элементов гражданско-правового метода регулирования отношений, не свойственных сфере административных отношений. Для возникновения права аренды или права собственности при предоставлении земельных участков без предварительного согласования мест размещения объектов на торгах принимается только решение о проведении торгов (решение о предоставлении земельного участка не принимается), затем заключаются соответствующие гражданско-правовые договоры. При предоставлении земельных участков с предварительным согласованием мест размещения объектов на праве аренды актов уполномоченных органов власти и местного самоуправления о предоставлении земельного участка недостаточно. Для возникновения права на земельный участок необходимо, кроме того, заключение договора аренды.

Наличие в отношениях по предоставлению земли, изначально основанных на властном методе, элементов гражданско-правового метода регулирования не случайно. Такое сочетание методов правового регулирования отношений по предоставлению земель является логичным следствием самой сущности общественных отношений, предметом которых является земля, которая, с одной стороны, представляет собой природный ресурс, требующий особой опеки со стороны государства, а с другой стороны, имеет статус недвижимости и вовлечена в рыночный оборот. Несмотря на существующие различия, административные и гражданско-правовые методы в рамках единого организационно-правового механизма предоставления земельных участков гражданам и юридическим лицам дополняют друг друга для достижения единой цели – возникновения прав на землю⁷.

Так, отношения по предоставлению земельных участков, с одной стороны, возникают из деятельности исполнительно-распорядительных органов и связаны с осуществлением государством как носителем политической власти функции управления. Предоставление земельных участков, находящихся в госу-

⁷ См.: Дедова Н.А. Предоставление земель: изъятие земель: правовое регулирование в условиях экономической реформы: Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 1995. С. 48.

дарственной и муниципальной собственности, представляет собой деятельность по распределению и перераспределению земель. С другой стороны, предоставление земельных участков представляет собой имущественные отношения по осуществлению государством правомочия распоряжения землей и относится к содержанию права государственной собственности на землю. Предоставление земли понимается как акт реализации правомочий собственника по распоряжению землей.

В отношениях по предоставлению земли особым образом проявляется их двойственная природа: как функции государственного управления в сфере использования и охраны земель и одного из проявлений права распоряжения землей и как правомочия собственника государственных и муниципальных земель. Предоставление земельных участков рассматривается в таких аспектах большинством ученых⁸.

По мнению Н.А. Дедовой, предоставление земли – это последовательно выполняемые и связанные между собой действия компетентных органов государства и местного самоуправления, физических и юридических лиц, осуществляемые в порядке, установленном законом, и направленные на возникновение у конкретного субъекта земельных отношений субъективных прав на конкретный земельный участок⁹. С данным определением можно согласиться. Процесс предоставления земли является сложной последовательностью взаимосвязанных действий и не сводится к принятию компетентным органом решения о предоставлении земельного участка. Так, прежде чем будет вынесено решение о предоставлении земельного участка для строительства или подписан протокол о результатах торгов, необходимо совершить ряд других организационно-правовых действий, включающих, помимо прочего, действия по выполнению в отношении земельного участка кадастровых работ, осуществление государственного кадастрового учета и т.д. Для предоставления земельного участка необходимы действия не только органов государственной власти и местного самоуправления, но и субъ-

⁸ См., например: Дедова Н.А. Указ. соч. С. 13; Ерофеев Б.В. Земельное право России: Учебник. М., 2002. С. 210; Иконническая И.А. Земельное право Российской Федерации: Учебник. М., 2002. С. 157–162.

⁹ Дедова Н.А. Указ. соч. С. 17.

ектов, которым земля предоставляется: подача заявления о выборе земельного участка и предварительном согласовании места размещения объекта, подача заявки на участие в торгах и т.д.

В какой момент предоставление земельного участка можно считать завершенным? Как отмечает Н.Н. Аверьянова, процесс предоставления земельных участков должен завершаться подписанием конкретного документа, форма которого определяется законодательством в зависимости от порядка предоставления земельного участка: при заявительном порядке это решение о предоставлении, по результатам торгов (конкурсов, аукционов) – подписанный сторонами протокол¹⁰. Действительно, ЗК РФ процесс предоставления земли прямо не связывает с вопросом о совершении сделки или с вопросом о государственной регистрации права на землю.

Однако мы разделяем точку зрения Е.А. Галиновской, которая считает, что «в случае если возникновение права лица на участок связано с заключением договора (приобретение в собственность, в аренду), к действиям по предоставлению участка следует отнести заключение соответствующего договора с гражданином или юридическим лицом, так как без этого действия использование участка приобретателем невозможно»¹¹.

Перейдем к анализу понятия «строительство». Подпункт 13 ст. 1 Градостроительного кодекса РФ¹² определяет строительство как создание зданий, строений, сооружений (в том числе на месте сносимых объектов капитального строительства). При этом Кодекс не содержит определения понятия зданий, строений, сооружений, ограничиваясь их упоминанием при определении объекта капитального строительства. Пункт 1 ст. 130 ГК РФ, не давая определения понятия зданий, строений, сооружений, говорит лишь о том, что здания, сооружения и иные объекты, прочно связанные с землей, перемещение которых без несораз-

¹⁰ См.: Аверьянова Н.Н. Правовое регулирование купли-продажи земель государственной и муниципальной собственности: Дисс. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2004. С. 151.

¹¹ Комментарий к Земельному кодексу РФ (постатейный) / Под ред. С.А. Боголюбова. СПб., 2009.

¹² См.: Градостроительный кодекс Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 190-ФЗ // СЗ РФ. 2005. № 1 (ч. 1). Ст. 16.

мерного ущерба их назначению невозможно, признаются недвижимым имуществом. Таким образом, при предоставлении земельных участков для строительства должна предполагаться передача участков для целей создания зданий, строений, сооружений как объектов капитального строительства, объектов недвижимости.

В законодательстве на сегодняшний день отсутствует четкое и однозначное понятие зданий, строений, сооружений, объекта капитального строительства, объекта недвижимости, что открывает широкие возможности для различного использования данных терминов и неизбежно создает трудности на практике. Например, термин «сооружение» часто применяется в отношении объектов, имеющих временный характер, например торговых павильонов, киосков, складов. Вследствие этого невозможно сделать однозначный вывод, при создании каких объектов должна применяться установленная ЗК РФ процедура предоставления земельных участков для строительства.

Существует мнение, поддержанное судебной практикой, что предоставление земельного участка для строительства подразумевает использование земельного участка «для возведения капитального строения»¹³. При этом, как правило, суды отождествляют понятия объекта капитального строительства и объекта недвижимости. Например, Федеральный арбитражный суд Московского округа сделал вывод, что «Градостроительный кодекс РФ в п. 10 ст. 1 отождествляет понятия объекта недвижимости и объекта капитального строительства, противопоставляя им временные постройки, киоски, навесы, права на которые не подлежат государственной регистрации»¹⁴.

Как показывает судебная практика, суды нередко принимают решение об отнесении объекта к объекту капитального строительства, объекту недвижимости на основе анализа фактических обстоятельств планируемого строительства, имеющих, как правило, технический характер, исходя из наличия или отсут-

¹³ См., например: постановление Президиума ВАС РФ от 16 сентября 2008 г. № 6264/08 по делу № А56-10430/2007// СПС «Консультант Плюс».

¹⁴ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 9 июля 2007 г. № КГ-А40/3121-07// СПС «КонсультантПлюс».

ствия фундамента, материала, из которого изготовлен объект, наличия или отсутствия стационарных коммуникаций. В случае несоответствия строящегося объекта указанным критериям суды исходят из того, что постройка является временным (некапитальным) объектом, движимым имуществом. Так, например, Девятый арбитражный апелляционный суд пришел к выводу, что «...некапитальные объекты – это такие объекты, которые монтируются непосредственно на поверхности грунта без проведения каких-либо землеройных работ и которые могут быть перемещены без ущерба их дальнейшему назначению»¹⁵.

Таким образом, можно сделать вывод, что предоставление земельных участков для строительства из земель, находящихся в государственной или муниципальной собственности, – это последовательно выполняемые и связанные между собой действия органов государственной власти и местного самоуправления, физических и юридических лиц, осуществляемые в порядке, установленном законом, и направленные на возникновение у физических и юридических лиц прав на эти земельные участки в целях создания (возведения) зданий, строений, сооружений как объектов капитального строительства, объектов недвижимости.

¹⁵ Постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 15 июня 2006 г., 22 июня 2006 г. № 09АП-4918/06-АК по делу № А40-2966/06-145-28// СПС «КонсультантПлюс».

К ВОПРОСУ О ФОРМАХ УСТРОЙСТВА ДЕТЕЙ, ОСТАВШИХСЯ БЕЗ ПОПЕЧЕНИЯ РОДИТЕЛЕЙ*

Принятие в 2008 г. Федерального закона «Об опеке и попечительстве» в значительной степени отразилось на правовом регулировании отношений по устройству детей, оставшихся без попечения родителей. Новации, привнесенные в Семейный кодекс РФ (далее – СК РФ), породили целый ряд вопросов как теоретического, так и практического характера. К их числу относится вопрос о формах устройства детей, оставшихся без попечения родителей.

Изначально семейное законодательство в вопросе о возможных правовых формах устройства осиротевших детей на воспитание в семьи исходило из концепции разнообразия таких форм. С учетом этого к числу вопросов семейно-правового регулирования, которые находятся в ведении субъектов РФ, был отнесен вопрос об установлении иных, нежели в Семейном кодексе, форм воспитания детей, оставшихся без попечения родителей (п. 1 ст. 123 СК РФ). К таковым относились: усыновление (удочерение), опека (попечительство), приемная семья. Не вызывала сомнений разумность и оправданность такого подхода законодателя, так как он «позволял региональным властям эффективно решать вопросы устройства детей с учетом экономических и социальных условий, менталитета местного населения, сложившихся традиций»¹.

Однако в соответствии со ст. 2 Федерального закона от 24 апреля 2008 г. № 49-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации в связи с принятием Федерального закона «Об опеке и попечительстве» редак-

* Статья рекомендована к печати доктором юридических наук, профессором А.М. Нечаевой.

¹ *Степанюк А.В.* Некоторые вопросы правового регулирования устройства детей, оставшихся без попечения родителей, по законодательству субъектов Российской Федерации // Вестник Тверского государственного университета. 2008. № 30(90). С. 152.

ция п. 1 ст. 123 была изменена. Из нее было исключено положение о праве субъектов РФ устанавливать законами иные формы устройства детей, оставшихся без попечения родителей. Таким образом, в настоящее время из компетенции субъектов РФ исключено право в законодательном порядке устанавливать не предусмотренные СК РФ формы устройства детей, оставшихся без попечения родителей. Такое законодательное решение вызывает критическое отношение, так как не способствует решению остро назревших проблем по защите прав детей, оставшихся без попечения родителей. Одним из направлений совершенствования этого правового института является разработка новых, приближенных к реальной жизни форм такого устройства. А тот факт, что законодатель «замкнул» круг возможных вариантов передачи детей на воспитание в семьи, исключив возможность законотворчества субъектов РФ в этой сфере, не позволяет развивать данное направление.

В связи с последними рассматриваемыми новациями семейного законодательства в области устройства детей, оставшихся без попечения родителей, можно обозначить ряд проблем. Во-первых, проблему определения судьбы тех форм устройства детей, оставшихся без попечения родителей, которые вводились на региональном уровне, но не названы в качестве таковых в СК РФ. В этой связи существует точка зрения, основанная на общетеоретическом правиле о действии закона во времени – закон обратной силы не имеет, т.е. не распространяет свое действие на отношения, возникшие до введения его в действие. Согласно этому правилу «формы устройства детей, оставшихся без попечения родителей, введенные в действие в субъектах РФ ранее, должны сохранять силу»². С теоретических позиций такой подход не вызывает сомнений. Однако, если перевести рассмотрение данной проблемы в практическую плоскость, очевидными становятся сложности, связанные с реализацией положений регионального законодательства об иных, не предусмотренных на федеральном уровне формах устройства детей, оставшихся без попечения родителей. Прежде всего возможны сложности с социальным обеспечением таких семей, так

² Степанюк А.В. Указ. соч. С. 153.

как они не обладают необходимым для поддержки со стороны федеральных властей правовым статусом. Не исключены и проблемы с реализацией прав замещающими родителями, особенно вне территории соответствующего региона. Указанные обстоятельства, на наш взгляд, лишают такие формы устройства перспектив к существованию.

В сложившихся условиях выход видится в выработке правового механизма изменения правовой формы воспитания детей, преобразования ее в одну из допускаемых на сегодняшний день СК РФ. Думается, что законодатель в этом случае допустил непоследовательность: не признав возможность передачи детей, оставшихся без попечения родителей, на условиях, не предусмотренных СК РФ, им не была определена судьба ни детей, уже переданных в семьи, ни самих этих семей.

Мало того, несмотря на изъятие из СК РФ права субъектов РФ решать вопросы устройства детей, оставшихся без родительского попечения, законодатель все же признал патронат, установленный региональным законодательством, в качестве возможной формы устройства детей, оставшихся без попечения родителей. Однако и в связи с таким решением возникают вопросы. Во-первых, логично было наряду с признанием патроната предусмотреть в СК РФ специальные нормы, рассчитанные на специфику такой формы устройства детей, оставшихся без попечения родителей. Подобного мнения придерживаются специалисты, исследующие эти вопросы³. Во-вторых, неоднозначные выводы порождает трактовка положения ст. 123 СК РФ о патронате. Настоящая ее редакция, на наш взгляд, оставляет открытым вопрос о возможности введения такой формы устройства детей, оставшихся без попечения родителей, в тех субъектах РФ, где соответствующие законы к моменту вступления в действие новелл СК РФ еще не были приняты. Что означает «в случаях, предусмотренных законами субъектов Российской Федерации»? Означает ли это, что «жизнеспособными» являются патронатные семьи, которые уже созданы и функционируют, или же эта формулировка рассчитана на перспективу, позволяя субъектам РФ, не успевшим принять такие законы, сделать это? Исходя из кон-

³ Степанюк А.В. Указ. соч. С. 153.

ституционного принципа равноправия субъектов РФ ответом на поставленный вопрос должно быть второе решение.

К числу новелл семейного законодательства следует отнести предварительную опеку. В Федеральном законе «Об опеке и попечительстве» предусматривается временное устройство недееспособных или не полностью дееспособных граждан в виде предварительной опеки. Особенность такой формы устройства заключается в упрощенном порядке установления опеки или попечительства, предполагающий предоставление лицом, претендующим на роль опекуна или попечителя, лишь документа, удостоверяющего его личность, а также обследование органом опеки и попечительства условий его жизни. Предварительная проверка личности опекуна или попечителя в соответствии с общими правилами в данном случае не требуется. Временный характер опеки и попечительства означает, что такие отношения возникают на непродолжительный срок. В соответствии с п. 5 ст. 12 Федерального закона «Об опеке и попечительстве» он может составлять один месяц, в исключительных случаях два месяца. Однако в семейное законодательство в связи появлением норм о предварительной опеке не вносилось никаких изменений. В ст. 146 СК РФ в императивной форме закреплён перечень обстоятельств, препятствующих назначению гражданина опекуном или попечителем, что предполагает обязанность органов опеки и попечительства установить факт их отсутствия. Выяснить это только на основании документа, удостоверяющего личность, и путем обследования условий его жизни невозможно. Тем более что в Законе «Об опеке и попечительстве» не определено, какие результаты обследования условий жизни гражданина, претендующего на роль опекуна или попечителя, делают это возможным. Таким образом, возникает проблема легитимности предварительной опеки и попечительства в отношении детей, оставшихся без родительского попечения.

В литературе по семейному праву имеет место критическая оценка рассмотренной законодательной новеллы. Поверхностный подбор подходящей кандидатуры опекуна или попечителя

для ребенка, по мнению, А.М. Нечаевой, недопустим⁴. Такого же мнения придерживаются и другие авторы. Т.О. Урумова полагает, что предварительная опека с учетом «скоропалительности выносимого решения может причинить вред как личности, так и имуществу подопечного»⁵. На наш взгляд, подобные суждения справедливы. Тем более что при этом в СК РФ изначально уже заложен механизм, исключающий проблему устройства ребенка на период решения формальных вопросов, т.е. временно. В соответствии со ст. 123 СК РФ на это время органы опеки и попечительства временно несут обязанности опекуна или попечителя. Ребенок может при этом быть помещен в организацию для детей, оставшихся без попечения родителей, либо иную организацию. Зачастую такие дети требуют медицинского наблюдения и сразу же помещаются в лечебное учреждение. Кроме того, в этом случае допустимо и фактическое воспитание. В ходе выявления ребенка, утратившего родительское попечение, он может быть оставлен на воспитание в семье близких ему людей: родственников, соседей, близких друзей родителей, которые изъявили желание и готовность помочь осиротевшему ребенку. Намерение (или его отсутствие) таких граждан забрать на фактическое воспитание этого ребенка и в будущем – на опеку (попечительство), усыновление в случае утраты родителей не снимает с государства обязанности обеспечить ребенку воспитание в семье. В этом случае устройства ребенка как такового нет. В таких ситуациях устройство ребенка, оставшегося без попечения родителей, минует стадию подбора ему семьи и последующего оформления отношений по его воспитанию. Но ребенок все равно подлежит учету как утративший попечение родителей.

При невозможности временно устроить ребенка на воспитание в семью он подлежит передаче в предназначенные для временного устройства детей организации.

Предварительные опека и попечительство, несмотря на временный характер, относятся Законом «Об опеке и попечи-

⁴ См.: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. А.М. Нечаева. М., 2009. С. 458.

⁵ Урумова Т.О. Опека и попечительство над несовершеннолетними детьми: актуальные проблемы правового регулирования: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2009. С. 20.

тельстве» к формам устройства граждан, следовательно, и детей, оставшихся без попечения родителей. Вместе с тем временная передача таких детей, предусмотренная ст. 155² СК РФ, не признается формой устройства ребенка в семью. На наш взгляд, подобное законодательное решение является спорным.

Устройство ребенка, оставшегося без родительского попечения, в семью представляет собой способ защиты его права на семейное воспитание. В результате чего ребенку, лишенному возможности воспитываться биологическими родителями, создаются условия для приобщения к семейной жизни, воспитания его с целью подготовки к правильной социализации. При этом не имеет значения, что включает в себя этот процесс, каким способом он осуществляется – путем помещения ребенка в семью на долгие годы в качестве приемных сына или дочери или же посредством создания условий для периодического общения с людьми, которые готовы и могут дать тепло и заботу такому ребенку, уделить только ему внимание, общаться с ним. Важно то, что ребенку предоставлена возможность воспитываться не только в коллективе, но и в семье. И в тех случаях, когда обеспечивается возможность ребенку воспитываться в семье, можно вести речь о форме устройства на семейное воспитание. Отмечая привлекательность такой формы, А.М. Нечаева полагает, что в результате возможно в дальнейшем оформление возникших аналогичных родительским отношений, будь то усыновление или опека (попечительство)⁶. По ее мнению, «даже если временное пребывание в семье не завершится установлением правовых отношений, оно полезно и нужно воспитаннику детского учреждения»⁷. Поэтому мы полагаем, что временная передача ребенка, о которой идет речь в ст. 155² СК РФ, есть не что иное, как одна из форм устройства в семью детей, оставшихся без попечения родителей.

Постановлением Правительства РФ от 19 мая 2009 г. № 432 «О временной передаче детей, находящихся в организациях для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, в се-

⁶ См.: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. А.М. Нечаева. С. 484.

⁷ Там же.

мы граждан, постоянно проживающих на территории Российской Федерации» утверждены Правила, определяющие порядок и условия временной передачи детей. Анализ положений данного нормативного акта позволяет выявить значительное сходство в процедуре временной передачи ребенка, воспитывающегося в организациях для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, с порядком устройства детей, оставшихся без попечения родителей. В частности, требования, предъявляемые к личности кандидата на передачу воспитанников организаций для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, сходны с требованиями, предъявляемыми к личности опекуна (попечителя).

К числу общих ограничений, при наличии которых невозможна временная передача ребенка и назначение опеки (попечительства), в соответствии с п. 9 Правил и ст. 146 СК РФ относятся:

- недееспособность или ограничение дееспособности гражданина;
- лишение или ограничение в судебном порядке родительских прав;
- отмена усыновления по вине усыновителя;
- отстранение от обязанностей опекуна (попечителя) за ненадлежащее выполнение возложенных законом обязанностей;
- алкоголизм гражданина, желающего взять ребенка.

Обращает на себя внимание тот факт, что перечень ограничений для возможности временно взять ребенка в семью даже несколько расширен по сравнению с ограничениями для опеки (попечительства). Так, отсутствие постоянного места жительства на территории Российской Федерации препятствует возможности временно взять ребенка на воспитание в семью. Достаточно сложной и длительной является процедура оформления возможности принятия ребенка на временное воспитание. Что тоже свидетельствует о значительном его сходстве с устройством детей, оставшихся без попечения родителей.

Таким образом, можно предположить, что при передаче воспитанника организации для детей-сирот и детей, оставшихся без попечения родителей, на воспитание в порядке ст. 155² СК РФ возникают отношения, позволяющие говорить о том, что мы

имеем дело с формой устройства детей, оставшихся без попечения родителей. Эта форма, на наш взгляд, должна найти свое место среди форм воспитания детей, оставшихся без попечения родителей, в разделе VI СК РФ, получить расширенную правовую регламентацию. Как нам видится, за лицами, временно принимающими ребенка на воспитание, могут быть признаны такие неимущественные права, как право на воспитание, на общение с ребенком, на защиту. Думается, что возможно признание за ними приоритетного перед всеми остальными кандидатами права на передачу им ребенка на усыновление, под опеку (попечительство) или в приемную семью.

Как уже отмечалось, СК РФ предусматривает возможность передачи детей на усыновление, опеку или попечительство, в приемную семью либо в патронатную семью. Иные формы семейного устройства детей, оставшихся без попечения родителей, в ст. 123 СК РФ не фигурируют.

Однако, на наш взгляд, вариантов организации воспитания ребенка в семье может быть больше. Так, в СК РФ заложен правовой механизм устройства детей, оставшихся без попечения родителей, который прямо не отнесен к формам семейного воспитания, но по сути таковым является. Речь идет о фактическом воспитании детей.

При утрате ребенком родителей либо одного из них вполне возможны ситуации, когда близкие родственники оставляют его у себя на воспитание. Это характерно для семей, в которых крепки родственные связи, отношения между родственниками носят близкий, доверительный характер. Не исключены подобные отношения и между лицами, не состоящими в отношениях родства. В таких случаях вопрос о том, с кем будет проживать ребенок или дети, если что-либо произошло с родителями, остро не встает, так как ребенок окружен заботой, вниманием, близкие люди стараются заменить ему родителей. Но возникает вопрос квалификации таких ситуаций. В этой связи позволим себе не согласиться с высказанным Н.В. Летовой мнением о том, что «...при отсутствии родителей заменяющие их лица осуществляют попечение над ребенком, а при их отсутствии независимо от причины ребенок попадает в категорию лиц, утративших роди-

тельское попечение»⁸. Кроме того, на наш взгляд, по смыслу ст. 121 СК РФ основанием для признания за ребенком статуса «оставшийся без попечения родителей» является потеря не попечения вообще, а попечения именно со стороны родителей. Иными словами, во всех случаях утраты ребенком родительского попечения они должны стать объектом внимания со стороны органов опеки и попечительства и поставлены на учет как его утратившие. Другое дело, что может не возникнуть необходимость применения такого способа защиты, как устройство ребенка на воспитание в семью. Тем не менее факт утраты ребенком родительского попечения должен быть отражен в данных первичного учета детей, оставшихся без попечения родителей, орган опеки и попечительства должен провести обследование условий жизни ребенка и отразить результат обследования в данных учета с обозначением лиц, заменивших ребенку родителей. При этом фактический воспитатель не связан необходимостью оформления усыновления, опеки (попечительства), создания приемной семьи, так как он выступает в роли фактического воспитателя. И теперь имеет смысл рассматривать его как одну из форм устройства ребенка в семью. Тем более что некоторые специалисты по семейному праву считают, что фактическое воспитание с правовых позиций подлежит реабилитации с правовой точки зрения⁹. Н.Н. Тарусина перечисляет случаи, когда оно имеет место:

в ст. 96 СК РФ, предусматривающей взыскание алиментов на содержание фактического воспитателя;

в ст. 133 СК РФ, допускающей усыновление ребенка одним из супругов при наличии согласия другого супруга;

⁸ *Летова Н.В.* Усыновление в Российской Федерации: правовые проблемы. М., 2006. С. 24.

⁹ В свое время А.И. Пергамент предлагала предусмотреть в законе возможность установления в судебном порядке факта усыновления, с тем чтобы признать за фактическим воспитателем право на получение алиментов от воспитанника. При этом ею отмечалось, что такое признание допустимо, если усыновление своевременно не оформлялось по уважительным причинам. См.: *Пергамент А.И.* Опека и попечительство. М., 1966. С. 108–109.

в ст. 49 СК РФ, рассматривающей фактическое воспитание как одно из доказательств в спорах о детях¹⁰. Полагаем, что и ст. 68 СК РФ также косвенным образом содержит признание фактического воспитания. Согласно п. 2 ст. 68 СК РФ суду предоставлено право, исходя из интересов ребенка, оставить его у лица, удерживающего его у себя не на основании закона или не на основании судебного решения, отказав родителям в удовлетворении требования о возврате ребенка. В результате вынесения такого решения судом устанавливается факт воспитания ребенка лицом, принявшим его без правового оформления отношений по воспитанию.

По мнению Р.П. Мананковой, юридическое признание фактических отношений по воспитанию «соответствует реальным жизненным отношениям»¹¹. А некоторые авторы считают, что «в фактическом воспитании, как правило, реализуются все родительские правомочия, кроме охранительного правомочия защиты родительских прав; как социально ценное явление оно нуждается в определенном правовом регулировании – как в целом, так и по видам»¹². «Такие факты, когда люди, искренне желающие воспитывать и содержать чужого ребенка, предпочитают вместо усыновления вообще никак не оформлять эти отношения, не могут быть безразличны для законодателя. Общественный интерес к делу воспитания подрастающего поколения требует учета и эффективного использования всех возможных средств обеспечения счастливого детства каждому ребенку. Закрепление отношений фактического воспитания и содержания в качестве самостоятельной формы и явилось бы одним из таких средств»¹³.

Р.П. Мананкова предлагает установить в семейном законодательстве определенный порядок оформления отношений по

¹⁰ Тарусина Н.Н. Вопросы теории семейного права и гражданского процесса. М., 2001. С. 161–163.

¹¹ Мананкова Р.П. Пояснительная записка к концепции проекта нового Семейного кодекса Российской Федерации. Томск, 2008. С. 24.

¹² Короткова Л.Н. Правовой статус фактического воспитателя детей // Правоведение. 1983. № 3. С. 83–84; Леженин В.Н. Правовые вопросы семейного воспитания детей. Воронеж, 1992. С. 53.

¹³ Мананкова Р.П. Указ. соч. С. 26.

фактическому воспитанию. Вместе с тем ею отмечается, что регистрация фактического воспитания как правовой формы требует более детальной правовой регламентации отношений, существующих именно в период фактического воспитания и содержания. В этом плане ею высказано пожелание определить в законе принципиальные моменты исследуемых отношений (права и обязанности, правовые последствия, ответственность)¹⁴. В то же время Н.Н. Тарусина выделяет особенности фактического воспитания, которые, по ее мнению, характеризуют его как юридический факт, связанный с намерением воспитывать ребенка, при этом юридически безразлично, кем является фактический воспитатель. Фактическое воспитание должно быть достаточно длительным – в полном соответствии с существом фактического воспитания¹⁵.

Анализ судебной практики показывает, что при усыновлении (удочерении) детей отчимами (мачехами) судами устанавливается наличие отношений фактического воспитания между ребенком и усыновителем. Наряду с прочими, это обстоятельство учитывается судом при решении вопроса о возможности усыновления.

Таким образом, надо полагать, что СК РФ признает еще одну, прямо не названную законом форму воспитания детей, оставшихся без попечения родителей – фактическое воспитание.

¹⁴ Мананкова Р.П. Указ. соч. С. 25.

¹⁵ Тарусина Н.Н. Указ. соч. С. 163.

ТЕРРИТОРИАЛЬНЫЙ СПОР ВОКРУГ КАСПИЙСКОГО МОРЯ*

Введение

Распад СССР оставил вновь образовавшимся государствам неясности с определением их территориальных границ. Одним из возникших территориальных споров стал спор о Каспийском море. Ситуация осложнилась тем, что на территории Каспийского моря находятся богатейшие рыбные и углеводородные ресурсы, добычей которых стали тут же заниматься не только местные предприятия, но и иностранные инвесторы.

От урегулирования территориального спора зависит и экологическая ситуация Каспийского моря, и право собственности и пользования его минеральными и рыбными ресурсами, и доступ к международным водам через реку Волга и каналы, соединяющие ее с Черным и Балтийским морями.

В данной статье исследуется юридический статус Каспийского моря, рассматривается возникший территориальный спор, вносятся предложения по его урегулированию.

Статус Каспийского моря

Территория Каспийского моря составляет более 390 000 км².

Объем его водных пространств – 78 000 км³, средняя глубина – 208 м при максимальной глубине 1025 м. Длина Каспийского моря более 1030 км, а ширина варьируется от 200 до 400 км¹. Географы рассматривают Каспийское море как самое большое в мире озеро.

Около пяти с половиной лет назад Каспийское море еще было соединено с Мировым океаном, чем и объясняется невысо-

* Статья рекомендована к печати доктором юридических наук, профессором А.Л. Колодкиным.

¹ См.: Kozarev A. Physico-Geographical Conditions of the Caspian Sea // The Caspian Sea Environment. The Handbook of Environmental Chemistry. Under the editorship of O. Hutzinger, V. 5. Water Pollution. Part D. Berlin: Springer Verlag, 2005. P. 5–31.

кий уровень солености воды Каспия. Соленость и послужила причиной для названия водоема «морем». А имя «Каспийское» озеро получило в честь древних племен коневодов каспиев.

В отличие от географии в юриспруденции точки зрения на статус Каспийского моря разделились. Его часто определяют как «море», «приграничное море», «замкнутое море», «полузамкнутое море», «закрытое море» и «озеро». В последнем случае применение норм и положений Конвенции по морскому праву ООН 1982 г. исключается полностью. Некоторые зарубежные авторы, к примеру А. Гранмаех, приписывают Каспийскому морю исключительные характеристики *sui generis*². Представляется, однако, что для придания особой характеристики статусу Каспийского моря одного возникновения спора недостаточно, а сама история формирования правового статуса водоема не дает достаточной почвы для подобной характеристики.

Территориальный спор

До образования СССР статус Каспийского моря регулировался Гулистанским мирным договором от 12 октября 1813 г., который касался вопросов судоходства в Каспийском море и предоставлял исключительное право России на военно-морской флот на территории Каспийского моря.

Договор о дружбе и сотрудничестве между Персией и РСФСР от 26 февраля 1921 г.³ провозглашал свободу судоходства на море и отменял запрет Туркменчайского договора⁴ на вооруженные суда Ирана на территории Каспийского моря⁵.

² См.: Granmayeh A. Legal history of the Caspian Sea // The Caspian: Politics, energy and security. Under the editorship of Akiner S. L.: RoutledgeCurzon, 2004. P. 9, 17 – 47.

³ Договор между Российской Социалистической Федеративной Республикой и Ираном (Персией), 26 февраля 1921 г. // Советско-иранские отношения в договорах, конвенциях и соглашениях. М., 1946. С. 74–82.

⁴ См.: Gizzatov V. Negotiations on the legal status of the Caspian Sea 1992–1996: view from Kazakhstan // The Caspian: Politics, energy and security. Under the editorship of Akiner S. L.: Routledge Curzon, 2004. P. 48–59.

⁵ Namazi S., Farzin, F. Division of the Caspian Sea: Iranian policies and concerns // The Caspian: Politics, energy and security. Under the editorship of Akiner S. L.: RoutledgeCurzon, 2004. P. 230–243.

25 марта 1940 г. был заключен Договор о торговле и мореплавании между СССР и Ираном⁶ касательно статуса Каспийского моря, который устанавливал 10-мильную исключительную зону прибрежных вод СССР и Ирана. Договоры с Ираном 1921 г. и 1940 г. исходят из того, что Каспийское море – озеро, разделенное на два сектора. В 1970 г. советский сектор Каспийского моря был разделен Министерством нефти и газа СССР на территориальные зоны между Азербайджаном, Казахстаном, Россией и Туркменистаном на основании срединной линии⁷.

И Иран, и Российская Федерация до сих пор признают действующим договоры 1921 и 1940 гг. Возник вопрос, будут ли другие страны, помимо России, связаны положениями существующих соглашений между Ираном и СССР. В Минской декларации от 8 декабря 1991 г. Азербайджан, Казахстан и Туркменистан объявили о своем принятии международных обязательств по договорам и соглашениям, подписанным СССР. Алма-Атинская декларация, изданная в декабре 1991 г., гарантировала соблюдение международных соглашений СССР (включая приведенные выше договоры 1921 и 1940 гг. по Каспийскому морю) всеми бывшими союзными республиками. Следовательно, официально Каспийское море до настоящего момента находится в режиме совместного пользования, а его статус регулируется вышеуказанными договорами. Однако данная позиция поддерживается не всеми прикаспийскими государствами. Представляется, что односторонние действия прикаспийских государств, нарушающие положения указанных договоров, не соответствуют международному праву.

Позиции прибрежных государств

⁶ Договор о торговле и мореплавании между Союзом Советских Социалистических Республик и Ираном. Тегеран, 25 марта 1940 г. // Сборник торговых договоров и соглашений по торгово-экономическому сотрудничеству СССР с иностранными государствами (на 1 января 1977 года). Т. 1. М., 1977. С. 301–313.

⁷ См.: Gizzatov V. Negotiations on the legal status of the Caspian Sea 1992–1996: view from Kazakhstan // The Caspian: Politics, energy and security. Under the editorship of Akiner S. L.: RoutledgeCurzon, 2004. P. 48–59.

Во время переговоров по поводу юридического статуса Каспийского моря сторонами наметились три основных подхода: раздел Каспийского моря на сектора, создание специального консорциума по управлению Каспийским морем и как одна из моделей специально установленная смешанная структура.

Одним из предлагаемых вариантов было сохранение кондоминиума для всех пяти прибрежных государств, как и было установлено прежде для СССР и Ирана. При этом Иран даже предлагал создать организацию прибрежных государств для координации решения вопросов, связанных с режимами рыболовства, добычи нефти и газа, транспортной и экологической деятельности на территории Каспийского моря. Противником данного подхода выступил Туркменистан.

Другое предложение со стороны Ирана заключалось в равном разделе (по 20% каждому из пяти прибрежных государств) Каспийского моря. Береговая линия Ирана является наименьшей по сравнению с остальными четырьмя прикаспийскими государствами, поэтому такое решение было бы очень выгодным для этой страны.

В октябре 1995 г. Россия подготовила проект соглашения, согласно которому каждому из прибрежных государств предоставляется 10-мильная прибрежная зона исключительно для разработки минеральных ресурсов при совместном пользовании пространством за пределами этих секторов. Размер суверенного сектора впоследствии неоднократно менялся, вплоть до 45 миль⁸.

Азербайджан, Казахстан и Туркменистан настаивают на проведении срединной линии с выделением суверенных секторов пропорционально длине береговой линии, причем Азербайджан считает Каспийское море приграничным озером⁹.

Туркменистан сначала обосновывал свою позицию с помощью положений Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., устанавливающих территориальное море и исключительную экономическую зону. Однако общая ширина Каспийского моря в

⁸ См.: *Bolukbaşı S.* Jockeying for power in the Caspian basin // *The Caspian: Politics, energy and security*. Under the editorship of Akiner S. L.: RoutledgeCurzon, 2004. P. 219–229.

⁹ См.: *Мамедов Р.* Международно-правовая делимитация Каспийского моря // <http://www.analitika.org> (дата обращения: 23.08.2009).

некоторых участках не превышает 200 миль, что делает применение данной Конвенции бессмысленным. Нам, однако, представляется, что в любом случае будет необходимо разделение на сектора всех прибрежных вод.

Казахстан рассматривает Каспийское море как «закрытое море» в соответствии со ст. 122 и 123 упомянутой Конвенции ООН по морскому праву 1982 г.

Двусторонние соглашения

Некоторый сдвиг в разрешении территориального конфликта был достигнут посредством заключения ряда двусторонних соглашений между прибрежными государствами.

В 1998 г. Россия и Казахстан подписали Соглашение о разделе северной части Каспийского моря. Водные пространства остаются в общем пользовании (ст. 1), а дно Каспийского моря разделяется между обеими сторонами на основании модифицированной средней линии (в отличие от концепции средней линии в международном праве, которая проводится по точкам, равноудаленным от берегов обеих государств, модифицированная линия включает в себя и не равноудаленные участки).

В январе 2001 г. Россия подписала совместную декларацию о сотрудничестве на Каспийском море и с Республикой Азербайджан о разделении дна на сектора на основании срединной линии.

В ноябре 2001 г. Казахстан и Азербайджан подписали соглашение о разделе дна Каспийского моря и природных ресурсов в нем вдоль срединной линии.

Совместное заявление от 27 февраля 1997 г. между президентами Туркменистана и Казахстана основано на разделении Каспийского моря на территориальные экономические зоны в советский период. Заявление призывает государства рассматривать границы как и было определено ранее. В ООН Иран объявляет данное соглашение противоречащим основным принципам международного права и отказывается принимать эти административные и национальные границы между прибрежными государствами.

14 мая 2003 г. Соглашение о разделе части Каспийского моря было подписано тремя сторонами – Российской Федерацией, Азербайджаном и Казахстаном.

Несмотря на значительное количество двусторонних соглашений, до настоящего времени общее решение не было достигнуто.

Односторонние действия прибрежных государств

Несмотря на сложности с юридическим статусом Каспийского моря, прибрежные государства уже начали добычу каспийских ресурсов. Первым государством, которое начало разработки, был Азербайджан. Свою позицию Азербайджан обосновывал тем, что в советский период именно нефтяные предприятия и учреждения в Баку сыграли решающую роль для развития каспийских месторождений. Политика Азербайджана немедленно вызвала возражения, в первую очередь со стороны Ирана. Несмотря на протесты Ирана Азербайджан продолжает осваивать спорные территории, что вызывает еще более отрицательную реакцию Ирана. В некоторых случаях патрульные службы Ирана в спорных территориях даже открывали огонь по судам Азербайджана.

Урегулирование спора

Из-за длительных переговоров и позиций некоторых прибрежных государств высказывались предложения даже передать спор на рассмотрение Международного суда. Часто при обсуждении данного спора ссылаются на решение в отношении залива Фонсека, когда в 1992 г. Международным судом было рекомендовано применить к заливу режим совместной собственности трех государств, несмотря на отсутствие договора, устанавливающего статус кондоминиума. Прикаспийским государствам трудно достичь согласия касательно этого вопроса, а судебное рассмотрение, скорее всего, будет долгим и дорогим. Кроме того, представляется, что в решении могут быть отражены скорее интересы западного общества, а не справедливое решение всех юрисдикционных проблем.

Заключение

В августе 2009 г. Президент РФ Д.А. Медведев подчеркнул, что со стороны Российской Федерации переговоры по статусу Каспийского моря проходят уже в течении 12 лет¹⁰. Хотя эти переговоры заняли так много времени, их можно считать очень ценными прежде всего с точки зрения теории международного права. В процессе переговоров в российско-казахских отношениях была выработана даже новая концепция международного права. При заключении российско-казахского соглашения от 6 июля 1998 г. впервые в международной практике использовался метод разделения водной территории на сектора с помощью модифицированной средней линии.

С юридической точки зрения можно сделать вывод, что в настоящее время самое большое озеро мира – Каспийское море – находится в режиме кондоминиума¹¹. Недостаток соответствующего регулирования вызывает множество сложностей, связанных со статусом прибрежных государств в отношении Каспийского моря и их суверенных прав. В частности, остается неурегулированным доступ к Волге судов из Азербайджана, Казахстана, Туркменистана и Ирана.

¹⁰ См.: Соколовская М. У Каспийского моря может появиться свой статус // <<http://www.gzt.ru/geo/kaspiiskoe-more/255079.html>> (дата обращения: 10.09.2009).

¹¹ См.: *Ranjbar R. Das Rechtsregime des Kaspischen Meeres und die Praxis der Anrainerstaaten*. Baden-Baden, Germany: Nomos Verlagsgesellschaft, 2004. S. 136.

ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ ЛИЗИНГА ЯДЕРНОГО ТОПЛИВА *

В эпоху «ядерного ренессанса» развитие ядерной энергетики идет по пути увеличения количества ядерных реакторов во всем мире¹. Соглашаясь с очевидными положительными эффектами бурного развития ядерной энергетики, мировая общественность выражает обеспокоенность в отношении проблем нехватки ядерного топлива² и ядерной безопасности. Нехватка ядерного топлива вызывает необходимость развивать более эффективно технологии по обогащению урана и переработке отработавшего ядерного топлива³. При этом следует подчеркнуть, что обеспечение бесперебойных поставок ядерного топлива решает только одну проблему, тесно связанную с более важной проблемой ядерной безопасности.

Представляется, что решению этих проблем может способствовать использование правового механизма лизинга ядерного топлива⁴. Применение этого механизма позволяет:

1) усилить контроль за нераспространением ядерного оружия. В отработавшем топливе образуются вещества, которые могут быть использованы для создания атомного оружия. Если

* Статья рекомендована к печати кандидатом юридических наук О.А. Супатаевой.

¹ По данным МАГАТЭ, на дату написания настоящей статьи количество функционирующих ядерных реакторов составляет 436 штук. Режим доступа: <http://www.iaea.org/programmes/a2/>.

² В Докладе МАГАТЭ «20/20 Видение будущего» подчеркивается, что возрастающий спрос на ядерную энергию повлечет увеличение спроса на ядерное топливо и его нехватку. Режим доступа: http://www.iaea.org/NewsCenter/News/PDF/20-20vision_220208.pdf.

³ Основными материалами для создания ядерного оружия является высокообогащенный уран и плутоний, в основном получаемый при переработке отработавшего в реакторе ядерного топлива.

⁴ Bruno Pellaud. Nuclear fuel cycle: Which way forward for multilateral approaches? Режим доступа: http://www.iaea.org/Publications/Magazines/Bulletin/Bull462/nuclear_fcycle.pdf.

отработавшее топливо возвращается лизингодателю, цикл от изготовления до утилизации ядерного топлива контролируется страной лизингодателя. Таким образом, государство-лизингополучатель не будет иметь возможности использовать опасные ядерные вещества в целях, противоречащих принципам безопасности, для развития потенциально опасных производств по обогащению урана и переработке отработавшего ядерного топлива⁵;

2) переработать ядерное топливо и вторично его использовать.

Выгоды от применения правового механизма лизинга ядерного топлива кажутся неоспоримыми, однако имеются определенные трудности на пути его практического внедрения в Российской Федерации.

В настоящей статье мы рассмотрим правовую природу института лизинга ядерного топлива, выявим трудности, стоящие на пути практического использования этого института, а также предложим пути их преодоления.

В основе института лизинга ядерных материалов лежат нормы института финансовой аренды (лизинга). В науке гражданского права существует несколько точек зрения о правовой природе этого института. Одни ученые не придают лизингу роли самостоятельного правового института, рассматривая его как совокупность норм институтов аренды, купли-продажи, займа, поручительства и др.⁶ Другие относят лизинг к самостоятельному гражданско-правовому институту.⁷ Для целей настоящей ста-

⁵ См.: Internationalization of the Nuclear Fuel Cycle: Goals, Strategies and Challenges. Washington D.C. 2008. Режим доступа: <http://www.nap.edu/catalog/12477.html>.

⁶ См.: Брагинский М.И. Комментарий к части второй ГК РФ для предпринимателей // СПС «Гарант» от 27 ноября 2003. Витрянский В.В. Договор финансовой аренды (лизинга) // Вестник ВАС. 1999. № 10. С. 95. Иванов А. Аренда. Гражданское право : учебник / Под ред. А.И. Сергеева, М.Ю. Толстого. М., 1997. Т. 2. Ч. 2. С. 193–197.

⁷ Чекмарева Е. Лизинговый бизнес. М., 1993. С. 128. Кабатова Е.В. Лизинг: правовое регулирование, практика. М., 1996. С. 38; Решетник И.А. Гражданско-правовое регулирование лизинга в Российской Федерации: Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук. Пермь, 1998. С. 7.

ты лизинг будет рассматриваться в контексте легальных определений и механизмов, закрепленных в источниках национального права России и международного права.

В российском праве понятие лизинг используется в нескольких правовых актах: Гражданский кодекс Российской Федерации (далее – ГК РФ)⁸, Федеральный закон от 29 октября 1998 г. № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)»⁹ (далее – Закон о лизинге). Закон о лизинге в своей первой редакции определял лизинг и как инвестиционную деятельность, и как сложную лизинговую сделку, состоящую из разных договоров, и как разновидность договора аренды. В действующей редакции Закона о лизинге термин «лизинг» использован в двух значениях: 1) как совокупность отношений, возникающих при реализации договора лизинга; 2) как договор лизинга (аналогично ГК РФ). Напомним, что в соответствии с ГК РФ по договору лизинга арендодатель обязуется по указанию арендатора приобрести в собственность какое-либо имущество и передать его арендатору во временное пользование в предпринимательских целях за определенную плату.

Из определений лизинга, встречающихся в источниках международного права, наиболее удачным представляется определение, данное в ст. 2 Конвенции УНИДРУА «О международном финансовом лизинге»¹⁰ 1988 г. (далее – Конвенция), к которой Россия присоединилась в 1998 г. В ст. 2 Конвенции определение сделки финансового лизинга дается через его основные характерные черты:

а) арендатор определяет оборудование и выбирает поставщика, не полагаясь в первую очередь на опыт и суждение арендодателя;

б) оборудование приобретается арендодателем в связи с договором лизинга, который заключен или должен быть заключен, и поставщик осведомлен об этом, между арендодателем и арендатором;

⁸ СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410.

⁹ СЗ РФ. 1998. № 44. Ст. 5394.

¹⁰ СЗ РФ. 1999. № 32. Ст. 4040.

в) периодические платежи, подлежащие выплате по договору лизинга, рассчитываются, в частности, с учетом амортизации всей или существенной части стоимости оборудования.

Основным признаком, отличающим лизинг ядерного топлива от лизинга иных товаров, является предмет договора лизинга – ядерное топливо.

Подробный анализ положений российского законодательства о лизинге позволяет сделать предварительный вывод, что на дату написания настоящей статьи существуют законодательные ограничения, препятствующие реализации лизинга ядерного топлива.

Согласно российскому законодательству предметом договора лизинга могут быть исключительно непотребляемые вещи, используемые в предпринимательской деятельности, кроме земельных участков и других природных объектов. В Законе о лизинге закреплено: *«Предметом лизинга могут быть любые непотребляемые вещи, в том числе предприятия и другие имущественные комплексы, здания, сооружения, оборудование, транспортные средства и другое движимое и недвижимое имущество, которое может использоваться для предпринимательской деятельности»* (ст. 3).

В законодательстве РФ определение непотребляемых вещей дается в нормах института аренды, которые характеризуются как вещи, не теряющие своих натуральных свойств в процессе использования (ст. 607 ГК РФ). При этом такие вещи подвергаются амортизации.

Многие ученые считают, что в контексте российского законодательства ядерное топливо следует относить к потребляемым вещам, лизинг которых невозможен¹¹.

Следует отметить, что в российском законодательстве отсутствует легальное определение ядерного топлива. Между тем определение ядерного топлива можно вывести из текста «Общероссийского классификатора видов экономической деятельности, продукции и услуг»¹² ОК 004-93 (далее – Классификатор

¹¹ См., например: Талевлин А.А. Ввоз на территорию России отработанного ядерного топлива: правовые проблемы лизинговых отношений // Журнал российского права. 2001. № 5. С. 62–64.

¹² М.: ИПК Издательства стандартов, 1996.

или ОКВЭД ОК 004-93), в котором к ядерному топливу отнесены радиоактивные вещества и источники радиоактивного излучения разного назначения: уран природный и его соединения; сплавы, дисперсии, смеси, содержащие природный уран и его соединения; уран, обогащенный U-235, и его соединения; плутоний и его соединения; уран, обедненный U-235, и его соединения; торий; соединения этих продуктов; радиоактивные элементы и изотопы; соединения и изделия с радиоактивными изотопами (кроме изотопов редкоземельных элементов и актинидов); соединения и изделия с радиоактивными изотопами редкоземельных элементов и актинидов; соединения и изделия со стабильными изотопами; источники альфа- и нейтринного излучения; источники бета-излучения; источники гамма- и тормозного излучения; образцовые источники излучения.

Очевидно, что перечисляемые в Классификаторе элементы, которые могут быть отнесены к ядерному топливу, нельзя отнести к непотребляемым вещам.

Таким образом, российское законодательство не допускает лизинг ядерного топлива.

Между тем на практике под лизингом ядерного топлива подразумевается не лизинг ядерного топлива как такового (в понимании ОКВЭД ОК 004-93), а так называемых тепловыделяющих сборок (ТВС), которые включают ядерное топливо. ТВС представляет собой сложную конструкцию, основной составляющей которой является пучок стержней из нержавеющей стали или циркония. В них помещают таблетки диоксида урана с обогащением по урану-235 до 5%. Статья 3 Федерального закона № 170-ФЗ от 21 ноября 1995 г. «Об использовании атомной энергии»¹³ (далее – Закон об атомной энергии) дает легальное определение тепловыделяющей сборке ядерного реактора и облученной тепловыделяющей сборке ядерного реактора. Согласно этому определению ТВС – это машиностроительное изделие, содержащее ядерные материалы и предназначенное для получения тепловой энергии в ядерном реакторе за счет осуществления контролируемой ядерной реакции, а облученная ТВС – это облученные в ядерном реакторе и извлеченные из него тепловыде-

¹³ СЗ РФ. 1995. № 48. Ст. 4552.

ляющие сборки, содержащие отработавшее *ядерное топливо*. Следует отметить, что ст. 64 Закона об атомной энергии устанавливает возможность ввоза на территорию Российской Федерации отработавшего ядерного топлива, а также содержит положение о вывозе и ввозе тепловыделяющих сборок.

Применение терминов «ядерное топливо» и «ТВС» следует упорядочить и привести к единому знаменателю, указав прямую в законе возможно ли их взаимозаменяющее употребление. Было бы разумно использовать при этом терминологию международных конвенций, которые оперируют исключительно понятиями ядерного топлива и отработавшего топлива. Наиболее обоснованным представляется применение термина «ядерное топливо» в случаях, когда необходимо подчеркнуть физические или химические свойства, и «ТВС» в случаях, когда необходимо подчеркнуть механические свойства.

Схема лизинговых отношений при лизинге ТВС может выглядеть примерно так: российское юридическое лицо А, имеющее право на обращение с ядерными материалами, сдает в лизинг иностранному юридическому лицу Б ТВС на определенный срок амортизации данной ТВС (3–5 лет). Ситуация с амортизацией ТВС усложняется тем, что внутри ТВС находится уран. В процессе использования урана в тепловыделяющей сборке происходит генерация и накопление нового ядерного топлива – плутония. Считается, что в отработавшем топливе количество делящихся нуклидов может достигать до 50% от начально загруженных¹⁴. Таким образом, вещество внутри ТВС не исчезает (как обычно бывает с потребляемыми вещами), просто меняется химический состав содержимого. В процессе работы ТВС в ядерных реакторах образуются ценные продукты, что создает остаточную стоимость отработавших ТВС, а следовательно, ТВС даже после отработки может быть объектом гражданских правоотношений и сделок.

В процессе использования сданных в лизинг ТВС лицо Б выплачивает лизинговые платежи лицу А, а по прошествии срока лизинга возвращает лицу А облученную ТВС. В целях дальнейшей переработки облученных ТВС в лизинговые платежи

¹⁴ См.: Лебедев В.М. Ядерный топливный цикл. М., 2005. С. 144.

может включаться частичная стоимость такой будущей переработки. Для лица Б данная схема привлекательна не только решением проблемы дальнейшего обращения с отработавшем ядерным топливом, но и постепенным внесением платежей и другими экономическими выгодами лизинга.

Таким образом, часть ТВС является сложным машиностроительным изделием, оборудованием, которое согласно российскому законодательству может быть предметом лизинга¹⁵. Ситуация усложняется тем, что другая часть этого механизма — ядерное топливо.

Помимо того, что ядерное топливо относится к потребляемым веществам, оно согласно российскому законодательству относится к вещам, ограниченным в обороте.

Так, ч. 2 ст. 3 Закона о лизинге устанавливает невозможность лизинга для объектов, которые запрещены к свободному обращению или для которых предусмотрен особый порядок обращения. В данном случае ядерные материалы подпадают под такое ограничение, поскольку ст. 5 Закона «Об использовании атомной энергии» хотя и разрешает, чтобы ядерные материалы находились в собственности юридических лиц, перечень таких лиц утверждается Президентом РФ. Таким образом, ядерные материалы и соответственно ядерное топливо как часть ядерных материалов являются объектами, для которых установлен особый порядок обращения. Данное положение пытались обойти¹⁶, предлагая внести изменения в Закон об атомной энергии. Однако если разрешить лизинг ТВС в специальном законе об использовании атомной энергии, возникнет коллизия с Законом о лизинге.

Такая коллизия, а также коллизия, связанная с тем, что положения Закона о лизинге не допускают лизинга ядерного топ-

¹⁵ См.: Физико-технологические и правовые основания отнесения тепловыделяющих сборок для ядерных реакторов к непотребляемым вещам // Журнал ПИР-Центра политических исследований (Россия). 2000. № 5. С. 74–86.

¹⁶ См.: постановление Государственной Думы от 21 декабря 2000 г. № 980-III ГД «О проекте Федерального закона «О внесении изменений и дополнений в Федеральный закон «Об использовании атомной энергии»».

лива, может быть решена путем внесения изменений в Закон о лизинге. Изменения предполагают включение в Закон о лизинге положения о том, что объекты, которые запрещены к свободному обращению или для которых установлен особый порядок обращения, могут являться предметом лизинга. Например, если участниками таких лизинговых отношений будут только те юридические лица, которые по закону имеют право на обращение с ядерными материалами, то никаких препятствий для разрешения лизинга ограниченных в обороте объектов, включая ядерное топливо (ТВС), не возникнет.

Еще одно решение проблемы – приведение законодательства РФ о лизинге в соответствие с возможными международными обязательствами, которые может взять на себя Российская Федерация согласно Федеральному закону от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды»¹⁷ – «ввоз в Российскую Федерацию облученных тепловыделяющих сборок ядерных реакторов осуществляется на основе международных договоров Российской Федерации» (п. 4 ст. 48). Однако лизингом ТВС потенциально будут заниматься юридические лица, а не государство в целом. С учетом положения Федерального закона «Об охране окружающей среды» логичным видится заключение международного договора России с государством, которое в течение длительного времени будет нуждаться в поставках ТВС на условиях лизинга, в рамках которого будут заключаться конкретные договоры лизинга уже между соответствующими юридическими лицами.

В этой связи следует заметить, что в отличие от национального законодательства РФ Конвенция не устанавливает специальных критериев, предъявляемых к вещам, которые могут быть предметом лизинга. В Конвенции такие вещи называются «оборудованием», что дает довольно большой простор для толкования данного термина. Примечательно, что в Конвенции, к которой присоединилась РФ и которая согласно п. 4 ст. 15 Конституции РФ является составной частью ее правовой системы, не установлено ограничения на лизинг ядерного топлива, в том числе в составе ТВС. Статья 9 Конвенции устанавливает, что

¹⁷ СЗ РФ. 2002. № 2. Ст. 133.

арендатор должен поддерживать оборудование «в состоянии, в котором оно было ему передано, с учетом нормального износа и тех изменений в оборудовании, которые согласованы сторонами». Если бы не было ограничений, установленных российским законодательством, то согласно Конвенции российскому лизингодателю достаточно было бы прописать в лизинговом контракте изменения, происходящие с ТВС за время эксплуатации, включая изменения, происходящие с ядерным топливом, для того чтобы иметь возможность осуществить его лизинг в составе ТВС.

Д.Р. Коваленко

ГОСУДАРСТВЕННОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОБЫЧИ НЕФТИ И ГАЗА В НОРВЕГИИ*

Нефть является одним из наиболее важных факторов национальной экономики Норвегии, одним из главных источников дохода и основным продуктом экспорта. Большая зависимость Норвегии от нефтяных доходов, (порядка 25% ВВП страны) привела к высокой степени вмешательства государства в деятельность нефтегазового сектора. Такое вмешательство основывается на двух главных принципах. Во-первых, все стадии нефтедобывающей деятельности являются предметом прямого государственного контроля через систему лицензирования. В соответствии с Законом о нефтяной деятельности «никто иной, кроме Государства, не может осуществлять нефтяную деятельность без лицензий»¹. Во-вторых, государство осуществляет не-прямой контроль посредством организации деятельности нефтегазового сектора. Согласно Закону «Король может установить, что Норвежское государство должно принимать участие в нефтяной деятельности» и государство принимает участие почти

*Статья рекомендована к печати доктором юридических наук, профессором М.М. Бринчуком.

¹ Ст. 1-2 Закона Норвегии о нефтяной деятельности 1996 г. № 72. http://www.ptil.no/getfile.php/Regelverket/Petroleumsloven_e.pdf.

во всех лицензиях. Организация деятельности нефтегазового сектора состоит из двух компонентов: образование государством лицензионных групп и государственное участие внутри этих групп.

Лицензионная система состоит в первую очередь из лицензии на разведку нефти и газа, на промышленную добычу нефти и газа, а также на размещение и эксплуатацию установок для транспортировки и использования нефти и газа. Эти компоненты лицензионной системы означены в Королевских указах о разведке и разработке нефтяных месторождений 1965 г. и 1972 г. На проведение каждой стадии нефтяной деятельности выдается отдельная лицензия. Лицензия должна содержать утвержденный Министерством нефти и энергетики Норвегии (далее – Министерство) план разработки и промышленной эксплуатации месторождения. Закон о нефтяной деятельности 1985 г. предусматривал также наличие плана прекращения эксплуатации месторождения и последующее его утверждение Министерством нефти и энергетики, которое в стадии завершения деятельности на нефтегазовых месторождениях имеет ту же функцию, что и утверждение плана разработки и промышленной эксплуатации месторождения. Закон устанавливал так называемые зоны безопасности вокруг районов добычи или транспортировки природных ресурсов, ограничивающие рыболовецкий промысел в районах промышленной добычи нефти и природного газа. Единой системы определения таких зон выработано не было, каждый конкретный случай должен рассматриваться Министерством отдельно².

Закон о нефтяной деятельности (ч. 2) регламентирует правила выдачи, срок, сферу действия лицензии на разведку нефти и газа. Такая лицензия выдается на ограниченный участок недр и на срок в три календарных года, если не будет установлен другой период времени. Она дает право обладателю лицензии на осуществление геологического, геофизического, геохимического и геотехнического изучения морского дна для определения возможных нефтяных месторождений. Однако такая лицензия не

² См.: *Рогинский С.В.* Государство и нефтегазовый комплекс. Опыт Норвегии и Россия. М., 2002. С. 50.

дает права на бурение и на будущее получение лицензии на добычу нефти.

Лицензия на промышленную добычу нефти занимает центральное место в системе лицензирования. Отношения, связанные с получением данного вида лицензии и осуществлением деятельности в ее рамках, регулируются ч. 3 Закона о нефтяной деятельности 1996 г. Такая лицензия дает исключительное право на разведку, разведочное бурение и добычу нефти на определенный срок на определенном участке недр, ее обладатель становится собственником добытой нефти. Обладатели лицензий на промышленную добычу нефти определяются в ходе лицензионного раунда. На конец 2005 г. было проведено 19 лицензионных раундов по распределению лицензий на континентальном шельфе и выдано три лицензии согласно упрощенной процедуре на уже разрабатываемые участки³.

Хотя лицензия предоставляет определенные права на промышленную добычу, вся последующая деятельность обладателя лицензии является предметом государственного регулирования и контроля. Согласно ст. 4-2 Закона залежи нефти не могут разрабатываться до тех пор, пока Министерство не утвердит план разработки и промышленной эксплуатации месторождения. Искрывающие требования к содержанию плана содержатся в постановлении, касающемся нефтяной деятельности, утвержденном Королевским указом от 27 июня 1997 г., что создает возможность государству контролировать все важные аспекты разработки месторождения, включая эффективную добычу нефти, связь подготовительных работ с существующей или будущей инфраструктурой, безопасность и охрану окружающей среды и т.д. Фактически все обстоятельства по управлению ресурсами принимаются во внимание на этой стадии, потому что как только лицензиат сделает капитальные вложения, возможности контроля уменьшатся. Последующий государственный контроль будет направлен на детали в рамках утвержденной подготовки к разработке месторождения (нормы добычи, сооружение, установка и эксплуатация отдельных установок и т.д.).

³ Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation/ Ed. by Martha M. Roggenkamp.: Oxford University Press. 2007. P. 890.

Ни лицензия на добычу, ни план разработки и промышленной эксплуатации месторождения не дают держателю лицензии права на строительство и эксплуатацию нефтепроводов для транспортирования добытой нефти, до тех пор пока нефтепровод не будет сооружен для транспортирования нефти только держателя лицензии. Однако большая часть нефтепроводов создается на определенном удалении от нефтяной транспортной инфраструктуры месторождений. Необходимы большие инвестиции для развития данной инфраструктуры. Согласно ст. 4-3 Закона требуется выдача отдельных лицензий на строительство и эксплуатацию сооружений для транспортирования или утилизации нефти. На практике такая лицензия дает право всем владельцам месторождения транспортировать нефть по нефтепроводу. Цель данной системы дать собственникам нефтепроводов (перевозчикам) стимул для установления низких транспортных тарифов для собственников нефти (грузоотправителей).

Как элемент лицензионной системы можно рассматривать план прекращения эксплуатации месторождения и последующее решение Министерства по удалению установок. До окончания действия лицензии на добычу или транспортирование нефти или окончания эксплуатации стационарной установки по такой лицензии держатель лицензии должен предоставить в Министерство план прекращения эксплуатации месторождения. На основании такого плана Министерство может принять одно из нескольких решений, предусматривающих случаи полного или частичного удаления установок, продолжения использования установок для целей добычи нефти, ее транспортировки либо иных целей.

Следовательно, Закон о нефтяной деятельности предоставляет Министерству свободу действий, хотя полномочия Министерства должны осуществляться в соответствии с решением ОСПАР 98/3 об удалении неиспользуемых морских установок.

Во время первого и второго лицензионного раундов, за некоторыми исключениями, лицензии на добычу нефти всегда выдавались группам компаний. С третьего лицензионного раунда, начавшегося в 1974 г., компании при подаче заявок на лицензии должны были объединяться в группы с установленным минимумом числа участников. В некоторых случаях Правительство в

лице Министерства нефти и энергетики само формировало такие консорциумы. Более того, в соответствии с Законом государство имеет право назначать оператора консорциума (или одобрять предложенную кандидатуру), а также менять его⁴.

Формально лицензия на добычу выдавалась каждой отдельной компании в группе. В соответствии с одним из типовых условий лицензии от каждой компании требовалось заключить совместное операционное соглашение с другими компаниями этой группы. Начиная с третьего лицензионного раунда, такие соглашения заключались Министерством. Лицензии на сооружение и эксплуатацию сооружений для транспортирования нефти также выдаются группам компаний. Однако в этом случае компании заключают совместное соглашение, которое в последствии утверждается Министерством. Считается, что эти соглашения должны отражать общие принципы, как и совместные операционные соглашения для лицензий на добычу⁵. Таким образом, даже если вмешательство Министерства меньше, чем при заключении совместных соглашений на добычу, содержание его остается таким же.

Сначала система образованных государством лицензионных групп была тесно связана с полным участием государства в этих группах. Норвежская государственная нефтяная компания «Статойл» была образована в 1972 г., ее создание имело цель увеличить доходы государства, увеличить государственное влияние в нефтегазовом секторе экономики. Это означало, что компания «Статойл» становилась посредником норвежского государства. Ей передавалось 50% доли участия во всех лицензионных группах, начиная с третьего лицензионного раунда. Совместные операционные соглашения содержали некоторые привилегии для «Статойла», включая полупассивное долевое участие во время разведочной фазы и право увеличения доли участия при обнаружении залежей нефти. Соглашения также со-

⁴ См.: *Виноградова О.* Так делать ли из России Норвегию? Государственный контроль мешает развитию отрасли <http://www.ngv.ru/article.aspx?articleID=23682>.

⁵ *Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation/ Ed. by Martha M. Roggenkamp.*: Oxford University Press. 2007. P. 892.

держали правила голосования, которые предоставляли «Статойлу» доминирующие позиции при принятии решений.

Однако 1 января 1985 г. компания «Статойл» была реорганизована. Между ней и государством было подписано финансовое соглашение, согласно которому доля участия «Статойл» была разделена на экономическую долю «Статойл» и экономическую долю государства, названную прямым финансовым участием государства (ПФУГ). В соответствии с этим соглашением компания «Статойл» управляла ПФУГ в лицензионных группах в интересах государства, часть затрат и соответствующая часть доходов, образовавшихся в лицензионной группе, направлялись государству. Однако доминирующие позиции компании «Статойл» были значительно уменьшены за счет изменения правил голосования в совместных операционных соглашениях. В последующем финансовые привилегии «Статойл» значительно сократились. По результатам пятнадцатого лицензионного раунда компания не получила доли ни в одной лицензии, что явилось следствием применения Норвегией Директивы 94/22/ЕС Европейского парламента и Совета от 30 мая 1994 г. об условиях предоставления и использования разрешений на проведение изыскательских работ, разведку и добычу углеводородов (Лицензионной директивы). Согласно этой Директиве компания «Статойл» должна была осуществлять свою деятельность как обычная коммерческая организация, что исключало любые привилегии в ее пользу. С другой стороны, Директива не исключала и не ограничивала прямого участия со стороны государства. Согласно ст. 6 Директивы такое участие может осуществляться самим государством или через юридическое лицо. Этот принцип был имплементирован в ст. 3-6 Закона о нефтяной деятельности.

В 2001 г. произошла крупная реорганизация, в результате которой «Статойл» не считался больше посредником государства. Компания была частично приватизирована и ее акции были размещены на фондовой бирже. Государство все еще остается главным ее владельцем, на его долю приходится 70,9 % всех ак-

ций компании⁶. В дополнение к этому, государство продало «Статойлу» 15% ПФУГ и 6,5% другим заинтересованным нефтяным компаниям⁷. По Конституции Норвегии частично приватизированная компания «Статойл» не может управлять ПФУГ, поэтому управление ПФУГ было передано новой компании «Петоро», 100% акций которой принадлежало государству.

Управление ПФУГ этой компанией регулируется ч. 11 Закона о нефтяной деятельности. Отношения самой компании и государства были выстроены по той же схеме, что отношения государства с компанией «Статойл». Новой стала модель взаимоотношения «Петоро» с другими держателями лицензии и сторонними компаниями. «Петоро» представлена во всех значимых лицензионных группах как один из обладателей лицензии и принимает участие в процессе принятия решений. Государство несет ответственность по всем финансовым претензиям к компании от других держателей лицензии и третьих сторон.

Процесс присуждения лицензии в основном регулируется гл. 3 Закона о нефтяной деятельности. Предварительным условием для начала процесса выдачи лицензии является объявление о том, что определенная географическая территория будет представлена для разработки. В соответствии со ст. 3-5 Закона Министерство должно объявить о том, что может быть предоставлена территория и могут подаваться заявления для получения лицензии на добычу. Объявление размещается в Норвежской официальной газете или в официальном журнале Европейского сообщества⁸.

При принятии решения о выдаче лицензии Министерство всесторонне оценивает технические и финансовые возможности заявителя, способ, которым он собирается производить разведку и (или) осуществлять добычу, а также неэффективность или безответственность, продемонстрированные заявителем при осу-

⁶ Facts 2006 The Norwegian Petroleum Sector, chapter 20 <http://www.npd.no/English/Produkter+og+tjenester/Publikasjoner/Faktaheft+et/Faktaheftet+2006/Fakta+2006.htm>.

⁷ Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation/ Ed. by Martha M. Roggenkamp.: Oxford University Press. 2007. P. 893.

⁸ Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation/ Ed. by Martha M. Roggenkamp.: Oxford University Press. 2007. P. 897.

ществлении деятельности по предыдущей лицензии, и другие важные объективные критерии.

Посредством этого власти стремятся обеспечить выполнение принципа, содержащегося в ст. 1-2 Закона, в соответствии с которым управление нефтяными ресурсами должно приносить доход государству, вносить вклад в развитие благосостояния государства, способствовать улучшению качества окружающей среды, а также развитию норвежской промышленности.

Лицензия на добычу обычно выдается группе, состоящей из трех или четырех участников, сформированной Правительством, среди которых государство всегда выступает участником. Это участие может быть, как уже раньше было описано, в двух формах: опосредованно через компанию «Статойл», в которой Норвежское государство владеет приблизительно 70% акций, и (или) напрямую через ПФУГ. «Статойл» конкурирует на равных условиях с другими компаниями за долю в лицензии на добычу. ПФУГ управляется государственной компанией «Петоро», согласно с положениями ч. 11 Закона о нефтяной деятельности.

Государство также владеет значительной частью акций в одной из крупнейших компаний, участвующей в норвежской нефтяной и газовой деятельности – «Гидро». Хотя доля государственного участия в этой компании составляет менее 51%, до сих пор считается, что эта компания – государственное предприятие (государственная организация по смыслу Лицензионной директивы).

Предоставление лицензии представляет собой одобрение условий. В этой связи достаточно упомянуть рабочую программу (ст. 3-8 Закона). Выполнение программы дает право держателю лицензии на продление лицензии на добычу на период до 50 лет (норма 30 лет).

Хотя лицензия на добычу дает исключительное право на исследование (изучение), бурение и добычу нефти на определенной площади, а держатели лицензии становятся собственниками добытой нефти и газа, они не вправе решать, каким способом извлекать и распределять нефть и газ. Лицензия на добычу дает лишь доступ к деятельности, но выполнение этой деятельности – предмет будущих разрешений, согласий, утверждений властями.

Если держатели лицензии намереваются разрабатывать месторождение, они должны представить в Министерство на утверждение подробный план разработки и промышленной эксплуатации месторождения. Утверждение плана Министерством отражает сочетание коммерческих и социально-экономических интересов (среди которых и экологические проблемы).

В соответствии со ст. 4-6 Закона при подтверждении Министерством наличия социальных интересов оно может требовать подготовки к добыче, ее начала, продолжения или увеличения. Таким образом, решение, в какой момент начинать или начинать ли вообще разработку месторождения, не полностью зависит от желания держателя лицензии.

При разработке месторождения всегда будет возникать необходимость оборудования для перемещения и транспортировки (нефтепроводы) добытых нефти и газа. Установление и эксплуатация такого оборудования требуют получения отдельной лицензии. Если такое оборудование уже существует, Министерство решает, что может быть использовано участниками, не являющимися собственниками оборудования. Такая же ситуация возникает для установок, включенных в план разработки и промышленной эксплуатации месторождения. При этом Министерство должно учитывать тот факт, что такое использование не наносит вред потребностям собственников или других пользователей и обосновано соображениями эффективной разработки или иными социально-экономическими соображениями. И снова убеждаемся, что лицензионная система способствует сочетанию коммерческих и социально-экономических интересов, на этот раз посредством обеспечения допуска сторонних компаний, инициированного государством.

Когда получено подтверждение плана разработки и промышленной эксплуатации месторождения, Министерство выдает лицензию на установку и эксплуатацию сооружений для транспортирования и утилизации нефти и газа, Министерство должно также одобрить производственный календарный график (график добычи). Согласно ст. 4-1 Закона добыча нефти и газа должна осуществляться таким образом, чтобы было извлечено как можно больше углеводородов с одного месторождения или с нескольких месторождений, которые разрабатываются одновре-

менно. Добыча должна производиться в соответствии с разумными техническими и здравыми экономическими принципами и таким образом, чтобы не допускались потери нефти и газа.

Однако Министерство может также требовать оговорить в качестве условия график добычи, отклоняющийся от требований ст. 4-1 Закона, если это диктуется соображениями планового управления ресурсами или другими серьезными социально значимыми соображениями. Таким образом, даже если промышленные цели выходят на передний план, социально-экономические интересы всегда учитываются при подготовке графика добычи.

Утверждение графика добычи не дает держателю лицензии неограниченного права добывать нефть и газ. Количество, которое может быть добыто, закачено или сожжено, оговаривается на период разработки данного месторождения, на основании заявлений от держателей лицензии. Оно должно быть оговорено на основе графика добычи, до тех пор пока новая информация о месторождении или другие обстоятельства не послужит основанием для отклонения от него.

С юридической точки зрения утвержденный план разработки и промышленной эксплуатации месторождения фактически определяет права и обязанности держателя лицензии в течение разведки и разработки месторождения. Также необходимо заметить, что утвержденный план, устанавливая в качестве условий основные элементы в коммерческой оценке деятельности, в соответствии с общими принципами норвежского публичного права, ограничивает полномочия властей требовать или навязывать изменения в план⁹. Подпараграф 3 ст. 4-4 Закона может рассматриваться как подтверждение этому. Король, если этого требуют социально-экономические причины, может одобрить график добычи, отличающийся от уже утвержденного.

Нефть и газ являются жизненно необходимыми ресурсами, и их дефицит может оказать «вредное» воздействие на общество. Следовательно, Закон о нефтяной деятельности дает Королю право решать, какие лицензии будут распространяться на

⁹ Energy Law in Europe: National, EU and International Regulation/ Ed. by Martha M. Roggenkamp.: Oxford University Press. 2007. P. 897.

государственные нужды и обеспечивать транспортировку в Норвегию.

Лицензия на добычу может распространяться на один или несколько блоков континентального шельфа. Границы блоков определяются на основе географических, а не геологических характеристик (ст. 3-2 Закона). Следовательно, могут иметь место случаи, когда месторождение частично располагается на территории континентального шельфа Норвегии и частично на территории континентального шельфа другого государства, например Соединенного Королевства (месторождения Статфьорд и Мурчисон). В таких случаях предпочтительнее, чтобы месторождение разведывалось и разрабатывалось совместно держателями лицензий и в их интересах. Такой же принцип применяется и тогда, когда несколько месторождений подпадают под действие разных лицензий, их тоже предпочтительнее разведывать и разрабатывать как единый комплекс.

Однако интересы держателей разных лицензий могут быть различны, их доли в лицензии также могут быть различны. Чтобы предотвратить ситуации, оказывающие негативное влияние на разведку и разработку месторождений, ст. 4-7 Закона обязывает держателей лицензий использовать все средства, чтобы заключить соглашение о совместной разработке. Если соглашение заключено, оно утверждается Министерством. Если согласие не достигнуто, Министерство может решить, как будет осуществляться деятельность и каким образом будет распределено месторождение. Таким образом, у держателей лицензии есть стимул подписать соглашение, которое Министерство может одобрить. Соглашение относительно совместного разведочного бурения должно быть передано в Министерство, но не требует министерского одобрения. Кроме совместной деятельности, могут быть предусмотрены также и другие формы координации деятельности по разным лицензиям. Например, координация разработки месторождения для установления рациональной системы транспортировки.

Норвежское правительство внесло предложение, которое отразилось в Законе о нефтяной деятельности 1996 г., где содержатся условия, согласно которым бурение в лицензионном блоке может «осуществляться только тогда, когда станут из-

вестны результаты исследований на смежных блоках». Целью подобного шага является необходимость постепенного исследования смежных с крупными месторождениями областей на предмет наличия других месторождений, которые могут быть использованы в единой системе, что будет способствовать более эффективному освоению этого района. Примером таких месторождений являются Экофиск и Статфьорд¹⁰.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что Правительство Норвегии посредством системы лицензирования и государственного участия осуществляет эффективный контроль в нефтегазовом секторе экономики. Лицензионная система способствует гибкому управлению деятельностью по добыче нефти, формирует основу для диалога между государством и обладателями лицензий, который, в свою очередь, позволяет учитывать как коммерческие, так и социально-экономические интересы.

¹⁰ См.: *Рогинский С.В.* Указ. соч. С. 63.

СОДЕРЖАНИЕ

А.Ю. Крюков	
О познании сущности права	3
М.А. Милкин-Скопец	
Проблема разумности в либертарно-правовом дискурсе	9
О.А. Короткова	
Принципы экспертизы законодательства: понятие, содержание и классификация	15
М.С. Смольянов	
О ценности юридической процедуры.....	26
А.Э. Кирищян	
Концепция правового плюрализма: некоторые вопросы теории и практики	36
Е.Г. Ергонова	
Электоральный маркетинг политических партий	43
М.Ш. Шарифов	
Конституционные проблемы суверенитета в контексте федерализма и федерального устройства.....	52
А.С. Хачатрян	
Особенности становления института конституционно-правовой ответственности (исторический анализ до 1917 г.).....	64
О.Н. Еремеева	
Понятие и структура конституционно-правового статуса главы субъекта Российской Федерации на современном этапе.....	73
А.А. Огадзе	
Мировой суд России.....	79

О.Е. Томазова Административная реформа и система органов исполнительной власти, осуществляющих государственный финансовый контроль.....	91
Ю.П. Амелин Государственный земельный контроль и реформирование системы государственного управления в России.....	98
А.А. Кокорин Современные проблемы регулирования правоотношений в энергетической сфере: административно-правовой аспект...	103
Д.С. Андреев Административно-правовой акт и должностное лицо: некоторые теоретические вопросы	109
Б.А. Тулинова О судебной проверке законности нормативного правового акта.....	122
С.Н. Мореева Конституционный опыт Советской России: идеи и практика .	128
И.Б. Буриев Контроль за должным поведением и институт мухтасиба в средневековой государственности таджиков	141
А.М. Шангин Свод степных законов кочевых инородцев Восточной Сибири как начальная попытка кодификации обычного права сибирских народов	158
С.В. Панков Общая характеристика гражданско-правового статуса государственной корпорации в Российской Федерации	168

Е.В. Ризниченко Правовые вопросы соглашений о разделе продукции между государством и иностранными инвесторами в нефтегазовой отрасли.....	184
С.А. Тюрина Признаки акцессорности в договорах организационного характера	193
Е.С. Котова Способы ограничения возмещаемых убытков по гражданскому праву России	205
Д.В. Гук Понятие и виды завещательных распоряжений	217
Ю.М. Федорова Понятийный аппарат науки образовательного права	226
Н.А. Гусева К вопросу о предоставлении земельных участков для строительства из земель, находящихся в государственной или муниципальной собственности	238
Е.В. Кузнецова К вопросу о формах устройства детей, оставшихся без попечения родителей.....	248
Е.С. Анянова Территориальный спор вокруг Каспийского моря.....	259
Е.В. Деренковская Правовые проблемы лизинга ядерного топлива.....	266
Д.Р. Коваленко Государственное регулирование добычи нефти и газа в Норвегии.....	277

Труды Института государства и права
Российской академии наук
№ 4/2009

СТАТЬИ АСПИРАНТОВ И СТАЖЕРОВ
ИНСТИТУТА ГОСУДАРСТВА И ПРАВА РАН

Редактор М.М. Славин
Корректор О.В. Мехоношина
Оригинал-макет В.Ф. Иванов

Подписано в печать 25.11.2009 г. Формат 60х90¹/₁₆
Бумага офсетная. Печать офсетная. Усл. печ. л. 18
Тираж 500 экз. Заказ №

Институт государства и права Российской академии наук

Отпечатано в ОАО «Щербинская типография»
117623, Москва, ул. Типографская, 10